

Resenha

Recebido: 22.04.2020

Aprovado: 27.04.2020

Publicado: 01.07.2020

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v8i2.6673>

Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial

João Humberto Cesário

Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso,
Cuiabá, Mato Grosso, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-3250-0184>

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Prefácio de José Eduardo Faria. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 549 p.

A política produz o direito, o direito controla a política, a política é conduzida pelas diretrizes do direito.

Loiane Prado Verbicaro

O livro a seguir resenhado, chamado *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*, de autoria da professora Loiane Prado Verbicaro, publicado pela editora Lumen Juris em primeira edição no ano de 2017 e em segunda edição no ano de 2019, é o resultado, em parte, da tese de doutoramento da autora em Filosofia do Direito, defendida na Universidade de Salamanca, na Espanha, na data de 15 de dezembro de 2014, com alguns recortes em certos temas e ampliações em outros, além de acréscimos oriundos de ideias que já vinham sendo previamente desenvolvidas em diversos periódicos acadêmicos.

A autora da obra é pós-doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, é doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca, é mestre em Ciências Sociais e em Direito pela Universidade Federal do Pará, é graduada em Direito e em Filosofia pela Universidade Federal do Pará, foi coordenadora do Curso de Direito e professora do Programa de Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará e, atualmente, é professora adjunta da Faculdade de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Pará.

Pode-se desde já intuir, da simples análise das credenciais acadêmicas da autora, professora doutora Loiane Prado Verbicaro, que o livro em resenha é uma obra de qualidade incomum, que

prima pelo rigor metodológico e pela densidade de conteúdo. E é justamente isso que o leitor encontra ao se embrenhar pelas suas refinadas páginas, repletas de raciocínios sofisticados, devidamente adensados por criteriosas citações bibliográficas, pelas quais desfilam autores do mais elevado quilate, entre os quais destacam-se, pela importância das suas respectivas obras doutrinárias para o adequado tratamento dos assuntos abordados no livro, Herbert Lionel Adolphus Hart, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron e Wilfrid J. Waluchow, além de incontáveis outros que poderiam ser nominados.

A propósito, o tema central do livro diz respeito ao *crescente expansionismo dos tribunais, aos modelos de atuação judicial e ao problema da discricionariedade na prática jurídica contemporânea*. Dito de outro modo, a obra desafia o tormentoso impasse acerca dos limites da inserção do Poder Judiciário no âmbito da arena política majoritária, cujo protagonismo incontrolado detém potencial suficiente para a promoção de um indesejável desequilíbrio do *status quo* político, social e econômico.

Para enfrentar o problema proposto, o trabalho *apresenta uma escolha metodológica consciente de aproximar a análise conceitual da filosofia do direito, com as categorias da filosofia e ciência política*. Tal opção, altamente elogiável e extremamente bem desenvolvida, confere uma profundidade rara à pesquisa, transformando-a, sem nenhum favor, em um escrito de referência sobre a intrincada matéria abordada.

Estruturalmente falando, o livro se divide em cinco capítulos.

No primeiro deles, denominado '*O direito, a dogmática e o papel dos juízes na práxis jurídica*', a exposição parte do pluralismo jurídico e da discricionariedade que caracterizaram o medievo, decorrentes, evidentemente, da descentralização jurídico-política própria do feudalismo, analisando, a partir do advento da modernidade, o processo de formação dos Estados centralizados, que culminou, juridicamente falando, na assunção do chamado positivismo. Nesta esteira, a narrativa apresenta algumas formas de interpretação que emergiram com o juspositivismo, como, por exemplo, a neutralidade axiológica exegética de um lado e, de outro, o reconhecimento de uma certa função política da magistratura, a qual adveio da transposição do Estado Liberal, calcado em uma visão abstencionista, para o Estado Social, arrimado na promessa de afirmação de direitos positivos como o trabalho, a saúde, a educação, o lazer, etc.

Já no segundo capítulo, chamado '*A teoria da separação dos poderes e a supremacia da Constituição*', são analisados com especial destaque os lineamentos institucionais que conduziram – não raramente até mesmo de modo exagerado – ao exercício da função contramajoritária dos tribunais. A partir dos textos federalistas de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, publicados em 1787 no *Independent Journal* de Nova York, que repeliam a chamada ditadura da maioria e defendiam que o Judiciário assumisse a feição de um órgão contramajoritário capaz de preservar os direitos individuais, o livro estuda detidamente a ideia de supremacia da Constituição no paradigma do constitucionalismo liberal e republicano.

Outrossim, no seu terceiro capítulo, intitulado '*Os modelos de atuação judicial*', a obra estuda seis padrões de atuação jurisdicional, a saber: (a) o modelo dedutivo; (b) o modelo decisionista; (c) o modelo discricionário; (d) o modelo hermenêutico; (e) o modelo da processualização; (f) o modelo da coerência. Tais *standards* veiculam, em graus diferenciados, os limites de vinculação e de liberdade do órgão adjudicatório em face das normas.

No modelo dedutivo, correspondente à exegese francesa, à jurisprudência dos conceitos alemã e à analítica inglesa, marcado por um ideário racional e iluminista, o juiz julga sem liberdades interpretativas, por via de uma simplória equação silógica que, descritivamente, confronta duas premissas, uma maior e outra menor, para assim extrair uma conclusão que, tomada como um julgado, deve corresponder fielmente à vontade da lei.

De outro tanto, o modelo decisionista, fundado nas escolas francesa da livre investigação e alemã do direito livre, bem como no chamado realismo jurídico, concede ampla liberdade decisória ao julgador, que se vendo livre das amarras da lei, acaba por vaticinar, solipsisticamente, aquilo que ele próprio deseja que o direito seja.

Por uma vertente diferenciada, o modelo discricionário, capitaneado por autores como Hans Kelsen e Herbert Hart, reconhece de um modo geral, embora existam algumas divergências pontuais entre os seus principais teóricos, que as leis possuem uma certa zona de indeterminação semântica nos seus enunciados, existindo, outrossim, até mesmo lacunas nos ordenamentos jurídicos (premissa repelida por Kelsen e admitida por Hart). Deste modo, diante da necessidade de atribuição significacional aos elementos indeterminados das regras e, em última instância, da imperiosidade de colmatação das lacunas do ordenamento, tal sistema atribui uma discricionariedade forte aos órgãos responsáveis pela adjudicação, que nem de longe se confunde, é bom que se diga, com a arbitrariedade que caracteriza o decisionismo.

De sua vez, o modelo hermenêutico, desenvolvido em meados do século XX, primeiramente na filosofia propriamente dita por Hans-Georg Gadamer e depois no direito por Arthur Kaufmann, ao colocar em xeque o dualismo positivista da criação/aplicação das leis, assevera que o julgador, em alguma medida, também produz o direito quando interpreta os textos legais, fazendo-o, por assim dizer, em um processo dialético-circular no qual o todo deve ser compreendido por via das partes e estas por meio do todo.

Já o modelo da processualização do direito, embora reúna tendências um tanto distintas, pode ser perfeitamente enxergado pelo amálgama doutrinário de Neil MacCormick, que ao desenvolver uma teoria integradora da argumentação, termina por conceber a coerência como um ideal a ser atingido por uma ordem jurídica na qual as normas devem se adequar aos valores ou às políticas perseguidos.

Finalmente, o modelo da coerência, cujo expoente máximo é Ronald Dworkin, arrima-se na investigação de critérios que concedam integridade à ordem jurídica, garantindo o máximo respeito ao direito mesmo nos *hard cases*. As suas principais ambições são o combate à discricionariedade e, conseqüentemente, a busca da única resposta correta.

Uma vez estudados os modelos de atuação judicial, o livro passa ao seu quarto capítulo, chamado 'O problema (?) da discricionariedade judicial'. Nesta parte, a obra se põe a discutir os sentidos da discricionariedade judicial forte e fraca, preconizados, respectivamente, por Herbert Hart e Ronald Dworkin. Hart, como visto anteriormente, ligado ao *standard* da discricionariedade, reconhece um espaço significativo de liberdade aos órgãos responsáveis pela adjudicação, mormente quando estes se defrontam com os reptos de atribuição de sentido a conceitos vagos e de preenchimento das chamadas

lacunas do sistema. Já Dworkin, de seu turno, ligado ao método da coerência, rechaça a discricionariedade, reconhecendo-lhe, quando muito, um sentido fraco, preconizando, por corolário, a existência de uma única resposta correta mesmo para os casos difíceis. Tais ângulos de visada, desde sempre contrapostos, abriram espaço à ocorrência daquele que muito provavelmente foi o mais profícuo debate jurídico do século XX, do qual o livro sob resenha se ocupou com maestria.

O quinto capítulo, fechando a obra, atrela a questão da discricionariedade à judicialização da política e ao ativismo judicial. Quanto ao primeiro fenômeno, qual seja, o da judicialização da política, enxerga-o como uma decorrência da própria existência de conceitos indeterminados no interior das Constituições, circunstância que acaba por naturalizar a inserção do Poder Judiciário no palco político, econômico e social. Relativamente ao segundo, ou seja, o problema do ativismo judicial, propõe a rediscussão das fronteiras interpretativas e institucionais de atuação dos órgãos da adjudicação, a fim de que sejam evitados o arbítrio judicial, o subjetivismo, o decisionismo e ainda a conversão do regime democrático em uma ditadura das togas.

Uma vez exposta a estrutura do livro em análise e devidamente perfilados os temas suscitados no seu interior, parece claro, pelo menos aos olhos deste resenhista, que são três, em essência, os dilemas jurídicos-filosóficos que a obra almeja colocar sob os holofotes. A saber:

É mais satisfatória, em termos jurídicos, a teoria da discricionariedade adjudicatória ou a tese da única resposta correta?

É conveniente, democraticamente falando, que os tribunais, imunes a qualquer forma de *accountability*, interfiram no procedimentalismo majoritário quando do exercício do *judicial review*, fazendo-o em nome do substancialismo contramajoritário?

Pressupondo-se contemporaneamente a inexorabilidade da judicialização da política, quais cautelas devem ser tomadas para que o ato adjudicatório não se transforme em puro e simples ativismo judicial?

Elucidando a primeira dúvida, o livro, fortemente escudado nas ideias de Wilfrid Waluchow¹, coloca em debate, resumidamente falando, a seguinte equação: para que não houvesse discricionariedade bastaria que o Direito se *propusesse meramente a controlar a decisão* ou, muito ao contrário, seria imprescindível que o direito *efetivamente lograsse êxito em controlar ou governar a decisão a ser tomada*?

Em resposta ao dilema proposto, ainda com base em Waluchow, a obra clarifica que existem situações nas quais as pautas jurídicas de fato almejam controlar a decisão, embora na prática não consigam fazê-lo. Nessas ocasiões, não se pode concluir de modo diferente, a não ser para se compreender que o julgador deverá eleger uma das alternativas que se lhe apresentam, circunstância que inquestionavelmente implica no uso de discricionariedade forte. Neste passo, a presente resenha pode afirmar, por sua conta e risco, que

¹ Sugere-se, para a aproximação do leitor com as ideias de Waluchow, o contato com a seguinte obra: WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo jurídico incluyente**. Trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone. Rev. de Trad. Hugo Zuleta. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

o argumento de Waluchow é devastador. Uma coisa é o Direito ambicionar controlar as decisões judiciais, outra, bem diferente, é ele deter clareza e completude suficientes que o habilite a fazê-lo.

É óbvio que no terreno da idealidade seria desejável que não ocorresse discricionariedade no ato decisório, para que assim a segurança jurídica plena fosse alcançada. Isso, contudo, além de ser impossível no terreno prático, fatalmente conduziria a situações de insuportável iniquidade, as quais podem ser parcimonicamente evitadas no ato decisório por via da axiologia contida nos princípios incorporados. Tudo precedido, naturalmente, de um debate sério e consistente no âmbito dos órgãos responsáveis pela adjudicação, que lhes permita atribuir sentido e densidade aos valores invocados no julgamento, de modo a que as razões decisórias democraticamente construídas sejam observadas por todos no futuro, passando, pois, a fazer parte das fontes formais do Direito.

Nas situações verdadeiramente complexas, dessarte, não podemos perder de vista que o Direito volta e meia se mostra apto a produzir, em termos adjudicatórios, aquilo que a estatística chamaria de *'empate técnico'*. Mesmo em hipóteses que tais, vedado o *non liquet*, os juízes têm de decidir. Tal circunstância, *per se*, joga por terra a perspectiva dworkiniana de que não seria legítimo reconhecer uma discricionariedade mais forte aos órgãos da adjudicação. Insista-se: uma coisa é o Direito ambicionar controlar por completo as decisões judiciais, outra, muito diferente, é ele deter clareza e completude suficientes que o habilitem a tanto.

Já no segundo tema candente anteriormente elencado, que diz respeito à conveniência ou não de os tribunais interferirem nas deliberações majoritárias em nome da prevalência de certos direitos indisponíveis, a obra acertadamente amalgama, segundo a visão desta resenha, as perspectivas doutrinárias de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, conforme será visto.

O debate, no caso, é travado entre aqueles que podem ser chamados de procedimentalistas e aqueles que podem ser denominados como substancialistas. Os primeiros enaltecem a tomada da decisão no plano político, priorizando, assim, o procedimento democrático, cujo resultado, traduzido em uma decisão majoritária, haverá de ser respeitado. Os segundos, de outro tanto, asseveram que o critério último de respaldo a uma decisão política é a sua correção substantiva, que, de tal arte, não pode ultrajar certos valores de justiça incorporados pelas Constituições democráticas. É de se intuir, com efeito, que os primeiros, lastreados no pensamento de autores como Jeremy Waldron², são refratários ao *judicial review*, a passo que os segundos, assentados em autores como Ronald Dworkin³, o admitem com alguma parcimônia.

Relativamente ao tema, o livro, como já indicado, posiciona-se ao centro. Dito de modo direto, a obra assenta-se na visão de que coletivamente falando *os canais majoritários são os mais adequados para*

² Sugere-se, para a aproximação do leitor com as ideias de Waldron, o contato com as seguintes obras: (a) WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003 e (b) WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

³ Sugere-se, para a aproximação do leitor com as ideias de Dworkin, o contato com pelo menos as seguintes obras: (a) DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, (b) DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Rev. Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

elaborar políticas públicas e promover reformas na sociedade, vez que são mais aptos para colher reivindicações e implementar políticas equânimes, distributivas e inclusivas. No âmbito individual, porém, a obra defende que *há um locus legítimo de atuação do Poder Judiciário na proteção de certos núcleos fundamentais de direitos constitucionais.*

Percebe-se, pois, que segundo a compreensão adotada na pesquisa em estudo, o Poder Judiciário deverá ser deferente à política quando o objeto do debate for as táticas para a adequada satisfação dos interesses gerais da coletividade. Todavia, ainda que reconhecendo a legitimidade majoritária nessas hipóteses, o trabalho não transige com a invasão de certos espaços que, acaso afetados, aniquilarão direitos e garantias dos quais o indivíduo não pode dispor sem que seja malferido o mínimo existencial destinado aos cidadãos pelas Cartas de Direitos. Tal significa, em última instância, que a obra abraça a ideia dworkiniana de que os direitos fundamentais são trunfos das minorias contra as arbitrariedades das maiorias de plantão, mesmo porque a segurança jurídica, comprometida com a tutela efetiva dos direitos, só pode existir em um ambiente verdadeiramente democrático, sendo certo que a democracia jamais foi ou será sinônimo de ditadura das maiorias.

Por fim, relativamente ao último dos três pontos anteriormente destacados, o livro parte do pressuposto da inexorabilidade da judicialização da política, mormente no contexto do segundo pós-guerra, a partir de quando ficou claro que *in nomine legis* foram praticadas pelos regimes totalitários as maiores barbaridades que se têm notícia no século XX.

Restou hialino, daquele momento em diante, que os direitos e as garantias previstos nas constituições então emergentes, por mais abstratos que fossem, não poderiam ficar sem concretização. Neste momento, as Constituições deixaram de ser vistas como meras pautas programáticas ou declarações de boas intenções, para assumirem a normatividade ínsita ao direito. Neste diapasão, os direitos fundamentais assumiram uma feição subjetiva e uma outra objetiva, sendo enxergados, respectivamente, como direitos e como vetores interpretativos do ordenamento, a reclamar uma leitura das leis em conformidade com as Constituições. Tudo isso, como não poderia ser diferente, cambiou radicalmente as atribuições do Poder Judiciário.

A partir do giro linguístico ocorrido em meados do século XX, ficou evidente para os juristas a diferença entre a lei e a norma, sendo a primeira vista como simples texto e a segunda como o comando emergente do texto interpretado e otimizado pelos direitos e as garantias fundamentais. A lei, por assim dizer, passou a ser vista como o objeto da interpretação, ao passo que a norma foi tomada como o resultado da atividade interpretativa da comunidade cognoscente do direito, cujo debate se encerra no seio do Poder Judiciário.

Uma vez constatados tais fatos e sabendo-se que as Constituições são carregadas de conteúdos polissêmicos, a Judicialização da política, que em si não pode ser tomada como um mal, senão como uma decorrência lógica da vida contemporânea, passou a ser vista como algo normal. O problema que se abriu, então, não foi o da Judicialização da política propriamente considerada, mas sim o do ativismo judicial, vez que os órgãos responsáveis pela adjudicação, ainda que sem o respaldo majoritário, se viram municiados de um ferramental capaz de impor a sua visão de mundo sobre os demais, fazendo-o não raramente com base

na exacerbação da função contramajoritária do direito que, embora ínsita à supremacia das Constituições, decididamente não pode ser invocada abusivamente, sob pena da inauguração de uma repulsiva tirania das togas, capaz de inverter as pautas e políticas públicas ansiadas pela coletividade.

A questão final proposta pelo livro, dessarte, é a de investigar o alcance admissível da discricionariedade na prática jurídica contemporânea em um contexto de juridicização das relações sociais, políticas e econômicas. Desvencilhando-se da tarefa imposta, a obra defende que *a presença da discricionariedade na prática jurídica não representa qualquer dissociação entre direito e razão ou o afastamento da ideia de decisão judicial como procedimento racional e com potencial de legitimação*. Tal significa que *há parâmetros, regras e procedimentos que se destinam a tornar a prática adjudicatória o mais racional possível e com certo grau de objetividade*. Tudo isso quer dizer que *não estão autorizados os juízes a promoverem uma politização da justiça ou a implementação de decisões personalistas e idiossincráticas*. Logo, *não são os juízes, com as suas ideologias individuais, que decidem, mas o direito, construído em bases democráticas, que se faz realizar por meio dos seus intérpretes*. É imperioso que se respeite, portanto, o potencial de referibilidade do direito.

Ao fim e ao cabo, o livro defende o ponto de vista de que *deve haver uma conciliação da tensão entre a pretensão objetiva da norma versus a atuação subjetiva do intérprete judicial*. Há de se compreender, isto posto, que *não há como aniquilar a força normativa da norma para triunfar a volição do decisor*, sendo certo, de outro tanto, que também *não é possível domesticar e neutralizar o intérprete como um ser autômato*.

De tudo o quanto foi dito, embora seja arriscado dizê-lo, a presente resenha sustenta que, do ponto de vista da Filosofia do Direito, o livro está predominantemente situado, sem deixar de abraçar outros pressupostos teóricos, no espaço do positivismo inclusivo ou incorporacionista de Hart⁴ e Waluchow, que permite que os princípios morais interfiram no ato adjudicatório apenas na estrita medida em que detenham as necessárias conexões institucionais, como naquelas hipóteses em que apresentem lastros normativos robustos. Se tal pressuposição está correta, a obra merece ser novamente aplaudida, não mais apenas pelas virtudes antes mencionadas, mas também porque o positivismo inclusivo, tomado como o centro gravitacional da Teoria do Direito, se mostra capaz de unificar, moderada e consistentemente, as preocupações de justiça e segurança que interessam a toda a humanidade.

⁴ Sugere-se, para a aproximação do leitor com as ideias de Hart, o contato com a seguinte obra: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.