

## DIREITO, POLÍTICA E JUSTIÇA: UM EXERCÍCIO ESPECULATIVO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES<sup>1</sup>

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

### 1. A Racionalidade Jurídica que nos Espera

O tempo presente vem desafiando as bases sobre as quais minha geração se formou. Tomar a Constituição de 1988 como uma construção relativamente bem-sucedida do período democrático implicou várias edificações dentro desta principal, entre as quais merece destaque o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais. No entanto, sob a ordem que vem se desenhando – se não autocrática, de uma democracia desafiada, numa sociedade mais explicitamente dividida –, é de se esperar que esse sentido da atuação judicial venha a sofrer alterações, especialmente em relação a seus mecanismos jurídicos de legitimação.

<sup>1</sup> Homenagear um professor que se admira, como José Reinaldo de Lima Lopes, é motivo de honra e satisfação. No meu caso, é também uma forma de agradecer. José Reinaldo foi membro de minha banca de doutorado, em que a ousadia de criticar o Direito Administrativo estabelecido rendeu uma arguição bastante dura de minha orientadora – à época, fim dos anos 1990, isso não era incomum. Generosamente, o professor me salvou, jogando uma luz favorável sobre a tese, apontada como uma perspectiva de renovação do Direito Público. Com a bela apresentação do livro **Direito Administrativo e Políticas Públicas** (Saraiva, 2002) fiquei para sempre devedora dessa grandeza acadêmica. Já professora da Faculdade de Direito da USP, em várias oportunidades, como nas discussões sobre a reforma do Projeto Pedagógico, em 2018, e nos embates conjuntos pela defesa da liberdade acadêmica, só aumentou o aprendizado com esse mestre erudito e suave.

Se nos primeiros anos que se seguiram à promulgação da Constituição houve um trabalho intenso no campo das ideias a instar que o Judiciário assumisse a função mais ativa nas garantias da cidadania – naquela época o discurso da defesa dos direitos fundamentais não estava consolidado como hoje –, não é claro o que ocorrerá se esse mote democrático arrefecer. Com a mudança da visão política que estrutura a Constituição, que mesmo sem ser dominante exerceu hegemonia no meio jurídico durante o período democrático de 1993 a 2016, qual a visão que passará a subsidiar a leitura da Constituição e suas medidas de efetivação?

Retornaremos a alguma forma de valorização do formalismo jurídico, correspondendo ao preenchimento, pelo Poder Legislativo, de vazios até agora ocupados pelo Supremo Tribunal Federal? Qual o alcance da reassunção de espaço político pelo Congresso, que vem sendo sinalizada no campo das decisões orçamentárias pelo menos desde a criação do “orçamento impositivo”, com as Emendas Constitucionais ns. 86/2015 e 100/2019? Podemos esperar que disso decorra novo protagonismo do Congresso como fonte da legalidade? Serão Câmara e Senado – hoje em grande parte descolados dos compromissos democráticos da Constituição de 1988, dominado pelas barganhas do orçamento paroquial – capazes de reaver parte da iniciativa perdida em favor do Executivo, origem da maioria dos projetos de leis aprovados nas últimas décadas?

E do lado do Judiciário? É razoável esperar que seja reforçada a deferência ou autocontenção do Poder Judiciário diante dos outros Poderes? Ou veremos o ativismo judicial com sinal trocado, substituindo a fundamentação dos artigos 5º e 6º da Constituição por referências de índole menos igualitária, como, por exemplo, a “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”, encartada na Lei da Liberdade Econômica, Lei n. 13.874/2019, a ensejar atividade interpretativa ampla, agora em favor da liberdade de iniciativa e da redução da intervenção do Estado?

O exercício especulativo sobre o futuro é necessário para que a imaginação institucional renove as balizas de ação. Compreender os movimentos do passado recente, em especial como se deu a “virada cidadã” no funcionamento da Justiça logo após a edição de nossa “Constituição transformadora” (BERCOVICI, 2013, p. 285-305), entrelaçando a dinâmica dos poderes políticos com a produção de uma forma específica de legitimação jurídica, ressoa neste momento em que uma outra visão de mundo, conservadora, com apelo religioso e tradicional, também assume pretensões transformadoras, projetando sua sombra sobre o futuro.

## 2. A Transição da Racionalidade Formal à Racionalidade Material Depois da Constituição de 1988

O início da década de 1990 foi marcado pelo questionamento dos limites da legalidade racional-formal, que deveria passar a ser permeada por uma racionalidade material, sensível às aspirações políticas e sociais que fundaram o projeto constitucional. À bandeira da superação da cultura jurídica formalista se conjugavam os temas do acesso à justiça, da reforma do ensino jurídico e do enfrentamento da barreira de classe na composição do Judiciário, debatidos nas escolas de magistratura (FARIA, 1994). Explicitava-se uma nova compreensão política do papel da Justiça, que fosse além da suposta neutralidade do direito liberal, o qual na prática ocultava a conflitividade e as diferenças sociais profundas, como observou José Eduardo Faria.

Para (...) uma atomização, autonomização e individualização dos conflitos de interesses, exige-se um conjunto de categorias abstratas capaz de permitir à dogmática jurídica situar-se de maneira distanciada – e, portanto, **“despolitizada”** – dos antagonismos reais. Graças a essa estratégia, expressa pelas principais categorias normativas forjadas pelo Estado liberal, como as noções clássicas de contrato, legalidade, constitucionalidade, hierarquia das leis etc., e operacionalizada, nos casos de conflito concreto, por tribunais centralizados pelo Estado, esta concepção de direito atribui às regras jurídicas a responsabilidade de articular relações formalmente “igualitárias” entre os “sujeitos de direito”, garantindo o valor da segurança jurídica e, ao mesmo tempo, tornando-se tão previsíveis quão controláveis os atos de autoridade emanados dos diferentes órgãos decisórios do sistema legal. **Em nome de uma concepção legal-racional de legitimidade, que despreza as determinações genético-políticas de suas categorias e preceitos, esse sistema é auto-limitado para resolver os conflitos jurídicos a partir de decisões estritamente legais** – o que faz com que a ordem institucional seja encarada como uma estrutura formalmente homogênea, exclusiva e disciplinadora tanto do comportamento dos cidadãos quanto do próprio funcionamento dos órgãos estatais (FARIA, 1994, p. 21-22).

O novo paradigma que então se desenhava para a integração de componentes “genético-políticos” da norma à racionalidade jurídica atuante implicava a revisão da postura do Poder Judiciário, inclusive em relação aos temas clássicos da autonomia e independência. José Reinaldo de Lima

Lopes propugnava, em 1995, premonitoriamente, por um delicado equilíbrio entre atuação formal e legitimação social, que, se por um lado não cede à “voz das ruas”, por outro não ignora seu sentido mais profundo, ao internalizar as diretivas da Constituição voltadas à igualdade e à responsabilidade social e econômica.

Independência de quê? Autonomia para quê? A independência do Judiciário tem que ser dos outros poderes, e dos interesses mais poderosos da sociedade. Sua autonomia tem que ser para aplicar a lei, e fazer valer os direitos dos cidadãos conquistados na Constituição e nas leis, e para manter a paz e a segurança entre os iguais. Deste ponto de vista, **o Judiciário tem também de ser autônomo em relação à voz das ruas, no sentido de que não pode julgar levado pela emoção.** Lembrando uma velha tradição ocidental, expressa com maestria por S. Tomás de Aquino na Suma Teológica: a justiça é uma virtude intelectual, pois leva-nos não a controlar os apetites mas a discernir o certo e o errado em cada caso nas ações exteriores relativas a outrem. Ora, o julgamento deve ser uma atividade, quanto possível, isenta da cegueira das emoções. Isto, porém, não significa que o Judiciário, como órgão estatal de uma sociedade historicamente dada, não seja constituído justamente para fazer valer as regras e o sentido das regras aceitas em tal sociedade. Ou seja, **se o sentido da vida social encaminha-se para uma democratização crescente, se a constituição e as leis indicam diretamente a direção da igualdade e da responsabilidade social e econômica,** o esforço da eliminação das discriminações injustificadas de cor, credo, sexo, da supressão ou diminuição das desigualdades sociais, econômicas e regionais, **ao Judiciário não pode ser dada autonomia (nem política nem jurídica) de proceder contra tal direção, que para além de positivada no ordenamento jurídico é perfeitamente compreensível e justificável do ponto de vista racional e desejável do ponto de vista ético** (LOPES, 1994a, p. 77, grifo meu).

A valorização da racionalidade substantiva no âmbito do Judiciário se deu em meio a tensões entre a legalidade da cultura liberal e a democracia social no direito. Essa transição era parte de um movimento mais amplo, que envolveu outros juristas, como Paulo Bonavides, Fábio Comparato e Dalmo Dallari.

Em **O poder dos juízes**, Dallari propôs expressamente que os juízes assumissem a politicidade do Judiciário. Alertando para a necessária dis-

tinção entre a consciência política e a atividade político-partidária – a qual deveria seguir vedada aos magistrados – ele convida os juízes à ação.

(...) nos sistemas constitucionais modernos, os tribunais são independentes do Parlamento ou do Executivo e as decisões judiciais são ordens, não pareceres ou sugestões. Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força. Além de tudo é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura. (...)

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social.<sup>2</sup> (DALLARI, 1996, p. 88 e 94).

Já Comparato defendia a superação da cidadania liberal-individualista, em favor de uma “nova cidadania no Estado social”, própria à sociedade de massas, em que os mecanismos tradicionais de representação política e de garantia das liberdades individuais são “falseados por relações impessoais e simbólicas”<sup>3</sup> (COMPARATO, 1996, p. 12-13), além de interesses difusos. A ideia-mestra dessa nova cidadania é a participação, que não se limita a uma função procedimental, mas também implica uma concepção substantiva,

<sup>2</sup> Reforçando a tese, o autor transcreve a seguinte passagem de José Reinaldo: “A letra da lei, a publicidade, é pervertida pela materialidade dos edifícios e das práticas. É preciso alterar o império do cartório sobre a jurisdição: atualmente o essencial do processo está em seu andamento cartorial, e isso não é apenas um desvio administrativo, **mas também político**, pois retira do juiz, órgão independente e autônomo, o grosso da condução do caso, para concentrá-lo numa repartição arquivística por natureza.” (DALLARI, 1996, p. 156, grifei)

<sup>3</sup> A participação desdobra-se em cinco níveis: a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; b) na proteção dos direitos difusos ou transindividuais; c) no controle do poder político; d) na administração da coisa pública; e) na proteção dos interesses transnacionais.

consistindo em fazer com que “o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social” (COMPARATO, 1996, p. 10). A permanência de sentido dessa concepção participativa, em vista da erosão democrática no contexto das relações digitais – e suas distorções –, é algo que ainda está por ser avaliado.

No plano material, a noção de cidadania ampliada incorpora os direitos sociais como base de legitimação. Surgida na passagem do séc. XIX para o séc. XX com a regulamentação dos acidentes do trabalho e a proteção contra o desemprego e a velhice, por meio do seguro social, essa nova categoria de direitos é de difícil operacionalização: o objeto nem sempre é definido e o sujeito passivo das obrigações que lhes correspondem muitas vezes é indeterminado. Além disso, depende da atuação ativa do Estado, tanto na organização quanto na provisão de recursos, o que depende da equação financeira definida pelo balanço de forças políticas no processo orçamentário. No plano jurídico os direitos sociais não se reduzem a declarações, combinando-se com garantias e disposições vinculantes, o que deságua em demandas ao Poder Judiciário, tensionando concepções tradicionais no direito, como a separação de poderes e o processamento de conflitos entre indivíduos.

A complexidade desse feixe de tarefas explica por que a transição para a admissão da intervenção judicial ampla não ocorreu de imediato, mas foi sendo produzida nos anos iniciais de vigência da Constituição, sob influência de juristas comprometidos com a diretriz de promoção social da Constituição.

A eventual intervenção do Judiciário, no sentido de tornar efetivo um direito social, não significa que teria havido uma transferência inconstitucional de competência, mas sim que o Judiciário está sancionando uma omissão inconstitucional por parte dos demais Poderes. (...) a concretização de direitos sociais, justamente porque se trata de atender à reivindicação de grupos e não de indivíduos isolados, exige algo de mais complexo: a implementação de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental, compreendendo uma série organizada de atos – preparatórios ou executivos – escalonada no tempo. (...) o Judiciário não pode – até mesmo por razões de ordem prática – substituir-se ao Governo na realização de políticas públicas (COMPARATO, 1996, p. 12-13).

Sobre esse ponto específico, reconhecendo os mesmos limites, a leitura de José Reinaldo em 1996 era de franco encorajamento a uma nova postura do Judiciário em matéria de direitos sociais e políticas públicas.

Se a democracia tem algo a ver com justiça, e todos estão convencidos que têm, por que não há quem defenda a democracia dizendo que ela é boa porque produz injustiça ou porque é incapaz de desfazer injustiça, então um dos temas importantes do Judiciário é atuar, a despeito de suas limitações, promovendo a justiça distributiva (...). Ao Judiciário incumbe, pois, para desempenhar hoje seu papel histórico num Estado democrático (...), escapar da ilusão liberal mais simples de que sua missão se reduz à proteção da propriedade privada e que as reformas sociais de que necessitamos virão por si, sem a sua participação (LOPES, 1994b, p. 143).

Mas os desafios subjacentes a essa forma de atuação eram conhecidos; o julgamento de políticas públicas é o ápice da tensão entre os dois modelos de legalidade, formal e material, e do confronto de justiça comutativa e distributiva.

Como as diferenças estruturais de classe são enormes, naturalmente as duas espécies de conflitos se misturam, visto que a comutatividade das trocas individuais só é avaliável dentro de um quadro geral de equilíbrio definido pelas trocas globais. Em poucos lugares isto é tão claro quanto naqueles casos em que são discutidas em juízo as políticas públicas em geral (LOPES, 1994a, p. 83).

Houve algumas decisões emblemáticas em matéria de controle judicial de políticas públicas, como em matéria de creches, na ADPF 45, de 2004, relatada pelo Min. Celso de Mello, e RE 1008166, de 2022 pela Min. Rosa Weber<sup>4</sup>, ambas a afirmar o dever do Estado de prover os meios e condições

<sup>4</sup> Recurso Extraordinário (RE) 1008166, Tema 548 da repercussão geral: “A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: 1 – A educação básica em todas as suas fases, educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2 – A educação infantil compreende creche, de 0 a 3 anos, e a pré-escola, de 4 a 5 anos. **Sua oferta pelo poder público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.** 3 – **O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.**” (grifei)

para a efetivação do direito à educação infantil. Mas em geral não se pode dizer que a jurisprudência do STF tenha sido transgressora de limites tradicionais. Em matéria de políticas públicas, a corte segue em geral sendo bastante deferente às decisões dos outros poderes, às vezes até tímida, inclusive quanto a diretrizes que se depreendem do texto constitucional. Esse é o caso da vedação do retrocesso em matéria do (des)financiamento da saúde pública, debatida ao longo dos vários anos em que tramitou a ADI 5595, cuja decisão em 2022, rejeita essa diretriz interpretativa por apertada maioria de 6 a 5, com voto contrário do Min. Barroso<sup>5</sup>.

Não foi do campo das políticas públicas que provieram abalos à legalidade formal. Contra o esperado e enunciado, esses vieram de seara mais tradicional, como a interpretação de institutos da legislação eleitoral, a exemplo da cláusula de barreira, da fidelidade partidária e do financiamento empresarial de campanhas políticas. Mas em matéria de rompimento com o formalismo nada se igualou às oscilações da jurisprudência do STF sobre a interpretação do art. 5º, LVII, em relação à presunção da inocência. Insta examinar como se chegou a esse ponto, em termos de justificação coletiva da ação, passando pelo duplo caminho da política e da racionalidade jurídica.

### **3. Os Transbordamentos da Racionalidade Material nos Anos 2000**

Nos vinte anos da Constituição de 1988, a tônica do balanço indicava que a transição para um modelo que admitia a racionalidade jurídica material já

<sup>5</sup> “Preocupante que esse estado de tensão orçamentária, desde os anos 90, possa se agravar pela tese esposada pelo ministro Roberto Barroso, em seu voto na ADI, de que o piso constitucional da saúde (recursos mínimos) pode ser alterado ‘por não haver cláusula pétrea que preserve um modelo específico de financiamento da saúde’. O Ministro entende que violação da cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do artigo 60 seria proposta tendente a abolir o direito, aquela medida ‘que uma vez aprovada atingiria o seu núcleo essencial, esvaziando ou minimizando em excesso a proteção conferida pelo direito’. Isso pode gerar insegurança jurídica quanto aos recursos mínimos da saúde, uma vez que negar financiamento suficiente ou conceder financiamento sempre insuficiente (por mais de 30 anos) à garantia de um direito fundamental de elevado e crescente custo, não significaria minimizar, esvaziar, mitigar, asfixiar a proteção conferida pelo direito. Importante pois transcrever parte do voto da ministra Rosa Weber: ‘Para os fins de observância do disposto no artigo 60, § 4º, IV, da CF, redução substancial do montante direcionado ao financiamento da saúde, ainda que transitória, somente se justificaria, a teor dos arts. 6º e 196 da Carta, diante de uma eventual redução do custo de assegurar esse direito (... Um exemplo seria uma revolução tecnológica que viesse a reduzir significativamente o custo de medicamentos ou equipamentos de saúde)’.” (SANTOS, 2022).

havia sido completada nos anos 2000. Independentemente de críticas sobre excessos ou inconsistências ao longo de todo o período, a legitimidade da participação do Poder Judiciário nesse processo em geral foi reconhecida, (SOUZA NETO; SARMENTO; BINEMBOJM, 2009) consagrando o neoconstitucionalismo entre nós. Examinar como se deu a justificação dessa trajetória (e seus limites) pode ajudar no exercício especulativo aqui proposto.

Para isso, analiso argumentos produzidos por Luís Roberto Barroso, que em 1990 defendia uma postura, então nova, de exigibilidade das disposições constitucionais (“cabe aos Tribunais o papel maior de resgatar a efetividade do constitucionalismo brasileiro”) (BARROSO, 1993, p. 4) e em 2013 chega ao Supremo Tribunal Federal, nomeado por Dilma Rousseff, tornando-se um dos Ministros-acadêmicos da Corte, bastante ativo. O argumento relevante para este artigo é desenvolvido por ele em **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria (BARROSO, 2017a). Nele se expõe o mergulho na racionalidade material do direito e a diluição das fronteiras entre o jurídico e o político desdobrada em três papéis da Suprema Corte brasileira.

De um lado, o papel **contramajoritário**, seguindo o modelo das cortes constitucionais para evitar a tirania das maiorias, examinando possíveis abusos decisórios ou omissões do Legislativo. Exemplos brasileiros são a decisão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas em favor de negros para o acesso à universidade ou a autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias, devendo-se observar que em ambos a decisão do STF foi autocontida, preservando-se a norma questionada.

De outro lado, o papel **iluminista**, que corresponderia à criação constitucional para a proteção de direitos empreendida pela Corte Warren, nos EUA da década de 1950, cuja decisão mais emblemática é *Brown vs Board of Education* (1954), que põe fim à jurisprudência da segregação racial vigente naquele país desde 1896, com a decisão do caso *Plessy vs Ferguson*, resumida no mote “separados, mas iguais” (PADOVER, 1996, p. 282-292). Essa vertente, no caso brasileiro, poderia ser ilustrada pela decisão sobre as uniões homoafetivas, que as equiparou às uniões estáveis, suprimindo omissão recorrente do Congresso brasileiro para assegurar o gozo de direitos da dignidade humana às pessoas naquela situação.

O terceiro papel, chamado de **“representativo”**, é o mais polêmico, descrito como “a transferência de poder político – aí incluído certo grau de criação judicial do direito – para órgãos como o Supremo Tribunal Federal”

(BARROSO, 2017a, p. 54). Isso, rigorosamente, caracteriza o ativismo judicial, com a invasão da esfera da criação do direito, atribuição típica do Poder Legislativo, pelos tribunais. Essas decisões se justificam, segundo Barroso, em função da crise do modelo tradicional da separação de poderes<sup>6</sup>, do déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, e do comportamento das minorias parlamentares, que frustram as maiorias ao realizarem obstruções. O autor vai mais longe ao apoiar sua justificativa na tradicional desconfiança da política e numa suposta condição superior dos juízes para suprir essa deficiência.

parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais (...) em conflito com o interesse coletivo. Por outro lado, não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário (BARROSO, 2017a, p. 55)<sup>7</sup>.

Os exemplos indicados sobre a “função representativa” do STF incluem a proibição do nepotismo nos três Poderes (ADC n. 12 e Súmula Vinculante n. 13), a constitucionalidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle do Judiciário, com competência concorrente para a instauração de processos disciplinares contra magistrados, e a fidelidade partidária, em que, segundo Barroso, a posição do STF “foi ainda mais arrojada”, ao determinar a perda de mandato em decorrência da troca de partido pelo parlamentar (BARROSO, 2017a, p. 59).

Esse “arrojado” no caso da fidelidade partidária é bastante criticado sob o ponto de vista jurídico, em vista da falta de base constitucional ou legal, conforme aponta Virgílio Afonso da Silva<sup>8</sup>, além da baixa consistência e

<sup>6</sup> “(...) muitas questões têm sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito (...) e a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação de poderes” (BARROSO, 2017a, p. 39-40).

<sup>7</sup> “(...) em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais (...) a sociedade se identifica mais com seus juízes que com seus parlamentares” (BARROSO, 2017a, p. 53).

<sup>8</sup> “Até 2007, o parlamentar que se desfiliasse do partido pelo qual havia sido eleito não perderia seu mandato. (...) Em 2007, contudo, o STF mudou seu entendimento, seguindo decisão do TSE do mesmo ano. O STF partiu indevidamente do pressuposto de que a fidelidade partidária é característica inerente à representação proporcional (...) embora não haja qualquer regra constitucional ou legal nesse sentido, o mandato pertence ao partido, não ao parlamentar. Ainda mais heterodoxa foi a aceitação das regras definidas pelo Tribunal Superior Eleitoral,

da instabilidade das regras do jogo, segundo Adriana Ancona de Faria e Roberto Dias (FARIA; DIAS, 2017, p. 280-308). Sob a perspectiva política, a crítica é ainda mais severa, pois a decisão, conjugada com a que autorizou partidos novos a levarem o tempo de TV de seus filiados<sup>9</sup>, favoreceu à época o recém-criado PDS, de Gilberto Kassab, e acentuou a desastrosa proliferação de partidos políticos, o que só começou a ser revertido com a edição da Emenda Constitucional 97/2017, cujos efeitos se completarão apenas em 2030, quase trinta e cinco anos depois da primeira decisão do Congresso sobre a matéria. O cientista político Fernando Limongi tributa diretamente ao STF os casuísmos que afetaram o regramento eleitoral no Brasil:

As decisões emanadas do Poder Judiciário têm sido tão ou mais “casuísticas” do que as do Congresso Nacional; todas, sem exceção, prenes de efeitos imediatos para a disputa político-partidária. Não há isenção possível neste tipo de questão. Tampouco é possível argumentar em nome do fortalecimento da democracia ou coisa do gênero. Qualquer decisão tomada favorecerá alguns partidos e prejudicará outros. (...) O Supremo alterou as regras do jogo. Difícil sustentar que a intervenção do Judiciário tenha contribuído para fortalecer os partidos e aperfeiçoar a democracia. (...) As intervenções do Supremo no terreno da legislação eleitoral e partidária – é tempo de afirmá-lo com todas as letras – carecem de coerência. O Supremo, por paradoxal que possa parecer, tem sido fonte de instabilidade. **Ao pretender legislar no campo eleitoral, não tem como evitar atrelar suas decisões à disputa político-partidária.** Perde assim a isenção para reclamar a capacidade de arbitrar uma luta em que se envolve (LIMONGI, 2013, grifei).

O cotejo dessa observação com a adjetivação de Barroso a respeito da decisão sobre a fidelidade partidária sugere a falta de noção do Tribunal sobre o real alcance político de seus julgados. Isso se coaduna com a crítica de Christian Lynch e José Vicente Mendonça, que consideram um

segundo as quais em alguns casos a mudança de partido não implicaria perda do mandato, como por exemplo, quando houvesse ‘mudanças de ideologia do partido’. (...) É um disparate defender que juízes deveriam avaliar todas as trocas de partido para decidir, com base em algum critério não definido, se é o parlamentar ou o partido o legítimo representante de uma suposta ideologia sufragada na eleição anterior. Apesar de não fazer nenhum sentido, essa foi a tese vitoriosa” (SILVA, 2021, p. 416).

<sup>9</sup> ADIs 4430 e 4795, propostas por PHS e DEM, PMDB, PSDB, PPS, PR, PP e PTB.

problema da doutrina da efetividade a negação da história constitucional brasileira, (LYNCH; MENDONÇA, 2017) o que na prática é a negação do sentido próprio da política, que passa a ser substituída por soluções *ad hoc*.

Essa tese ganha sentido diante da visão tecnocrática defendida por Barroso, que considera os juízes em regra mais preparados que os políticos, em vista da admissão dos primeiros via concurso público, o que se reproduz no STF, pois embora o recrutamento siga regras distintas, na prática “a quase totalidade dos ministros integrantes da Corte é composta por egressos das carreiras jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos” (BARROSO, 2017a, p. 56).

Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma faculdade de direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, um drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. (...) Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade (BARROSO, 2017a, p. 56).

Mas a democratização da composição do Judiciário é falaciosa e ainda distante de uma seleção realmente meritocrática, pois, como exemplifica Marcelo Semer, a carreira para mulheres no Tribunal de Justiça de São Paulo só se destravou quando foi determinada a supressão da identificação dos candidatos nas fases iniciais dos concursos para a magistratura estadual paulista.<sup>10</sup> (SEMER, 2021) Outros entraves, além da enorme distância entre a primeira instância e os órgãos da cúpula judiciária, pintam um quadro muito distinto da idealizada composição democrática da carreira (DALLARI, 1996; SEMER, 2021).

Nesse quadro, é instigante observar o tipo de argumentação jurídica que seguia sustentando a pertinência de se ultrapassar a dimensão formal (que não se confunde com o formalismo), mesmo depois de todas as críticas.

Barroso se vale do argumento da legitimação discursiva, baseado em Alexy, segundo o qual a corte constitucional seria o “representante argu-

<sup>10</sup> Isso ocorreu a partir de 1998, graças a uma medida da Assembleia Legislativa do Estado sugerida pela Associação Juízes para a Democracia.

mentativo da sociedade”. A “única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como representação popular; pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos” (BARROSO, 2017a, p. 56).

a) o direito é frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá que ser construída argumentativamente pelo intérprete. (...) Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o direito e a moral, entre o direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca da legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática (BARROSO, 2017a, p. 34-35).

José Reinaldo dedicou extensa reflexão a respeito da questão da interpretação. A partir das limitações do positivismo jurídico, a filosofia jurídica da segunda metade do séc. XX teria retomado o tema do exercício prático da razão; “a objetividade não consiste em descobrir, achar ou inventar decisões, mas em justificá-las.” (LOPES, 2016, p. 204) “Práticas não podem ser conhecidas senão por suas regras. Regras não podem ser adequadamente conhecidas senão por suas práticas. As práticas constituem o todo de sentido” (LOPES, 2016, p. 220).

Ganhamos outros meios de combater o arbítrio, o capricho e o irracionalismo legislativo e judiciário ao aumentar nosso entendimento da argumentação e da justificação controlada de nossas ações e decisões. Recuperamos também o diálogo com outras disciplinas da ação, como a filosofia, a ética, as teorias e filosofias do discurso e do sentido. Não é pouca coisa: isso permitiria à doutrina retomar o papel de orientadora da elaboração de figuras, institutos, de crítica da atividade legislativa e judicial, de sistematizadora das novas práticas. Permitiria ainda (...) restaurar o papel da racionalidade

no campo do Direito, eliminando equívocos que o logicismo de baixa qualidade espalhou entre nós e reconquistando espaço ao irracionalismo fácil (LOPES, 2016, p. 223).

Em outras palavras, a prática jurídica não se legitima por critérios exógenos das esferas da política ou da sociedade, mas pelas construções de sentido resultantes da sucessão de decisões ao longo do tempo. A aceitação dessas não decorre de corresponderem às expectativas populares em relação aos resultados dos casos concretos, mas da consistência das referências de justiça produzidas segundo uma racionalidade jurídica coerente e compreensível.

#### **4. A Racionalidade Jurídica em Aberto: o Brasil Pós Lava Jato, Pandemia e Onda Autoritária**

À guisa de fecho e de maneira muito simplificada, a lição a extrair é que o espaço da racionalidade jurídica não se confunde com o dos embates políticos que moldam a área de ação e as armas de juízes e tribunais.

A especificidade dessas camadas de atuação já havia sido assinalada por José Reinaldo quando problematizou leituras sociológicas que criticavam a debilidade da produção jurídico-intelectual do bacharelismo brasileiro, para quem “a produção brasileira foi essencialmente política, não propriamente dogmática ou técnico-jurídica” (LOPES, 2010, p. 100). Não deixa de ser paradoxal acusar o bacharelismo por certos vícios na formação do país, ao mesmo tempo em que se reputa sua produção como secundária. José Reinaldo Lopes aprofunda a reflexão, em primeiro lugar refutando, com base em pesquisa empírica, o caráter desqualificado dos documentos e análises jurídicas da época; havia “um grau sofisticado de argumentação” em muito dessa produção (LOPES, 2010, p. 101). Além disso, desdobra as pontas do paradoxo nas duas tarefas de erguimento e fundamentação jurídica do Estado-nação.

Não houve falta de cultura jurídica de grande erudição entre nós, nem a luta pela liberdade foi totalmente fracassada (embora também não tenha sido totalmente bem sucedida). É preciso tentar compreender melhor o que se passava em dois níveis diferentes. (...) Havia duas tarefas simultâneas e igualmente importantes. Uma era a de constituir um **Estado nacional** e, por implicação, um direito nacional, o quanto possível autônomo do direito português e do direito colonial (...). A outra era a de erguer um **Estado constitucional liberal**

no qual formas antigas de representação e participação política, como o velho municipalismo das câmaras, fossem substituídas pelo novo ideário do Estado-nação, organizado segundo os princípios constitucionais (LOPES, 2010, p. 107, grifos no original).

*Grosso modo*, podemos dizer que essa dualidade de perspectivas persiste, não se confundindo a questão política do protagonismo legislativo contraposto ao judicial com o desafio jurídico de produzir critérios de decisão aceitáveis e capazes de nortear a convivência social. Em momentos de transformação como o que vivemos, seja motivado pela degradação das formas vigentes ou pela busca consciente de novos padrões, cada um desses fatores atuará segundo suas próprias forças. A política pode inspirar o aprimoramento das formas democráticas e o direito reforçar, com base na sua racionalidade específica, a linguagem que lhe corresponde. Mas o inverso também pode ocorrer.

Voltando ao artigo de Barroso, percebe-se um outro paradoxo para quem defendia a superioridade das missões do Tribunal – contramajoritária, representativa e iluminista – em face da política, uma vez que as salvaguardas apresentadas contra o risco de degradação de seu papel parecem mais condicionadas à política do que à confiança nas razões jurídicas.

Assim, se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele agir como vanguarda iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir do papel de agente da história, não haverá como validar seu comportamento. (...) se embaralhar seus papéis ou se os exercer atrabiliariamente, o Tribunal viverá seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um *case* de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem (BARROSO, 2017b, p. 567).

Os problemas quanto à “imagem” do STF talvez não estivessem no radar de Barroso por ter escolhido funções menos controvertidas para análise. Quando se olha para a função de jurisdição penal do STF, especialmente os processos da Operação Lava Jato, a mescla entre política e direito assume

outros contornos, ainda hoje mal compreendidos sob o ponto de vista da racionalidade jurídica. As regras processuais foram distorcidas? Foram interpretadas de modo flexível com base numa legitimação finalística?

O Brasil nunca mais foi o mesmo depois de 2013. A tempestade institucional que se viu após aquelas jornadas de junho teve na bandeira do enfrentamento da corrupção o seu principal motor. A sociedade aplaudia investidas robespierrianas contra políticos e o sistema judicial chancelava incursões nos domínios da política, com atuação decisiva do Supremo Tribunal Federal (...)

No vale-tudo da cruzada anticorrupção, o Ministério Público Federal, em iniciativa institucional pouco ortodoxa, chegou a propor ao Congresso dez medidas contra a corrupção –algumas de conteúdo hoje reconhecidamente tido como questionável–, na mesma crença de milhões de brasileiros de que contribuiriam para a construção de um Brasil mais justo e solidário.

Após a tempestade, no entanto, não veio a bonança. Nos escombros da terra arrasada que se tornou a disputa política no país, sobreveio, nos últimos quatro anos, um desmonte de órgãos de controle. Instituições como o MPF, a Controladoria-Geral da União e a Polícia Federal sofreram grandes impactos decorrentes de medidas que atacaram por dentro seu funcionamento. Paralelamente, medidas administrativas e legislativas concorreram para a opacidade governamental e para o desmonte de políticas públicas em variadas áreas, com efeitos devastadores no enfrentamento da corrupção. (...) (PEREIRA; PINTO; ARAUJO JUNIOR; NETTO JUNIOR, 2022).

É provável que o desgaste da Corte tenha sido compensado por sua reconhecida atuação em defesa do estado democrático de direito diante do agravamento da escalada autoritária em 2022. Não obstante, o revigoramento das instituições de justiça demandará desenvelar o direito e a política.

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV Editora, 2017a, p. 25-79.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV Editora, 2017b, p. 25-78.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988, as constituições transformadoras e o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305 mai/ago 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *In: Direito Público. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FARIA, Adriana Ancona de; DIAS, Roberto. O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos. *In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 280-308.
- FARIA, José Eduardo. Judiciário e desenvolvimento sócio-econômico. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 11-29.
- LIMONGI, Fernando. Em defesa do Congresso. **Valor Econômico**, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/coluna/em-defesa-do-congresso.ghtml>. Acesso em: 02 nov. 2022.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994a, p. 68-93.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de Direito. *In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1994b.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica. Preliminares a uma teoria do Direito como prática. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 53, n. 212, p. 203-226, out/dez 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007 2017.
- PADOVER, Saul. **The living U.S. Constitution**. 3. ed. USA: Meridian, 1996.
- PEREIRA, Francisco de Paula Vitor Santos; PINTO, Felipe Carvalho; ARAUJO JUNIOR, Julio José; NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias. Enfrentamento da corrupção: o ocaso não é por acaso. **Folha de S. Paulo**, 26 out. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2022/10/enfrentamento-da-corrupcao-o-ocaso-nao-e-por-acaso.shtml>. Acesso em 4 nov. 2022.
- SANTOS, Lenir. As pedras no caminho do SUS: ADI 5.595 e o desfinanciamento da saúde. **Consultor Jurídico**, 22 set. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-22/lenir-santos-adi-5595-desfinanciamento-saude>. Acesso em: 2 nov. 2022.
- SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça**. Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente. 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.