

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Opondo-se à maré, este artigo sustenta a tese de que, ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o *ônus da competência* e o *ônus do regulador*.

Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de *elementos especiais de ordem institucional* que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (*ônus da competência*).

Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a *regra geral* que se vai aplicar, *justificando-a* com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*).

2. Princípios: indeterminação normativa extrema

Na cidade de São Paulo, ao se resolver acabar com a poluição visual publicitária, a “Lei Cidade Limpa”, após mencionar ideias difusas como o direito à “percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem”, disse, com simplicidade: “Fica proibida a colocação de anúncios publicitários nos imóveis”.²

Compare-se isso com outro texto, em que a mesma Municipalidade costuma fundamentar a exigência de que grandes empreendimen-

resgatar a seriedade do tema, que foi se perdendo com o uso forense dos princípios. De nada adiantará a crescente sofisticação teórica alcançada pelos pensadores se, usando o pretexto e o charme da teoria, o que os práticos estiverem fazendo não for além de puro voluntarismo. A caricatura dos princípios é um problema real, importante, que precisa ser enfrentado.

2. Lei municipal 14.223/2006.

Capítulo 3

PRINCÍPIO É PEGUEIRA?

1. *Contra a farra dos princípios.* 2. *Princípios: indeterminação normativa extrema.* 3. *Como achar normas dentro de princípios?* 4. *Princípios que são normas principais.* 5. *Voltando aos princípios que são normas iniciais.* 6. *A moda dos princípios no direito público.* 7. *Por que há tanta indeterminação nos textos normativos?* 8. *Jogos de poder em torno de princípios.* 9. *Princípios como armas de especialistas e de preguiçosos.* 10. *Divisão de competências para aplicar princípios.* 11. *Nem sempre a competência é dos juízes.* 12. *Mas cabe aos próprios juízes a autolimitação.* 13. *Crêditos jurisprudenciais restritivos e afirmativos da competência judicial.* 14. *A competência judicial para aplicar princípios não se presume.* 15. *Os juízes têm o ônus de fundamentar sua competência.* 16. *O poder que a lei delega ao juiz e o poder que o juiz quer tomar do legislador.* 17. *O ônus da competência nos conflitos distributivos.* 18. *Caso em que o Judiciário é especialmente responsável.* 19. *Atenção: normas judiciais não são fáceis de mudar.* 20. *Usando princípios para “julgar nas nuvens”.* 21. *Usando princípios para não decidir ou motivar.* 22. *Usando bons princípios para ignorar a lei.* 23. *Os juízes têm o ônus do regulador.*

1. Contra a farra dos princípios

Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico!

1. O pensamento jurídico tem gerado discussões de qualidade sobre os princípios, tanto as mais conceituais quanto as relativas à sua aplicabilidade (quanto a isso, meu livro brasileiro de referência é o de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012). O presente ensaio de modo algum despreza esses esforços, tampouco a eles se contrapõe. Ao contrário, seu objetivo, relativamente simples, é contribuir para

tos privados custeiem obras viárias para compensar seu impacto no trânsito: “Quando a implantação de um empreendimento particular determinar a necessidade de execução de obras ou serviços relacionados à operação do sistema viário, o interessado arcará integralmente com as despesas decorrentes”.³

À primeira vista, essas regras têm estrutura semelhante, pois ambas impõem a alguém um comportamento, caso configurada certa hipótese.

Mas a aparência é enganosa. O fato descrito na primeira é bem mais preciso que o outro. Dizer se algo é, ou não, um anúncio publicitário é incomparavelmente menos polêmico que avaliar se o novo edifício exige, ou não, intervenções viárias, e estabelecer sua dimensão. Em virtude do elevado número de interrogações sem resposta, o segundo preceito tem um grau de indeterminação bem maior que o primeiro.

Quando se cogita de tomar decisões com base em princípios, os desafios e dúvidas são estes: os dos *textos normativos indeterminados*.

E por que se fala tanto deles no direito público brasileiro?

Nossa Administração Pública está sujeita aos princípios da “moralidade” e da “eficiência”.⁴ Se isto está na Constituição, é razoável supor que seja uma norma,⁵ que obriga ou proíbe algo; mas o quê?

As muitas interrogações não resolvidas são responsáveis pela indeterminação, como na lei municipal que exige obras viárias, que referi de início. Só que é bem maior a incerteza quanto ao que se extrai de normativo das singelas palavras “moralidade” e “eficiência”: há menos texto, há menos elementos para identificar uma hipótese e um mandamento.

Portanto, falamos de “princípios” para designar casos extremos de indeterminação normativa, mesmo que o texto não use o termo

3. Lei municipal 10.506/1988.

4. CF, art. 37, *caput*.

5. Razoável, mas não inevitável: o consenso quanto à força normativa da Constituição é relativamente recente, bem posterior ao surgimento das Constituições escritas no século XVIII. E se pode questionar, por exemplo, se o “Preâmbulo” também tem essa força. O Supremo Tribunal brasileiro respondeu que *não* (quanto à referência a Deus no “Preâmbulo” da Constituição Federal de 1988), e a Corte Constitucional francesa respondeu que *sim* (quanto à referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e à Constituição anterior).

“princípio”, mas “direito” (“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”) ou outro qualquer (a “cidadania” é “fundamento” da República).⁷

3. Como achar normas dentro de princípios?

Por convenção, chamamos de princípios textos que somos levados a entender como normativos mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contém.⁸

Debates sobre princípios são travados quase sem texto (como neste exemplo: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”⁹).

Daí o problema: se a norma não está no texto, será mesmo uma norma (o Estado estará, mesmo, juridicamente obrigado a fazer algo em termos de saúde, ou aquela frase é mera “declaração de princípios”)? Se for, onde está a norma (onde podemos encontrar a solução para o problema de saber que prestações de saúde o Estado está obrigado a fornecer a cada pessoa)? Quem a decifra (o legislador, o administrador público, o juiz, o povo)?

4. Princípios que são normas principais

Há dois sentidos para “princípio” no Direito: o de norma inicial (da dicotomia princípio x fim) e o de norma principal (da dicotomia principal x secundário).

Dentro desse segundo sentido, os manuais costumam ter capítulos sobre os “grandes”, “gerais” ou “verdadeiros” princípios do direito administrativo, do tributário, do ambiental etc. — enfoque a que

6. CF, art. 225, *caput*.

7. CF, art. 1º, II.

8. Há, claro, inevitável arbitrariedade quanto ao grau de indeterminação necessário para se chamar algo de princípio, não de regra. Ambientalistas gostam muito do “princípio do poluidor-pagador”, e ninguém estranha. Mas você, leitor, com certeza achou esquisito que eu começasse este artigo citando como exemplo de indeterminação (de princípio?) a norma municipal sobre o dever de custear obras viárias. Você deve ter pensado: “Mas isto é uma regra: tem sujeito, tem verbo e tem contexto; esse cara não entende nada de princípio!”. Acontece, leitor, que onde você viu uma regra eu vi o “princípio do construtor-pagador”. Errei?

9. CF, art. 196, *caput*.

a própria Constituição aderiu, ao prever princípios da Administração.¹⁰ Aí, o que se está querendo destacar não é a indeterminação, mas a importância da norma.

Nessa linha, os administrativistas louvaram o “princípio da motivação” para falar de exigência bem específica, nada indeterminada: os atos administrativos, para serem válidos, devem ter uma exposição formal de motivos. É princípio por ser relevante (principal), não por ser inicial (insuficiente, indeterminado).

Mas geralmente os “grandes princípios” são mesmo formulações bastante indeterminadas (como em “princípio do interesse público”).

É no sentido de princípios como normas principais que os administrativistas discutem sobre os “princípios da licitação”: trata-se de saber o que é mais importante nesses processos (divergindo-se, por exemplo, sobre se o “formalismo” é, ou não, um princípio – o que teria consequências práticas quanto ao rigor na invalidação de licitações por vícios formais).

Quando se diz, entre publicistas, que os princípios têm precedência, ou que são mais relevantes que as regras, não se está referindo todos os textos normativos de extrema indeterminação, mas apenas os “grandes princípios”.¹¹ É isto para afirmar algo óbvio: os mais importantes (as normas principais; os princípios) são mais importantes que o menos importantes (as normas secundárias; as regras), de modo que se lhes deve dar a importância que têm (mais importância; precedência)!

10. CF, art. 37, *caput*.

11. Criou-se certo hábito, sobretudo entre órgãos de controle da Administração Pública, de chamar de “princípio” à própria licitação, isso para legitimar uma interpretação redutora de todas as regras que autorizam a contratação sem licitação. Nesse argumento, “princípio” tem claro sentido de “norma principal”. É um exemplo poderoso do jogo de interesses que pode estar por trás da identificação de princípios. Órgãos de controle tiram seu poder e influência do valor que se dê às exigências que lhes caiba controlar; é compreensível que, para crescerem institucionalmente, eles procurem ampliar sempre mais esse valor. Pregar o caráter principiológico da licitação é retórica útil a um projeto de poder. Mas é muito difícil sustentar racionalmente a ideia de que licitar é melhor, mais importante ou mais adequado que não licitar; são apenas modos diversos de contratar, necessários ou úteis em *situações diferentes* – donde a impertinência de orientar a interpretação por um critério de preferência em favor de um deles.

5. Voltando aos princípios que são normas iniciais

Minhas afirmações sobre os princípios, neste artigo, consideram só o primeiro dos sentidos da palavra: o de normas iniciais, insuficientes, indeterminadas, cujo conteúdo precisa ser especificado por outras (as finais), para poderem funcionar.

Neste tópico estou tentando conhecê-las um pouco mais para, a seguir, discutir sobre sua utilização no campo do direito público.¹²

Os princípios não precisam necessariamente ser escritos – desde que, claro, se esteja disposto a admitir que a ordem jurídica tenha normas de outra origem.

Em comparação com os princípios escritos, os não escritos em tese propõem o desafio suplementar de sua identificação, mas esse não é um problema real. Na prática, o que se reconhece como *princípios implícitos* são os lugares-comuns, aos quais não vale muito a pena resistir. Ninguém tem grande disposição para negar que *segurança jurídica*, *boa-fé* e *proporcionalidade* sejam princípios do direito público, mesmo sem lei.¹³

No STF, que usa com frequência a *segurança jurídica* como fundamento de suas decisões (por exemplo: para manter em seus cargos servidores nomeados sem concurso público, quando este era obrigatório, segundo a Constituição), não parece haver vozes contrárias a ela em si, embora possa ocorrer divergência quanto à sua aplicabilidade e efeito em cada hipótese.

12. Parte da reflexão dos juristas quanto aos princípios está ligada à visão de que deve haver uma “amarração principiológica” no Direito, de modo que os “grandes princípios” estejam presentes na tomada de quaisquer decisões. Nesse sentido é que, por exemplo, se teorizou classicamente sobre os “princípios gerais do Direito”. O objetivo deste artigo, conquanto não seja tomar partido nesse debate, pode contribuir em algo para ele, ao discutir algumas das dificuldades para compatibilizar a aplicação de textos normativos de extrema indeterminação (como são os “grandes princípios”) com as exigências procedimentais e o sistema de divisão de competências próprios do Estado de Direito.

13. É preciso dizer que a Lei Federal de Processo Administrativo (n. 9.784/1999) indicou tudo isso – e muito mais – como “princípios da Administração Pública” ou “critérios do processo administrativo” (art. 2º). Se continuarem deixando os professores de direito administrativo fazerem projetos de lei, em breve não haverá mais princípios para serem descobertos no reino da implicitude!

Na discussão de casos em Direito também têm seu papel os *princípios ocultos*.

São princípios culturais, isto é, ideias relativamente vagas sobre a ordem da Política, da Economia, da vida etc., divulgadas por juristas – embora não só por eles –, das quais se procura extrair efeitos normativos, mesmo sem serem apresentadas com o nome de “princípios jurídicos”.

O STF em tempos passados gostava de fundamentar no *poder de polícia* a validade de restrições a direitos individuais, como a proibição de uma divertida lápide pelo Prefeito de Pirassununga¹⁴ ou a repressão ao *trottoir* de prostitutas em São Paulo, por obra de um delegado arbitário.¹⁵ Nunca houve no Brasil lei geral prevendo um poder geral de polícia, nem jamais se falou de “princípio”, mas isso não impediu que, citando juristas, o Tribunal o usasse para referendar medidas caprichosas das autoridades. Era um princípio oculto, hoje meio em desuso, segundo o qual as autoridades públicas teriam uma espécie de pátrio poder sobre as pessoas, para evitar que fizessem “estripulias”.

Textos ocultos podem ser considerados como plenos de conteúdo se, existindo prática e consenso anteriores em torno do sentido dos termos que utilizam, os aplicadores estiverem de acordo em reconhecer normatividade também a esses elementos não textuais.

Assim, embora a indeterminação normativa tenha a ver com o texto, nem sempre é dele *considerado em si mesmo*.

Compare-se o que a poderosa Petrobrás conseguiu inserir na Constituição de 1988 (o petróleo é “monopólio da União”¹⁶) com o conquistado pelo movimento negro (“aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos definitivos”¹⁷). Para realizar o interesse da Petrobrás, de dominar sozinho o setor, bastou usar uma palavra – “monopólio” – cujo sentido estava bem elaborado pela experiência e legislação anterior. Já, no outro caso, questões fundamentais ficaram em aberto, por conta da

14. “Bípede, meu irmão. Esta é a história prosaica de um espermatozoide que ... acabou virando carniça. ... Sou o Chico Sombração. Xingai por mim!” (RE 76.163).

15. RHC 59.518.

16. CF, art. 177 (em sua redação original).

17. ADCT, art. 68.

novidade da norma e do uso de expressões cujo significado para o Direito ainda precisava ser construído: o que são “comunidades dos quilombos”, como identificar “remanescentes” e o que são “suas terras”? A indeterminação não decorre diretamente das palavras (“monopólio” é uma palavra mais exata que “quilombos”?), mas do fato de não haver, no ambiente do Direito, prática e consenso anteriores em torno de seu sentido.

Com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses. Assim, as grandes indeterminações não seriam tão desafiantes se textos normativos novos não surgissem a cada hora, criando mais e mais charadas a decifrar – e mais: cruzando charadas com charadas. Em suma: os legisladores e reguladores se encarregam de sempre gerar novidades, impedindo que a vida dos juristas perca totalmente a graça!

6. A moda dos princípios no direito público

Hoje fala-se o tempo todo em princípios no direito público brasileiro. Essa moda tem três razões principais.

Indeterminações aparecem aos montes na (ainda recente e sempre mudando) Constituição de 1988 e nas novas leis; e, como a fábrica de princípios lança “produtos” sem parar, o trabalho de absorvê-los é permanente e ruidoso.

Em segundo lugar, as pessoas estão cada vez mais dispostas a levar os princípios a sério como fonte de Direito – e as dificuldades que isso propõe são enormes.

Por fim, a operação de um sistema com tal índice de incerteza normativa gera muita confusão (saber se a confusão é positiva ou negativa: eis uma questão!).

Não é de estranhar que os princípios estejam cada vez mais na berlinda.

7. Por que há tanta indeterminação nos textos normativos?

Há como – e por que – combater a proliferação dos princípios nos textos normativos e nas decisões judiciais?

É difícil evitar as indeterminações nos textos, pois há razões claras para adoptá-las.

A “Lei Cidade Limpa”, que mencionei no início deste texto, veio de um Governo forte, com boa base parlamentar e apoio da opinião pública. Se as empresas de publicidade exterior tivessem mais influência à época, provavelmente teriam, durante o processo legislativo, conseguido barrar restrições mais contundentes e a lei, se tivesse saído, teria se limitado às ideias vagas (ao princípio da “percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem”); como não tinham essa influência, a proposta original do Executivo foi aprovada e os anúncios publicitários nos imóveis foram proibidos – e isso simplesmente porque se quis e se pôde proibi-los.

Mas o que se terá querido com a outra lei municipal que mencionei, a que exige o pagamento de obras viárias pelo empreendedor privado? É impossível dizê-lo com exatidão: ela lançou muitas perguntas e as deixou sem enfrentar – e isso certamente para acomodar, no texto, interesses antagonísticos.

Os legisladores usam muito essa técnica de misturar claros e escuros.

Os direitos que chamamos de fundamentais são em geral previstos de modo muito incompleto, por meio de cláusulas com alto grau de indeterminação, em formulações como “direito à vida”, “direito à liberdade”, “proibição de censura”, “inviolabilidade da intimidade” etc.

O motivo histórico principal dessas indeterminações todas talvez não seja a dificuldade prática de o constituinte fazer redações mais precisas. Afinal, para vários assuntos espinhosos a linguagem da Constituição é exata,¹⁸ enquanto o significado do direito à vida nem o legislador consegue precisar totalmente. E qual a dificuldade? A falta de consenso e de apoio político para textos mais exatos com certeza tem algo a ver com isso.

O princípio constitucional da igualdade (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹⁹) tem conteúdo indeterminado, pois várias questões fundamentais ficaram sem solução. Em

18. Determinando, por exemplo, quais os cargos públicos acumuláveis – art. 37,

19. CF, art. 5º, *caput*.

que casos é importante igualar pessoas? Que fatores podem justificar diferenciações? Que graus de diferenciação são aceitáveis? O texto não responde a nada disso. Claro, respostas podem ser construídas e, inclusive, tornar-se consensuais no ambiente jurídico; só que elas não estão no próprio texto: ficaram para depois. As indeterminações normativas envolvem, assim, um adiamento pragmático de decisões difíceis.

8. Jogos de poder em torno de princípios

Quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Já, os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação. Os preceitos da rica Petrobrás e dos frágeis quilombolas mostram isso com nitidez: para a empresa, uma norma bem precisa; para os outros, palavras vagas.

Na realidade brasileira recente o Ministério Público é exemplo de corporação que usa intensamente fórmulas vagas para ocupar espaços, ampliando seu prestígio e poder. Quando se discutia a substituição de uma antiga lei, membros da corporação influíram para que a nova redação passasse a punir, como “ato de improbidade administrativa”, a violação dos “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.²⁰ Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos, por conta da extrema vagueza do que se estava considerando ilícito, acabou servindo, no decorrer dos anos, como fundamento da maior parte das ações de improbidade propostas pela corporação contra agentes públicos, sempre divulgadas amplamente pela imprensa, em busca de apoio da opinião pública. Como forma de aumentar seu poder, a corporação lançou-se em um grande esforço de construção de sentido sobre um texto normativo quase sem conteúdo.

Em suma: seria ingênuo ver as indeterminações normativas (inclusive as extremas, que chamamos de “princípios”) como imperfeições do sistema. Elas são necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade.

20. Lei federal 8.429/1992, art. 11, relativo à improbidade por violação aos “princípios da administração pública”.

Combater a edição de cláusulas normativas indeterminadas ou combater sua ampla utilização como fundamento de decisões concretas são posições possíveis, com seus fortes e fracos – que podem, claro, ser defendidas com argumentos lógicos.

9. Princípios como armas de expertos e de preguiçosos

Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os expertos e para os preguiçosos.

O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do *acesso à jurisdição* e pede para não pagar, até o fim do processo principal: “Negar a liminar” – diz ele – “é cassar meu direito à Justiça”. É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito.

O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o *princípio da obrigatoriedade dos contratos* e negá-la. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão.

Experts e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esper-teza fique oculta, por conseguirem iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios.

Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de expertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes. Nos tópicos a seguir dedico-me a eles.

Para tanto, foco na figura do juiz, procurando identificar seus ônus, quando decide com base em princípios. Este é um modo indireto de tratar também dos ônus dos juristas, das partes e de seus advogados, das autoridades administrativas e dos órgãos de controle, todos envolvidos nessa prática de argumentar com princípios.

10. Divisão de competências para aplicar princípios

A enunciação da “dignidade da pessoa humana” como fundamento da República²¹ é suficiente para dar direito ao abastecimento gratuito de água ao pobre? É difícil negar alguma relação entre uso de água e dignidade humana, mas isso basta para afirmar a existência de uma regra de gratuidade?

A resposta não está em qualquer ingrediente do próprio texto normativo considerado – cuja indeterminação não pode ser superada pelos elementos intrínsecos, justamente porque são insuficientes –, de modo que exigirá necessariamente um esforço criador. Logo, com esse texto tanto se poderia responder *sim* como *não* à pergunta formulada.

E como os juízes optam entre uma alternativa e outra? Em primeiro lugar, com base nalguma concepção sobre *divisão de competências*.

Seria a seguinte, então, a questão inicial, implícita na dúvida sobre a normatividade do *princípio da dignidade da pessoa humana* em ação sobre abastecimento de água: faz sentido que sejam os juízes a elaborar a política tarifária do serviço, ao menos em algum de seus aspectos?

Em direito público, debates judiciais sobre a aplicabilidade de princípios sempre envolvem questões de divisão de competências institucionais.

11. Nem sempre a competência é dos juízes

A compreensão disso tem sido obscurecida pela suposição de que em qualquer caso seria viável ao Judiciário assegurar direitos sem extrapolar os limites de sua missão. É uma postura de onipotência judicial em relação aos direitos: se há direito envolvido, sempre uma ação o assegura e um juiz pode realizá-lo.

É a visão clássica sobre a função judicial, em descompasso com o mundo contemporâneo.

21. CF, art. 1º, III.

A ordem jurídica ampliou-se gigantescamente, e passou a distribuir direitos de modo indeterminado e aberto. Ela não se limita, como em algum passado, a atribuir e proteger direitos específicos; passou a conferir, a grupos e pessoas, *direitos em construção*. Parte importante da ordem jurídica atual se dirige ao legislador e ao administrador público e tenta antecipar seu trabalho na construção de direitos – por meio de normas iniciais, de princípios.

O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele *não é* o Legislativo nem a Administração, e não pode substituí-los em tudo. Por isto não há solução judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa.

12. Mas cabe aos próprios juízes a autolimitação

E qual deve ser o papel do Judiciário na ordem jurídica contemporânea? Quais os termos e limites de suas competências?

É fascinante: a Constituição e as leis o dizem com regras, mas sobretudo com princípios!²² É perturbador: cabe ao próprio Judiciário, interpretando esses textos, a autodefinição e a autolimitação!

A maior ou menor disposição dos juízes para usar princípios como base de decisão tem a ver com o papel político que, em cada hipótese, escolherem para si, não somente com questões de racionalidade. Os profissionais do Direito sabem disso. Para discutir com os juízes se um texto indeterminado tem, ou não, valor normativo, e qual deve ser sua aplicação, vale pouco argumentar com teorias. Juízes são mais práticos: medem as dificuldades de decidir e de justificar e vislumbram as consequências do que vão fazer.

22. Há muitas regras constitucionais (sobre ações constitucionais, sobre competências de cada Justiça ou Tribunal etc.) e legais (exemplo: as normas processuais civis) a considerar. Entre os princípios, os da *separação dos Poderes* (CF, art. 2º) e da *universalidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), sendo este último um daqueles cuja aplicação sofre dos males que, neste artigo, busco combater: o da superficialidade, que leva à suposição de que universalidade seria sinônimo de onipresença, oniscência e onipotência.

O que precisamos exigir deles é a revelação sincera do que os move e o permanente aprofundamento de sua análise.

13. Critérios jurisprudenciais restritivos e afirmativos da competência judicial

A jurisprudência vem elaborando, ao longo do tempo, parâmetros gerais para definir a extensão da competência do Judiciário.

Vários deles traduzem uma concepção restritiva da intervenção judicial. São exemplos: a competência anulatória dos juízes é excepcional;²³ os juízes não podem aumentar vencimentos de servidores públicos a título de garantir isonomia;²⁴ os juízes não podem criar normas gerais novas para suprir omissões do legislador;²⁵ os juízes não podem administrar;²⁶ e os juízes não podem impor prestações positivas ao Estado com base em normas programáticas.²⁷

Há, por outro lado, outros tantos critérios de caráter afirmativo, como: o juiz deve controlar a arbitrariedade do legislador e do admi-

23. Esse critério, empregado nas ações sobre a validade de leis e atos administrativos, já teve bastante prestígio, hoje diminuído, mas que certamente pode voltar a brilhar. Normalmente é formulado como *princípio da presunção de validade (ou legitimidade) das leis e dos atos administrativos*. Envolve uma postura de autocontenção judicial, um reconhecimento da preferência dos Poderes democraticamente constituídos.

24. O STF o vem aplicando constantemente ao longo do tempo. Está claramente inspirado na ideia de que o legislativo deve ser o senhor da divisão dos recursos públicos.

25. O STF o afirmou ao decidir sobre o regime do mandado de injunção criado pela Constituição de 1988, mas o vem matizando pouco a pouco, com alguma prudência, nos últimos anos, por conta de tendência mais ativista (como no caso do direito de greve).

26. A distinção, implícita nessa diretriz, entre *função judicial* e *função administrativa* não se baseia em critérios puramente formais (como a oposição entre *ato administrativo* e *ato judicial*), mas na constatação de que certos assuntos e programas, para serem enfrentados adequadamente, supõem um método de ação e demandam um conjunto de recursos (materiais, técnicos, políticos etc.) que o Judiciário não possui.

27. Este critério escora-se na concepção de que há na Constituição algumas normas meramente programáticas, cujos efeitos positivos dependeriam de regulamentação legislativa, ao contrário de outras, autoexecutórias. Distinguir uma categoria de outra sempre constituiu uma fonte de debates. Atualmente a própria expressão “normas programáticas” está meio fora de moda, embora a ideia por trás dela continue relativamente presente.

Mas em litígios sobre posse de bem público por que não aceitamos que ele simplesmente beneficie o mais pobre, inspirado em que “erradicar a pobreza” é objetivo fundamental da República?³³ Uma resposta razoável é que, tendo a lei fundamentado o direito de posse não na necessidade do bem para o sujeito, mas em outro elemento (como a propriedade), cabe ao juiz decidir segundo esta lei, e não, com base em princípios, criar um regime jurídico alternativo que lhe pareça melhor.

A diferença entre o caso da responsabilidade e o da posse não está na indeterminação das normas: ambas são vagas. Quando cria regras sobre responsabilidade a partir de um fiapo normativo o juiz não se choca com o legislador, que lhe delegou poder para esses julgamentos. Mas se, no outro caso, usasse um princípio para construir um regime alternativo ao legal, estaria usurpando a função do legislador.

17. O ônus da competência nos conflitos distributivos

Em alguns temas juízes têm adotado postura bastante ativista. Vale por todos o exemplo das ações, ajuizadas em nome do “direito à saúde”, exigindo do Estado medicamentos não previstos nas listas oficiais. Há nesses casos uma questão jurídica prévia: juízes têm competência para ampliar a lista oficial de medicamentos?

Para discuti-la é essencial que também reflitam sobre os potenciais efeitos negativos de sua intervenção na matéria. Não são aceitas visões românticas sobre o valor da atuação isolada dos juízes se o que está em causa é um conflito de natureza claramente distributiva. A pergunta aos juízes é: vocês são capazes de proteger também os ausentes, aqueles que, não estando na ação, podem ter seus interesses e direitos difusos afetados negativamente pela decisão desta ação?

18. Caso em que o Judiciário é especialmente responsável

O STF, invocando princípios, decidiu pela ilicitude do uso de algemas quando, entre outros importantes requisitos, não estiver “jus-

33. CF, art. 3º, III.

tificada a excepcionalidade *por escrito*”.³⁴ Para assegurar a eficácia das limitações substanciais que impôs, o Tribunal legistrou, inventando a exigência formal que não estava em lei: a justificação por escrito.

Ele interferiu no assunto por entender muito perigoso para o País o costume policial de constranger com algemas e por suspeitar que o Legislativo, por conta do “clamor popular” contra os “bandidos”, jamais iria coibi-lo por lei.

Entendo elogiável, nesta hipótese, a atitude do Tribunal de criar normas claramente legislativas a respeito, sem se aferrar a uma visão restritiva da função jurisdicional.

A meu ver, a justificativa da intervenção era o fato de caber ao Judiciário a responsabilidade última pelas prisões efetivadas pela Polícia³⁵ – fazendo sentido, em função disso, que produzisse alguma normativa geral a respeito, suprimindo defeitos institucionais do Executivo (falha em corrigir abusos policiais sistemáticos) e do Legislativo (falha em editar norma indispensável à eficácia de direito fundamental).

Mas minha observação é que, em situações do gênero, a Corte precisa assumir o ônus da legitimação de sua competência, explicando seu fundamento específico e, assim, delimitando com clareza seu âmbito de competência normativa. Se não fizer isso, não teremos como saber qual será sua visão nos próximos casos, não teremos como criticar seus critérios, não teremos como controlá-los.

19. Atenção: normas judiciais não são fáceis de mudar

Um aspecto que os juízes têm de considerar, antes de se afirmarem competentes para editar regras com base em princípios constitucionais, é o da rigidez das regras que produzirão.

Transformar ideias jurídicas vagas em normas precisas é uma operação criadora: pintar quadros, não revelar fotografias. No entanto, as autoridades jurídicas sempre dirão o contrário, por razões mais ou menos óbvias. O STF, ao decidir que o amianto era inconstitucional, logo explicou que isso estava incluído, mesmo implicitamente, no

34. Súmula Vinculante 11. *Ver* o *supra* citado parecer do ministro Ricardo Lewy.

35. CF, art. 5º, LXI, LXII e LXV.

“direito à saúde” garantido pela Constituição.³⁶ Essa hipocrisia, embora inevitável, dificulta bem as coisas.

Quando o Legislativo se reúne para discutir como regular uma prática perigosa (o uso de armas, por exemplo), as soluções normativas à sua disposição são bastante amplas: por meio de exceções, condições e prazos, ele pode ir modulando a regulação. A polêmica interessante, quando se legisla, é justamente em torno dessas modulações. Há argumentos e demonstrações bastante racionais a considerar, mas no final ninguém duvida de que, para editar a norma, o legislador tem de fazer escolhas.

Só que o Tribunal, ao fazer normas a partir de princípios, se sente obrigado a dizer que age assim justamente *por não ter escolhido*. Há algo ruim nisso: moralmente, é bem mais difícil mudar uma norma nascida com esse tipo de justificativa que alterar uma lei ou regulamento.

O STF resolveu criar uma limitação geral à nomeação sem curso para cargos públicos e editou norma proibindo “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau”.³⁷ Justificando-se, disse tratar-se de decorência direta do princípio constitucional da *moralidade*.³⁸ Se, no futu-

36. Apenas na ADI 3.937-SP (cautelar) é que a Corte “se deu conta” disso, ao manter lei estadual proibitiva. Antes, já examinara leis semelhantes e, ao invés de louvá-las, as derrubara por falta de competência legislativa dos Estados (ADI 2.656-SP e 2.396-MS).

37. Súmula Vinculante 13. O pitoresco é que, no debate sobre a redação da Súmula, o Tribunal, constrangido pela dificuldade de explicar de modo convincente como o *princípio da moralidade* traz em si essa precisão, inclusive numérica, preferiu escrever que a nomeação ficava proibida porque “viola a *Constituição Federal*”. Com isso, revelou uma nova fonte de Direito, ainda mais indeterminada que os princípios constitucionais: a ideia abstrata de Constituição.

38. É interessante a história da norma e de sua justificativa. A regra antinepotismo foi elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça/CNJ para ser aplicada no âmbito da organização judicial. Houve reação violenta da corporação, que foi ao STF gritando contra a violação do *princípio da legalidade*, pois não havia lei com essa restrição. Por razões de política interna, o STF hesitou em reconhecer competência normativa ampla para o CNJ (a quem cabe “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”; como a de “controle da atuação administrativa” do Judiciário – CF, art. 103-B, § 4º, I). Mas, como queria manter a norma, disse tratar-se de mera decorência direta de princípios constitucionais. Daí para editar uma Súmula Vinculante estendendo a restrição para os cargos do Executivo e do Legislativo foi um pulo – que o Tribunal deu, plenamente consciente de que isso valorizaria muito seus juízes diante da opinião pública, sempre irritada com os “abusos” da máquina pública. Em um

ro, os juízes preferirem que a proibição seja abrandada (criando-se algumas exceções), ampliada (até o quarto grau, por exemplo) ou, mesmo, eliminada (reconhecendo que ela não é mais, ou nunca foi, necessária), em tese poderão rever sua jurisprudência, mas o medo do ridículo provavelmente os deterá.

Assim, regras inventadas judicialmente a partir de princípios constitucionais tendem a ser mais difíceis de mexer, o que pode gerar confusões nada desprezíveis.

Enfim, muitos outros aspectos – além da existência, ou não, de lei, da justiça distributiva, da responsabilidade judicial e da rigidez das normas criadas – estão envolvidos na definição dos limites da competência judicial, sendo inviável, aqui, a tentativa de um panorama geral.

O que importa é defender a necessidade de o juiz cumprir os deveres que lhe são impostos pelo ônus de legitimar analiticamente sua competência.

20. Usando princípios para “julgar nas nuvens”

Falta, agora, explicar o que é o ônus do regulador, que o juiz deve suportar quando decide com base em princípios. Um caso ajuda a iniciar a análise.

Em um julgamento volta o debate, que outras vezes já havia sido feito, sobre o conceito de *improbidade administrativa*. Discutia-se se a simples inobservância de certa regra legal por um prefeito bastaria, ou não, para caracterizar “improbidade por violação da legalidade”, ou se seria preciso “haver também dolo ou lesão ao erário”.

No voto inicial o Relator adota a primeira opção, crendo necessário punir com severidade administradores que “deixe(m) de observar as mais comezinhas regras de direito público”. Curiosamente, logo a seguir muda de lado e diz o inverso: “porque é muito perigoso e draconiano” impor as sanções da improbidade sem “a prova do elemento subjetivo”!³⁹

mesmo episódio vê-se a Corte tímida para reconhecer poder normativo interno ao CNJ e ousada em atribuir-se um poder normativo geral.

39. STJ, REsp 621.415.

Dias depois, o Juiz reconhece a “evidente contradição” em que andou caindo, ora dizendo uma coisa e depois o oposto. E aí escolhe uma das opiniões que defendera (a última), justificando a opção com essa sintética e surpreendente frase: “Não há discrepância na doutrina quanto à punição só a título de dolo”.⁴⁰ Um argumento curioso, o de que haveria unanimidade em torno do assunto: primeiro porque não é verdadeiro, segundo porque o próprio Juiz era exemplo da falta de unanimidade, pois não conseguia chegar a um acordo sequer consigo mesmo.

Este caso é mais um, dentre uma infinidade de outros, em que o texto da motivação da decisão judicial é muito frágil e, assim, gera a sensação de que processos podem ser julgados de modo bem superficial.

Mas o que interessa destacar aqui não é tanto esse problema, que é bem conhecido, e sim que o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo. E por que facilitador e legitimador? Porque belos princípios ninguém tem coragem de refutar, e muita gente se sente autorizada a tirar conclusões bem concretas apenas recitando fórmulas meio poéticas (aliás, de preferência muitas delas – como se enfileirar princípios, todos muitos vagos, aumentasse a força da conclusão).

A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz.

Na discussão judicial que acabei de referir, sobre se a mera falha no cumprimento da lei deveria, ou não, ser punida como improbidade mesmo não havendo dolo, os dois lados da contenda têm belos princípios a invocar. Os favoráveis à punição podem dizer, com razão: punir autoridades independentemente de dolo incentiva a respeitar o *princípio da legalidade*. Mas os contrários também estão certos quando respondem: excesso de rigor atenta contra o *princípio da razoabilidade*.

O que fazer, então: decidir em abstrato se a legalidade é melhor que a razoabilidade, ou vice-versa? Devemos ficar nas nuvens ou baixar à Terra?

40. STJ, REsp 626.034.

Muitos juízes têm preferido ficar mesmo “nas nuvens”, pois isso lhes permite decidir de acordo com as sensações que tirem de cada processo, mesmo à custa de contradições.

Voltando à polêmica sobre se é, ou não, jurídico punir por improbidade quem agiu sem dolo, outro Juiz do mesmo Tribunal também parece ter dificuldades em escolher um dos lados: em um caso ele entende só haver improbidade “quando o agente público, no seu agir, é devasso, provocando dano ao erário e recebendo correspondente vantagem”,⁴¹ em outro afirma ser descabida a “declaração de necessidade de má-fé e de lesão ao erário público”.⁴² Os textos do Juiz são meras ideias soltas, difíceis de refutar nesse plano, e ele os alterna conforme queira condenar ou absolver, segundo a impressão geral que tenha sacado do processo.

21. Usando princípios para não decidir ou motivar

O que estou querendo dizer aqui é algo simples, evidente, com que provavelmente todo mundo concorda: ideias soltas não podem servir de motivação de decisões judiciais. Mas o “*status principiológico*” de certas palavras, expressões e frases tem servido demais para mascarar a falta de critérios.

Para muitos juízes, usar fórmulas mágicas meio vazias para resolver o cotidiano é um modo de ir empurrando para mais tarde a construção de critérios gerais consistentes.

Também o legislador muitas vezes faz exatamente isso: para responder a alguma pressão e ao mesmo tempo fugir do ônus de decidir (de distinguir, de fixar critérios etc.), simplesmente finge. Como? Editando algum texto vazio, que mais tarde os interessados usarão como argumento, em suas disputas administrativas e judiciais.

Isso aconteceu na própria Lei da Improbidade, cuja aplicação vem desmorteando os Juízes que transcrevi. Os parlamentares, sem querer tomar partido claro sobre o que devia, ou não, ser condenado, mas precisando mostrar severidade (para não serem acusados de proteger autoridades malandras), votaram uma lei mandando punir algo

41. STJ, REsp 758.639.

42. STJ, REsp 604.151.

muito indefinido: a violação dos “princípios da administração”. Mas como assim?... A lei não disse ...

Aos Juízes cabia, a partir desses vagos termos, elaborar uma política sobre repressão de infrações funcionais; e, para isso, teriam de se resolver por uma dureza maior ou menor na aplicação de sanções. Enfim, teriam que assumir o ônus que o legislador lhes repassou.

Mas os Juízes cujos votos citei há pouco não conseguiram também decidir-se. Por falta de tempo? Talvez pelas dúvidas da própria sociedade quanto a isso? Por buscarem orientação nas palavras páldas da lei, sem perceberem que tudo que ela fez foi lhes delegar a tarefa de regular a matéria? Motivações ocultas, de citações e louvações a princípios, serviram para ocultar o voluntarismo com que as deliberações foram tomadas pelos Juízes – e, justamente por serem ocultas, puderam, com um simples rearranjo de palavras, servir também à conclusão oposta.

22. Usando bons princípios para ignorar a lei

Um outro caso serve agora para mostrar como fórmulas vazias podem servir para esconder o desrespeito à própria lei.

Certa autoridade administrativa editou ato reduzindo os preços autorizados de medicamentos quando vendidos para o Poder Público. Impugnado o ato como ilegal, o Tribunal o considerou legítimo, por traduzir “política de acesso a medicamentos pela população em geral”, e não viu problema na discriminação de preço em função da entidade compradora, “principalmente se tais medidas atendem ao princípio da razoabilidade”.⁴³ Será que essas frases bonitas bastam para permitir que a autoridade faça algo que a lei proíbe ou não autoriza?

Então, vamos a mais um caso.

Em certo processo, debatendo sobre os efeitos da inadimplência no pagamento de tarifa de serviço público, um Juiz votou “contra o corte de energia de pessoa física em situação de miserabilidade” previsto em lei, pois “não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre

43. STJ, MS 12.730.

os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana”.⁴⁴ É uma bela expressão essa, a “dignidade da pessoa humana”, e está na Constituição. Citá-la será o bastante para o juiz afastar a lei que autoriza o corte de energia?

Nestes dois casos estamos diante de decisões com sensibilidade social, visando a facilitar o acesso popular aos medicamentos e aos serviços públicos. Exemplificam um modo comum no direito público atual: argumentar com *bons princípios* (com fins justos e de contornos vagos) para deixar de lado regras da lei. Não importam o arranjo de competências nem a política concebida pelo legislador ao instituir a regulação de preços de medicamentos, desde que o juiz veja bons princípios no ato praticado pelo regulador. A política legal de tarifação do serviço público também não interessa se o juiz vislumbrar uma ideia melhor, pela simples orientação dos *bons princípios*.

23. Os juízes têm o ônus do regulador

O que está acontecendo de errado? Os juízes não só estão se omitindo no dever de debater com consistência a política que a lei lhes deixou para construir (caso da improbidade), como desprezam superficialmente as políticas legais, em favor de outras soluções, adotadas pelos administradores (caso do controle de preços) ou por eles próprios (caso do corte de serviços). Fazem isso com intuição e bons propósitos: será o suficiente?

Ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória – e não podem fazê-lo superficialmente.

Nosso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores.

Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as

44. STJ, REsp 363.943.

características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada.⁴⁵ Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.

É preciso insistir nisto: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça.

conclusão oposta

revelar o mundo e o mundo revelar

Ocupa-se o direito de definir a natureza da obrigação de motivar a decisão judicial. O juiz, ao proferir a decisão, deve expor os motivos de fato e de direito que a fundamentam. A falta de motivação constitui violação do devido processo legal e pode ser objeto de recurso. A motivação é um elemento essencial da decisão judicial, pois permite ao cidadão compreender as razões da decisão e ao Poder Judiciário controlar a atuação dos juizes. A falta de motivação é considerada uma das principais causas de nulidade da decisão judicial.

45. Para a finalidade algo simplória deste ensaio – que é lembrar o dever do julgador de descer ao mundo real, não podendo ficar nas nuvens – bastam essas considerações mais gerais sobre um mínimo exigível como método de decisão. Mas a polêmica a respeito pode ser bem complexa, segundo a visão mais ou menos rígida que se tenha quanto à profundidade da investigação que o regulador ou o julgador devem fazer. Para se enfrontar mais nesse tema, a reflexão jurídica pode se beneficiar dos debates de ciência política sobre modelos de análise para decisões públicas, que estão bem retratados em Thomas R. Dye, "Mapeamento dos modelos de análises de políticas públicas", em Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm (orgs.), *Políticas Públicas e Desenvolvimento – Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*, Brasília, UnB, 2009, pp. 99-129.