É perigoso (não) defender limites à atuação do Judiciário?

O contexto é difícil. Aulas virtuais, dificuldades de conexão, distanciamento social, falta de contato pessoal e humano são fatores que atravancam o processo de ensino-aprendizagem. Contudo, mesmo em meio a uma pandemia, nós, estudantes e professores, não podemos desistir. O ensino e a pesquisa precisam continuar e, com isso, não podemos nos dar ao luxo de pensar em desistir, e, portanto,

Algumas acaloradas discussões nesse novo formato sala de aula fazem nos reafirmar o propósito de fomentar o debate. Numa ocasião, colocava-se o tema da proposta de limites à atuação do Poder Judiciário pela Crítica Hermenêutica do Direito, na linha do brilhante texto da Professora Clarissa Tassinari, que tão bem colocou a importância dos perfis institucionais desejáveis . Está lançada a faísca. Eis que um aluno, se apropriando do seu lugar e assumindo a sua função ativa nesse encontro que é a sala de aula (qualquer que seja a plataforma tecnológica que permita que essa relação aconteça) dá início ao incêndio:

"Professora, a senhora não acha que o discurso de limitação ao Poder Judiciário é perigoso nos dias atuais? Não se torna uma ameaça à democracia, diante da expansão do Poder Executivo? Eu fico pensando que muitas vezes a atuação do Judiciário é, sim contestável, mas não sei se consigo endossar esse discurso hoje em dia."

Convoco os meus colegas e coautores Pietro Lorenzoni e Frederico Pessoa para contribuírem no apagar desse fogo. É disso que se faz o método hermenêutico-fenomenológico: revolver o chão linguístico e encontrar a raiz do fenômeno[4]. Vamos começar colocando luz sobre o que precisa ser debatido: a postura de constrangimento epistemológico à atuação Judicial enfraquece o elo entre Crítica Hermenêutica do Direito e democracia? O argumento aqui proposto é que, pelo contrário, ela o fortalece. Agora a nossa função é fundamentá-lo.

A Crítica Hermenêutica do Direito, fundada por Lenio Streck, é uma matriz teórica que propõe, utilizando-se de aportes filosóficos (sendo os principais deles Heidegger, Gadamer e Dworkin), pensar o direito de forma crítica. A partir disso, a autonomia do direito é um fundamento que direciona a jurisdição e que sustenta, inclusive, a ideia de limites à atuação do Judiciário e a própria edificação de uma teoria da decisão judicial.

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

Talvez o que precise ser reafirmado (pois já foi inúmeras vezes colocado por Lenio Streck) é o fato de que a autonomia do direito, pela Crítica Hermenêutica do Direito, está intrinsecamente ligada à democracia[5]. Isso, porque a defesa de um direito autônomo inclui compromissos institucionais, que atravessam de forma geral a atuação do poder público e que atingem tanto o Judiciário como as demais instituições do Estado. Trata-se, sobretudo, da defesa do Estado Democrático de Direito, o que demanda, primeiramente, o fortalecimento de uma legalidade constitucional. Com isso se quer afirmar uma atuação estatal que tem o seu projeto definido constitucionalmente[6].

É esse o motivo pelo qual a Crítica Hermenêutica do Direito constrói a ponte entre autonomia do direito e democracia, pela qual caminham os limites à decisão judicial. Ressalte-se: trata-se do reforço de compromissos institucionais que não se restringem à atuação judicial mas adquirem amplitude na medida em que a atuação estatal seja pautada na Constituição. Prestemos atenção às palavras, como tanto ensina Lenio Streck, será ela, a Constituição que constituirá a ação do Estado. Retornemos, contudo, ao questionamento do engajado aluno, para o qual invertemos a pergunta, questionando: quais os riscos que advém do desgaste na ligação entre decisão judicial e autonomia do direito?

Formulada a questão ao inverso, percebe-se que a sobreposição de um poder constituído sobre outro, seja o Judiciário sobre o Executivo, ou o Executivo sobre o Judiciário, é sintoma de um contexto mais profundo – e prolongado no tempo — de sobreposição do plano institucional traçado pelo Direito por planos e vontades políticas alheias às promessas constitucionais. Em outras palavras, não há contradição entre limitação da atuação dos tribunais e o exercício legítimo da jurisdição constitucional para opor freios à postura expansiva dos demais poderes. Ocorre, na realidade, exatamente o contrário. É o objetivo de limitação do poder constante na Constituição Federal que legitima a atuação do Poder Judiciário na contenção dos demais poderes dentro das suas fronteiras constitucionais. Assim, é precisamente a manutenção do Judiciário dentro, também, do seu limite constitucional que o legitima como Guardião da Constituição. O controle constitucional, porquanto ocorre nos limites traçados pelo direito e em favor da sua autonomia, deve ser exercido sempre que necessário para limitar *todos* os Poderes constituídos na República.

A limitação do poder estatal sempre foi objetivo central e comum tanto aos ideais constitucionais modernos como à noção de democracia contemporânea. Nesse ponto que a Crítica Hermenêutica do Direito projeta a sua cruzada na formulação de uma teoria da decisão judicial. E ela não o faz sozinha, os Federalistas, presentes na nossa tradição constitucional, ensinam que o aspecto central da constituição de qualquer governo é formular mecanismos de controle e limites aos poderes políticos de forma a concretizar uma relação harmônica de mútua fiscalização[7].

Eles propõem, no contexto estadunidense, a criação de um sistema cujo funcionamento, a partir das relações recíprocas entre suas diversas partes constituintes[8], seja um meio de manter cada autoridade em seu devido lugar[9] e tendo como principal objetivo a garantia da liberdade contra a tirania.

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

Esse sistema de freios e contrapesos encontra suas balizas em diversos pilares, como o exercício da jurisdição constitucional, garantias e direitos fundamentais, competências constitucionais legislativas e funcionais instrumentalizadas como barreiras contra monopólios de poder e a harmonia entre os poderes. Na raiz desse sistema está a fragmentação do poder político, consistindo em dar àqueles que administram cada um dos poderes os meios constitucionais necessários e os motivos para resistir à pressão política daquilo que aqui denominamos de planos e vontades políticas paralelas ao planejamento do Estado Democrático e Direito[10].

Nesse contexto, o sistema federativo, com a constituição de um poder central (União) e locais (entes federados), ocupou espaço central no debate travado entre *Publius* e *Brutus*, na busca pela organização do poder oficial que melhor preservasse a liberdade assim como o foi a jurisdição constitucional, como instrumento de garantia da própria autonomia do direito e desse planejamento. O ponto central é compreender a relação recíproca de limitação e fiscalização como forma de manutenção da autoridade do direito e da constituição e não de eventual projeto de poder, o que fica claro na seguinte passagem de Madison:

Há alguma perplexidade em relação ao direito dos tribunais de declarar nulos os atos do legislativos, porque, contrariamente à ideia da constituição, surgiu uma imaginação da doutrina que isso implicaria uma superioridade do judiciário ao poder legislativo (…) Não há posição que dependa de princípios mais claro que todo ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da delegação sob a qual é exercido, será nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à constituição, pode ser válido. Negar isso seria afirmar que o deputado é maior que seu representado; que o servo está acima de seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens, agindo em virtude de poderes, podem fazer não apenas o que seus poderes não autorizam, mas o que eles proíbem[11][12].

A exigência de obediência ao Direito representa, portanto, o verdadeiro fechamento do sistema, na medida em que sua autoridade funciona como verdadeiro limite contra monopólios autoritários de poder e, consequentemente, contra arbitrariedades[13]. Trata-se do conceito mais básico do *rule of law*, qual seja: de que o ordenamento jurídico-constitucional servirá para limitar o poder.

Tal função limitadora é muito bem colocada pelo Professor Lenio Streck[14] na passagem em que destacou a necessidade de "se compreender que hoje estamos sob o império de uma legalidade constituída a partir dos princípios constitucionais que marcam a história institucional do Direito desde seu núcleo basilar". Nesse sentido, percebemos a exigência da adequação da manifestação do poder político a mecanismos de limitação previamente estipulados pelo ordenamento jurídico, que vão desde a disposição de autoridades legítimas para diferentes âmbitos de decisão (seja política ou jurídica) até a inarredável necessidade de correlação entre o conteúdo dessas decisões com os padrões normativos do Direito.

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

Nesse ponto, o que importa é que a pulverização do poder nos diferentes departamentos do Estado, aliada ao amplo controle de constitucionalidade, acaba por funcionar como um limite de dois níveis contra autoritarismos. Em um primeiro momento, impede-se o acúmulo desproporcional de poder, noutro instante, a autoridade jurídica impõe que todas ações estatais estejam em conformidade constitucional. A ideia importantíssima segue a máxima de John Locke: "onde se encerra o direito inicia-se a tirania[15][16]".

Assim, para resumo do argumento em resposta à pergunta que fora apresentada no início da presente coluna, a defesa de limites à atuação do Poder Judiciário em um contexto de deterioração dos espaços institucionais pelo avanço antidemocrático do Poder Executivo não é apenas desejável, é *condição de possibilidade* para a retomada de uma "normalidade" institucional. E isso ocorre sem ameaça à democracia ou ao Judiciário, pois há, dentro do espaço que o direito atribui à atuação dos tribunais, o necessário para a garantia da autoridade do direito. Como explicitar essa fronteira entre o que é ou não uma resposta constitucionalmente adequada é a questão que deve ser feita[17].

A deterioração de espaços institucionais apenas ocorre, quando, primeiro, abdicamos de defender a autonomia do direito e os limites que a garantem, e abdicar ainda mais desses mesmos limites, sob o pretexto de impor freios à tirania é como descer ao nono círculo do inferno, em busca de um confidente. A defesa do Estado Democrático de Direito (*rule of law*), portanto, é um dever que se arca por princípio, não havendo margem para concessões ou elasticidade, seja em momentos de crise, pandemia ou "normalidade". Afinal, interpreta-se o direito por princípio e, sem princípio, não há direito[18].

[4] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, "O que é o método hermenêutico fenomenológico?"

[5] Ver STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020 (Verbete AUTONOMIA DO DIREITO).

[6] A respeito do tema, sugere-se a dissertação de Gabrielle Zini (A CONSTRUÇÃO DO PROJETO REPUBLICANO BRASILEIRO: um ensaio sobre o elo necessário entre política de Estado e política de governo), recém defendida, e que delimita parâmetros conceituais a respeito de políticas de Estado e políticas de governo.

[7] HAMILTON, Alexander; JAY; MADISON. **The Federalist**: A commentary on the Constitution of The United States. A collection of essays. Ed. John C. Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & co, 1864.

[8] Idem, p. 349.

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

[9] BURNS, Arnold I.; MARKMAN, Stephen J. Understanding Separation of Powers. In: **Pace L. Rev.** Vol. 7, issue 3 Spring-Summer 1987, p. 575-607 (1987), p. 582. Available at: http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol7/iss3/2.

[10] HAMILTON, Alexander; JAY; MADISON. **The Federalist**: A commentary on the Constitution of The United States. A collection of essays. Ed. John C. Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & co, 1864.

[11] Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power(…)There is no position which depends on clearer principles, than that every act of **a** delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid

[12] HAMILTON, Alexander; JAY; MADISON. **The Federalist**: A commentary on the Constitution of The United States. A collection of essays. Ed. John C. Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & co, 1864, p. 577.

[13] MORBACH, Gilbert. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 214-218.

[14] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 340-341.

[15] No original: Wherever law ends, tyranny begins.

[16] LOCKE, John. **Second Treatise of Government**, Book II, XVIII, § 202. Edição de C. B. Macpherson. Hackett, 1980, p. 102.

[17] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020 (Verbete RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO (RESPOSTA CORRETA)).

[18] STRECK, Lenio Luiz. **Qual é o valor do empate no STF e por que Fachin está equivocado**. Senso Incomum. Consultor Jurídico. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-set-10/senso-incomum-qual-valor-empate-stf-fachin-equivocado

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

>.

Date Created
19/09/2020

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