



Fernando Rabello

106

# A NATUREZA POLÍTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL: a dicotomia Direito e Moral em Ingeborg Maus

*THE POLITICAL NATURE OF THE ADJUDICATORY ACTIVITY: Ingeborg Maus' separation between law and morality*

José Antônio Lira Bezerra

## RESUMO

Apresenta as ideias de Ingeborg Maus sobre o Direito e a Política, a respeito da separação entre direito e moral como delimitação do primeiro.

Busca assim um contraponto à discussão da judicialização da política, mormente acerca da análise de constituir a atividade jurisdicional uma ação política, mas com a necessidade de se estabelecerem limites.

## PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; direito; política – judicialização; moral; Ingeborg Maus; atividade jurisdicional.

## ABSTRACT

The author presents Ingeborg Maus' ideas on Law and Politics concerning the separation between law and morality, as a means of controlling the former.

He intends to refute the discussion on the judicialization of politics, especially on the theory stating that the adjudicatory activity constitutes a political action, one which nonetheless should be restricted.

## KEYWORDS

Legal Theory; law; politics – judicialization of; morality; Ingeborg Maus; adjudicatory activity.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da natureza política da atividade jurisdicional, tendo como foco principal o exame das abordagens feitas por Ingeborg Maus na obra *O Direito e a Política: Teoria da Democracia* (2009), e separação entre direito e moral como delimitação do Direito. Busca-se assim apresentar um contraponto à discussão do fenômeno da judicialização da política, mormente acerca da análise de constituir a atividade jurisdicional uma ação política, porém com a necessidade de se estabelecerem limites.

A análise do tema se justifica em face do crescente interesse que tem despertado na ciência política o fenômeno da expansão do poder judicial, em especial, pelo exercício de função destituída de legitimidade ou dita como originalmente destinada a outros poderes da República, bem como o de tratar o Judiciário, supostamente, de temas estranhos ao seu ofício original, e mais ainda importante quando se procura caracterizar o trabalho judicial como atividade eminentemente política.

No referente ao método empregado na construção deste trabalho, parte-se para uma abordagem indutiva com a análise das ideias de Ingeborg Maus e auxílio de outros pensadores, confrontando com situações vividas na atual realidade da sociedade politicamente organizada, tendo em mente os aspectos das relações sociais e políticas envolvidas.

Para alcançar os objetivos deste ensaio, desenvolve-se o tema a partir da apresentação do fenômeno da judicialização da política, como se caracteriza e o seu significado, além de se fazer uma breve incursão sobre as suas possíveis causas. Posteriormente, procura-se mostrar um panorama das ideias de Ingeborg Maus e da natureza política da atividade jurisdicional. Por fim, na conclusão, pretende-se reforçar o alerta a respeito do perigo de uma desenfreada ação do Judiciário para a vida social democrática, aludindo-se ao caso brasileiro.

## 2 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Atualmente tem-se discutido, com maior frequência, um fenômeno mundial cuja propagação iniciou-se ainda na parte final do século XX, traduzido numa relevância cada vez maior dada ao Poder Judiciário como fator influente e determinante no destino e na formação da estrutura social e política dos estados democráticos na era contemporânea.

É fato que o ideal liberal, notadamente em ambientação pós-revolução francesa, propiciou o florescimento de uma teoria constitucional que alastrou o mundo ocidental. Decorreu daí a criação, em número cada vez maior, de tribunal com *status* de corte constitucional, passando a dar a última palavra sobre a interpretação e aplicação da norma máxima regente da sociedade e organização estatal, e, via de consequência, passou a controlar todos os outros denominados "poderes do Estado". É pertinente ressaltar que alguns sistemas jurídicos estatais, além do controle concentrado da Constituição, adotam o controle difuso, caracterizado pelo fato de que juízes em geral, nas ações sob sua apreciação, podem

Estados Unidos e em diversos países, sendo hoje a obra básica, referida pelos pesquisadores que procuram se aprofundar na matéria. No Brasil, as obras mais citadas são *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, de Marcos Faro de Castro e *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, de Luiz Werneck Vianna e outros. No mais, existem ainda outros trabalhos que procuram explorar o assunto (MATOS, 2009, p. 169-178), inclusive enveredando por inúmeros outros matizes, consoante se pode ter um demonstrativo no decorrer deste trabalho.

No presente ponto, importa inicialmente tratar da questão terminológica correspondente ao fato, e aí se pode deparar com a ideia estabelecida por Neal Tate e Torbjorn Vallinder (1995), reiterada pela grande maioria dos estudiosos na Ciência Política, inclusive do Brasil. Tais entendimentos são sistematizados abaixo com o auxílio de Débora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 113-133) e, ainda, aproveitando as especificidades apresentadas por Nelson Juliano Cardoso Matos (2009).

***[...] alguns sistemas jurídicos estatais, além do controle concentrado da Constituição, adotam o controle difuso, caracterizado pelo fato de que juízes em geral, nas ações sob sua apreciação, podem considerar a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo.***

considerar a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo.

Parece óbvio que esse desenho institucional somado a outros fatores que serão abordados no prosseguimento deste trabalho, desenvolveu um cenário político no qual ficou ressaltada em grau superior a participação do Judiciário no concernente ao poder decisório dos destinos da sociedade. (CARVALHO, 2004)

Com efeito, C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder (1995) publicaram *The Global Expansion of Judicial Power*, em que é tratado o fenômeno da judicialização nos

Assim, os termos batizados como **judicialização da política** e **politização da justiça** são utilizadas no âmbito científico contemporâneo para caracterizar e representar o crescimento da importância do Poder Judiciário no mundo. Pelo formato geral: *Judicializar a política é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas, em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas,*

baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juizes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Nelson Juliano Cardoso Matos alerta que comumente tem-se usado a expressão “politização do Poder Judiciário” (ou politização da justiça) significando que os juizes atuam segundo interesses político-partidários ou políticos eleitorais.

**[...] a expressão “judicialização da política” passou a ser utilizada pela ciência social e do direito em dois contextos: transferência do processo de decisão do Poder Legislativo e do Poder Executivo para as cortes, e expansão dos métodos de decisão judiciais para além do campo estritamente jurídico.**

(MATOS, 2009, p. 171). Registre-se que esse sentido não é o utilizado pelos autores referidos neste trabalho. No mais, Esse mesmo teórico apresenta ainda um detalhamento terminológico: [...] A expressão ‘judicialização da política’ pode abarcar dois sentidos complementares: como politização da justiça e como judicialização da política propriamente dita. Como politização da justiça significa que os órgãos do Poder Judiciário (da Justiça) agem politicamente ou que decidem questões consideradas políticas. Como judicialização da política (em sentido estrito) significa que os órgãos considerados políticos agem segundo critérios e procedimentos quase judiciais. Esta distinção serve apenas para fins didáticos, pois usualmente a expressão ‘judicialização da política’ abrange tanto a expansão do Poder Judiciário quanto a adoção de procedimentos judiciais pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. Em ambos os casos, é o judicial que se expande sobre o não-judicial. Em suma, a judicialização da política é um fenômeno que não é exclusivo do Poder Judiciário, pois considera também a adoção de práticas (quase) judiciais pelos outros poderes. Percebe-se, portanto, que no fenômeno da judicialização da política o judicial é o protagonista; seja uma expansão do poder e das atribuições dos órgãos judiciais, seja uma expansão do método judicial. (MATOS, 2009, p. 172)

Parece também importante que se faça um registro a respeito de outra expressão utilizada no âmbito dos estudos da judicialização da política, provocando, mais das vezes, diversos tratamentos terminológicos causadores de infortúnios no âmbito da interpretação científica, qual seja a expressão “ativismo judicial”.

Consoante já indicado, pela obra de C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder (1995) a “expressão ‘judicialização da política’ passou a ser utilizada pela ciência social e do direito” em dois contextos: “transferência do processo de decisão do Poder Legislativo e do Poder Executivo para as cortes, e expansão dos métodos de decisão judiciais para além do campo estritamente jurídico.” (XIMENES; RIBEIRO, 2009).

Ora, o “ativismo judicial” aparece, no primeiro contexto como “o processo pelo qual as cortes e juizes venham a aumentar a influência e até mesmo elaborar políticas públicas, que até então estavam restritas ao âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, os autores destacam a importância da ‘intenção’ das cortes em ‘judicializar’”. (XIMENES; RIBEIRO, 2009).

Entende-se salutar que se faça uma observação a respeito do fato, utilizando-se os termos de Luiz Werneck Vianna e outros: *Um certo revivalismo republicano é nota dominante nessa explicação negativa sobre o papel do direito na vida social contemporânea, aqui designada, por sua exemplaridade, como eixo Habermas-Garapon, coerente e sistemático em Habermas, e eclético em Garapon, que serve da idéia de república no seu diagnóstico, mas não em sua intenção normativa, quando parece aderir ao enunciado pós-moderno de François Ost, com seu direito ‘líquido, intersticial e informal’, tal como estaria sendo produzido pluralisticamente na periferia do sistema. Aqui não há lugar para o ativismo judicial – o ativismo do juiz em Garapon é de caráter social e se exerce estritamente no campo da sociabilidade – nem se admite um terceiro gigante, na expressão de Cappelletti. Ao Poder Judiciário somente caberia um papel ‘ofensivo’ – como em Habermas – para a criação de uma jurisprudência constitucional que venha a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano.* (VIANNA, ET ALLII, 1999, p. 32).

Na verdade, pelo que se pode sentir, embora não se tenha encontrado declaração taxativa a respeito, o termo “ativismo judicial” não é bem visto por boa parte da comunidade científica (CARVALHO, 2009), seja porque possibilita margem para permitir ao juiz que extrapole o seu mandato constitucional, seja porque se tem popularizado a utilização do termo para significar um indevido intrometimento do Judiciário no âmbito dos outros poderes e, porque não dizer, no seio da própria organização da sociedade, a exemplo da família, da empresa, da política eleitoral etc.

Por outro lado, e no concernente às causas que levaram à judicialização da política, cabe registrar algumas idéias a respeito desse fato. Tem-se constatado, pela obras visitadas, ser bastante difícil identificar todas e reais causas da judicialização da política, havendo ênfase sobre fatos como a teoria da separação dos poderes, a ocorrência do estado do bem-estar-social, o constitucionalismo contemporâneo, entre outros.

A propósito, Luiz Werneck Vianna e outros procuram entender o fenômeno referindo-se principalmente ao nascimento do Direito do Trabalho, ao *Welfare State*, e à globalização. A constatação dos autores é de que uma proliferação em todas as atividades humanas de uma vocação ao ideário democrático provocou a massificação do direito na ambientação social, fazendo com o que ele fosse considerado em setores privados anteriormente nunca evidenciado. E, com efeito, *foi a emergência de novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário em meados do século passado, que deu fim à rigorosa separação entre o Estado e a sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade negativa.* (VIANNA, ET ALLII, 1999, p. 15). Assim, conforme prosseguem os autores,

conferiu-se à compra e venda da força de trabalho um caráter público a uma relação de interesses originariamente privados, centrando o Estado no âmbito do Direito do Trabalho, e havendo, dessa forma, uma regulação pelo direito dos contratos de trabalho.

Quanto ao estado do bem-estar, salienta Luiz Werneck Vianna tratar-se de uma combinação entre uma organização econômica estatal – que aproxima a Administração Pública do mercado – e a transformação operada no direito – que uniu princípios até então adstritos, especificamente, ao direito privado ou ao público. Parece indubitável que esse modelo dentro de um novo constitucionalismo, com democratização social e política, proteção de direitos fundamentais, redefinição das relações entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, oportunizou a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. (VIANNA, ET ALLII, 1999, p. 16-22)

Ainda, realçando o aspecto da globalização, anota Luiz Werneck Vianna: [...] *De uma outra perspectiva, novos processos sociais têm provocado a emergência de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização, em que 'a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções de massa', gerando, como sustenta Cappelletti, fenômenos de massificação da tutela jurídica. Os conflitos entre grupos sociais e a produção de interesses coletivos e difusos têm sido objeto de tutela jurídica por meio de inovações processuais do tipo class action e public interest litigation, do que resulta um envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade, na medida em que tais ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social, sem os quais não teriam como se viabilizar. Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facili-*

*tação do acesso à Justiça.* (VIANNA, ET ALLII, 1999, p. 22)

Aliado ou incluso a todos esses fatores causais, escudado no demonstrativo apresentado por Nelson Juliano Cardoso Matos (2009, p. 171), importa acrescentar ainda, como causas da judicialização da política, a inflação legislativa, a crise da modernidade e consequente crise do Direito moderno – refletindo-se na insuficiência dos paradigmas hermenêuticos tradicionais – e a problemática da criatividade judicial, o advento do Estado constitucional e da jurisdição constitucional, e, por fim, a *crise de legitimação das democracias liberais-representativas-elitistas, que repercutem como deficiência de legitimação dos Poderes Legislativo e Executivo.*

### 3 O DIREITO E A POLÍTICA

#### EM INGBORG MAUS

Na obra *O Direito e a política*, Ingeborg Maus (2009) procura dar mais luzes à discussão direito e política, encaminhando, consoante Manfredo Araújo de Oliveira (2009), uma matriz teórica da democracia em que figuram dois pontos fundamentais. Primeiramente, a autora opõe-se a interpretações feitas sobre o pensamento de Kant, que não representariam a sua teoria filosófica na inteireza de sua essência, principalmente

***Tem-se constatado [...] ser bastante difícil identificar todas e reais causas da judicialização da política, havendo ênfase sobre fatos como a teoria da separação dos poderes, a ocorrência do estado do bem-estar-social, o constitucionalismo contemporâneo, entre outros.***

[...] *com a acusação de que Kant é um representante do absolutismo esclarecido ou pelo menos um representante do caráter representativo da democracia, ou mesmo como o antípoda rigoroso a qualquer resistência à injustiça cometida pelo Estado, defendendo ela a tese de que se pode mostrar com clareza através do pensamento de Kant um dilema fundamental da teoria contemporânea da democracia; em segundo lugar, partindo da leitura pragmática do pensamento transcendental, ela nos apresenta uma concretização extremamente bem elaborada do nível da filosofia prática da forma de filosofar que decorre da*

*dicotomia moderna entre teoria e mundo como característica básica do quadro teórico típico da filosofia moderna ainda hegemônica em nossos dias.* (OLIVEIRA, 2009, p. 5)

Antes de se adentrar especificamente na obra de Ingeborg Maus eleita para fundamentar o estudo em apreço, em face da sua completude, cabe lembrar que a autora tem outro trabalho sobre o assunto que também chegou à comunidade acadêmica brasileira (BAHIA, 2005, p. 10-12), qual seja o artigo *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'*. (MAUS, 2000, p. 183-202). Nesse artigo, ela também trata da questão da judicialização levando em consideração a moralização do Direito como instrumento jurisprudencial na interpretação jurídica. Em especial, a autora critica seriamente o Poder Judiciário da Alemanha, mormente o Tribunal Federal Constitucional Alemão (TFC), registrando que historicamente tal tribunal sempre ampliou suas funções, tanto antes, durante, e posteriormente ao período nazista, procurando colocar-se na figura de um pai ou de um tutor, ou seja, de protetor de uma sociedade órfã. Nessa atividade, teria o referido tribunal praticado atos autoritários, muitas vezes contrários ao interesse coletivo.

Assim, para o objetivo deste trabalho, importa inicialmente analisar os argumentos de Maus no concernente à soberania popular e à relação entre "direito positivo" e "suprapositivo".

Segundo a autora, o alcance da soberania legislativa do povo, em Kant, impõe-se pela junção da ideia de um executivo sem soberania com a esfera de legislação democrática positiva em face das diretrizes do Direito suprapositivo. Dessa forma, na medida em que a imposição de valores suprapositivos foi constituindo monopólio da experiência judicial, a problemática da relação Direito positivo e suprapositivo é idêntica a uma



divisão de soberania (altamente desigual) entre Legislativo e Justiça (MAUS, 2009, p. 133). Em outras palavras, a partir do momento em que o Judiciário passou a exercer um papel mais significativo em traduzir e fazer valer a soberania popular, apareceu uma suposta superioridade em relação ao Legislativo, cujos normativos passaram a ser submetidos cada vez mais ao crivo judicial, que assim expressariam a última palavra da ordem supostamente emanada pelo povo.

Ingeborg Maus explica que Kant constatava, na diferenciação entre Direito público e privado – podendo ser entendido aqui como entre Direito civil e natural, que: *A matéria do direito privado seria a mesma em ambos e que a publicidade do Direito atinge somente a forma jurídica das relações sociais, com*

### **A grande indeterminação de princípios morais em relação a normas jurídicas permite que quase todo caso possível seja identificado como fato de interesse do mundo jurídico e em consequência possa ser objeto de decisão judicial.**

*isso o âmbito do legislador democrático não está reduzido à repetição de conteúdos já apresentados.* (MAUS, 2009, p.138)

O fato de terem a mesma extensão *não significa outra coisa senão que o Estado não persegue fins jurídicos próprios*, mas que se relaciona com os fins e conteúdos e matérias sociais no sentido de compatibilização formal. Como seriam idênticas as matérias de Direito privado e Direito público, isso significa que o Estado somente é considerado na sua função de service para conflitos sociais e discussão de problemas (MAUS, 2009, p. 139). O óbvio, ao Estado não caberia a criação de direito natural ou privado, ou seja, uma inovação da sociedade, mas sim apenas a instrumentalização de meios para a efetivação desse direito original.

A consonância do Direito vigente com o natural não se mostrou suficiente para a legitimação do Direito. Ingeborg Maus pontifica que, segundo Kant, a legitimação deriva de uma *lei natural precedente que não fundamenta diretamente a existência da lei, e sim, a competência do legislador* (MAUS, 2009, p. 140). Nesse caminhar, Maus constrói a afirmação, com base em Kant, de que a legitimidade legal está umbilicalmente presa à legitimidade do legislador, sendo que *os critérios da racionalidade do Direito não podem mais ser procurados fora do processo legislativo, mas sim, somente na sua própria estrutura* (MAUS, 2009, p. 140).

Também demonstrados por Ingeborg Maus, com fundamento na teoria política de Kant, os esquemas de legitimação reflexiva, inclusive da condição de soberania popular, chegando-se até a um posicionamento de que a *total juridicização do poder corresponde à soberania popular fundamentadora do Direito.* (MAUS, 2009, p. 147). Chama-se atenção igualmente para afirmação da autora de que a naturalidade com que se interpretam Kant, atualmente, mormente em relação à prioridade que ele teria à legislação da razão, em *detrimto da legislação voluntária do Direito, somente pode ser entendida a partir de uma tendência judicial-estatal na qual o afrouxamento da vin-*

*culação legal pela justiça tem um papel significativo.* (Idem, p. 152-155) Esse ponto vincula-se à teoria sobre moral e direito, que será mais bem explicitada adiante.

Examina-se, agora, especificamente, a discussão sobre a separação entre direito e moral como delimitação daquele, igualmente tratada por Ingeborg Maus (2009, p. 287-314). A abordagem inicia a partir das concepções propagadas do positivismo jurídico como estando o intérprete das leis referendado apenas em regras de produção jurídica, e o jusnaturalismo, como corrente defensora da aplicação das normas na consonância *com os princípios jurídicos morais e suprapositivos supremos.* É registrado ainda pela autora que, no embate analítico-científico entre direito e moral, avoluma-se a esperança de que, com a introdução de princípios morais possa *alcançar critérios no Direito que não somente se oponham à aleatoriedade da legislação positiva na sociedade moderna, bem como estabeleçam limites ao aumento qualitativo do Direito na crescente juridicização de todos os processos sociais.* (Idem, p. 287)

A autora defende exatamente o contrário, ou seja, que *a consideração direta de princípios morais no conceito jurídico anula os limites do Direito e, com isso, os limites de regulação estatal.* Com o intuito de demonstrar a assertiva, ela procede a uma análise das relações de efeito, em que identifica, na maioria dos casos, uma contrariedade quando se dá o encontro entre as normas jurídicas e as normas morais. Nesse sentido, são elaborados pontos de vista, apresentados aqui de forma sintética. (MAUS, 2009, p. 288)

Primeiro, a autora demonstra que, no ambiente das sociedades modernas, as normas jurídicas, diferentemente das normas morais, são relevantes não só nas relações intersubjetivas, mas também incluem os aparatos sociais. É assim observado que os contextos de aplicação, no âmbito moral, favorecem a autonomia dos indivíduos em relação a modelos faticamente válidos. Então a *remoralização do Direito, significa um aumento do raio de ação dos aparatos estatais.* (MAUS, 2009, p. 288) Em outra dicção, o Estado passa a ter um poderio instrumental aumentado para intervir na sociedade.

No seu segundo ponto de vista, Ingeborg Maus pontifica que a *disciplina de codificação e reforma do Direito positivamente colocado garantem um formalismo jurídico que permite a existência de âmbitos livres de Direito* (MAUS, 2009, p. 288-289), ou seja, o que não está previsto na norma jurídica não obriga, não existe restrição de liberdade. Havendo a incidência direta de princípios morais no Direito provoca-se, nessa estrutura jurídica formal-racional, o desaparecimento dos âmbitos livres de Direito. A grande indeterminação de princípios morais em relação a normas jurídicas permite que quase todo caso possível seja identificado como fato de interesse do mundo jurídico e em consequência possa ser objeto de decisão judicial.

Ora, a impregnação de norma moral em sede do direito terá ainda como consequência a extensão do *poder de sanção sobre exigências que, segundo entendimento clássico jurídico-estatal, somente valem como morais e que ficaram a cargo da solução de problemas imanentemente sociais* (MAUS, 2009, p. 289). Em outras palavras, esse fato ocasionaria o alargamento do poder estatal de sanção sobre situações que antes estariam fora do Direito. Para pontuar essa tese, pode-se dar como exemplo um caso brasileiro no qual existe discussão jurídica sobre

a possibilidade de um filho cobrar dano moral do pai por ter sido abandonado afetivamente, lide essa que, inclusive, chegou ao Supremo Tribunal Federal do Brasil. (ZAMITH JUNIOR, 2010).

Por último, é indicado por Ingeborg Maus, no concernente à estrutura de legitimação, que *a concepção clássica do Estado de Direito democrático se baseia na separação entre legitimação democrática do Direito e sua fundamentação e validade moral* (MAUS, 2009, p. 289). Consoante a autora, as discussões práticas e teóricas jurídicas na atualidade proporcionaram o fundamento moral do Direito, anulando a força de distinção entre Direito e moral, impondo-se novo modo de legitimação democrática. É como diz: *A diferenciação entre legitimação democrática e fundamentação moral do Direito significa a usurpação de uma função social de controle através de instâncias políticas de decisão. Ela faz com que o possível conflito entre justificação democrática e moral de decisões jurídicas seja resolvido dentro dos aparatos estatais que tendem, de toda forma, a livrar-se da formação empírica de consenso. O argumento moral pode ser então facilmente usurpado como substituição de democracia. Dessa forma, os fóruns de decisões jurídicas são capazes de auto-legitimação. Eles mesmos produzem os fundamentos de justificação sobre os quais apóiam duas decisões* (MAUS, 2009, p. 289-290).

A hipótese da fundamentação moral do Direito significa que as decisões são proferidas com justificação não na lei, mas em juízo próprio do julgador, na conformidade de sua formação, cultura e ideais humanos. Para explicitar mais ainda, exemplifica-se com o caso do juiz mineiro da cidade de Sete Lagoas que considerou inconstitucional a Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, contra a violência doméstica. Entendeu o magistrado, entre outras coisas, que o mundo é masculino e que a referida lei era um verdadeiro absurdo, contrariando inclusive a lógica da organização familiar (FREITAS, 2007).

Sobre tais pontos de vista da autora, esses se encontram na essência de suas exposições. Concentram-se, *primeiramente, sobre forma de remoralização atual do Direito na discussão jurídico-teórica e na práxis jurídica [...]* e desen-

*volem, estão, na perspectiva histórica, argumentos para a separação entre Direito e moral* (MAUS, 2009, p. 290).

Na primeira abordagem, Ingeborg Maus refere-se à teoria liberal de Ronald Dworkin, com a afirmação de que, no seu conceito de Direito, sempre esteve compreendido o de moral, podendo-se inferir que a autora trabalha com a ideia de, nesse caso, constituir o posicionamento judicial moral em um misto agregando o valor institucional de justiça a um panorama prático da vida real. Parece não haver dúvida de que a autora desconfia a respeito da impossibilidade de um juiz evitar uma confusão entre sua moral pessoal e a moral social estabelecida na Constituição e no universo legislativo atuante na sociedade. Declara, inclusive: *obviamente se supõe que o entendimento judicial se aproxima mais do conteúdo objetivo dessa moral do que o juízo – irrelevante –, que a maioria dos membros da comunidade tenha sobre o conteúdo dessa moral*. (MAUS, 2009, p. 290-291) Não podemos discordar de Maus, notadamente quando sabemos que uma pessoa pode até ser imparcial, mas nunca neutra, visto que todos nós, além de qualidades genéticas inerentes à personalidade, possuímos também uma formação adquirida na cultura humana: religião, ideologia, moral, crenças etc.

### ***A hipótese da fundamentação moral do Direito significa que as decisões são proferidas com justificação não na lei, mas em juízo próprio do julgador, na conformidade de sua formação, cultura e ideais humanos.***

Também é feita pela autora referência à ampliação do conceito de princípio, ancorando-se dialeticamente na teoria de Robert Alexy e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Considera a professora alemã que, por meio dessa ampliação do conceito de princípio, é dilatado ainda mais o limite do que seria direito constitucional vigente, ao tempo em que as garantias constitucionais de direitos individuais se submetem a maiores delimitações. Já examinando a questão do ponto de vista teórico-prático, Ingeborg Maus arremata que: *[...] a amplitude ilimitada do conceito de princípio demonstra, nesse sentido, que fora do duplo aspecto de estrutura normativa e de princípios de normas*

*constitucionais, quase não existe ponto de vista que não possa ser declarado como princípio e, assim, conteúdo da Constituição*. (MAUS, 2009, p. 294-298)

Nesse caminho, a autora avalia o cenário problemático no qual é dada liberdade à jurisprudência constitucional para dizer o Direito, mesmo utilizando-se de *procedimentos de ponderação entre os princípios*. Ingeborg Maus, reportando-se à prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, constata que são produzidos argumentos próprios do tribunal, com base nessa suposta ponderação de valores. Esses argumentos nem sempre são os motivos conferidos na Constituição, e daí se estabelecem decisões diversas, em uma estrutura de auto-legitimação. Faz-se importante frisar: a autora deixa entender que tal argumentação jurisprudencial é fruto de um método jurídico interpretativo que tem como porto os princípios morais. (MAUS, 2009, p. 298-299)

Ainda, tendo como modelo o Tribunal Constitucional alemão, Ingeborg Maus (2009, p. 300-301) observa que *a remoralização do Direito praticada serve, em grande parte, a fins bem diferentes do que aplicação de pontos de vista morais: ela fomenta a adaptação da estrutura jurídica às necessidades da ação administrativa situacional, resultando em uma situatividade de todo o Direi-*

*to*, que seria o fato de a administração utilizar-se dessa ampliação conceitual da Constituição para estabelecer limitações nas atividades dos cidadãos, quando não houver ordenamento ou dispositivo legal comum aplicável. Ou seja, *a situatividade do Direito não significa somente uma grande autonomia do Tribunal Constitucional Federal frente a vinculações constitucionais, mas também fomenta a ampliação do poder da administração pública à custa do legislativo* (MAUS, 2009, p. 300-301).

Por fim, neste ponto, deixa-se registrado, consoante leitura nossa, o posicionamento crítico de Ingeborg Maus sobre o fato de que essa técnica de interpretação constitucional e legal, com a ocor-

rência da autolegitimação jurisprudencial, produz a perda pela sociedade de sua *capacidade de limitar a ação estatal*. Conclui, então, a autora: *O discurso moral que deve ser conduzido 'de baixo' em uma sociedade democrática é usurpado, atualmente, pelos aparatos estatais. Mas sua expertocracia de justiça mostra uma forte tendência em fazer valer pontos de vista da 'justiça técnica'. A 'colonização do mundo vital' percorre o caminho de uma delimitação situacional do Direito que serve de encobrimento a argumentos morais.* (MAUS, 2009, p. 303-304)

Apontado o problema existente, Ingeborg Maus direciona sua pesquisa no sentido de identificar a importância da separação entre Direito e moral na ótica clássica, buscando identificar uma nova leitura dentro da ambientação social e jurídica contemporânea. Na verdade, a autora lembra que *os motivos para uma separação entre Direito e moral já estão contidos na filosofia de Kant*. Além disso, faz demonstrações na doutrina

**[...] Ingeborg Maus direciona sua pesquisa no sentido de identificar a importância da separação entre Direito e moral na ótica clássica, buscando identificar uma nova leitura dentro da ambientação social e jurídica contemporânea.**

clássica e conclui que dentro de um sistema democrático, um controle final em última instância: [...] *não se deve a um aparato estatal ou a um tribunal supremo, e sim, somente pode repousar numa base democrática que tem que se defender de toda estatização do discurso moral. De forma que a crítica moral de Direito democraticamente colocado pressupõe a separação entre Direito e moral.* (MAUS, 2009, p. 304-314)

**4 A NATUREZA POLÍTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Parece não haver dúvidas de que a atividade judicial tem natureza política. Com fundamento em Norberto Bobbio, pode-se mostrar que o termo "política" teve origem no adjetivo *polis* (*politikós*), dizendo respeito a tudo que se relaciona com a cidade, com o urbano, ou seja, com a vida em comunidade, com o estabelecimento de direitos e obrigações individuais e coletivas, sendo propagado por influência da clássica obra de Aristóteles (2000, p. 159-160) – *Política – que deve ser considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado, e sobre as várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência do governo*. Na sua evolução histórica o termo passou a ser empregado para referir-se a atividades que tenham alguma relação com a *polis*, como significando o Estado. Daí surgiu a ideia de comandar (ou proibir) alguma coisa, com efeitos vinculantes para todos os membros de um determinado grupo social, localizado em um território.

Sobre o conceito de política, inclusive acerca de seus diversos matizes, Max Weber problematiza: *Que entendemos por política? O conceito é extraordinariamente amplo e abrange todas as espécies de atividade diretiva autônoma. Fala-se da política de divisas de um banco, da política de descontos do Reichsbank, da política adotada por um sindicato durante uma greve; e é também cabível falar da política escolar de uma*

*comunidade urbana ou rural, da política da diretoria que está à testa de uma associação e, até, da política de uma esposa hábil, que procura governar seu marido. Não darei, evidentemente, significação tão larga ao conceito que servirá de base às reflexões a que nos entregaremos esta noite. Entenderemos por política apenas a direção do agrupamento político hoje denominado 'Estado' ou a influência que se exerce em tal sentido.* (WEBER, 1983, p. 55)

Assim, a conceituação de política, no sentido de prática humana, está umbilicalmente ligada ao conceito de poder. O poder foi definido por Thomas Hobbes (2008, p. 75) como sendo o que *consiste nos meios de que presentemente dispõe para obter qualquer manifesto bem futuro*.

Pode-se também indicar, de acordo com Norberto Bobbio (2000, p. 161), que o *poder político pertence à categoria do poder de um homem sobre outro homem (não do poder do homem sobre a natureza)*. Ainda sobre o mesmo autor, faz-se importante frisar: o que distingue o poder político de outras formas de poder é a possibilidade de se utilizar da força, não significando que o poder político vá se resumir a isto. Embora o uso da força seja necessário, não é suficiente para a existência do poder político (BOBBIO, 2000, p. 164). Nesse trilhar, o autor emplaca uma definição de poder político: *Como aquele poder que se serve em última instância da força física para alcançar os efeitos desejados, ele é também aquele poder ao qual se apela para resolver os conflitos cuja falta de solução teria por efeito a desagregação interna da comunidade política.* (BOBBIO, 2000, p. 222).

Acerca da relação direito e política, Jürgen Habermas proclama o pensamento de que: *O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, implicações jurídicas objetivas, contidas in nuce nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.* (HABERMAS, 2003, p. 171).

Parece evidente que Direito e Política se relacionam em uma onda de interdependência e compenetração. Desta forma: um precisa do outro para cumprir sua função e um perfura o outro, por buscarem necessidades recíprocas de instrumentos realizadores dos seus misteres. O Direito busca na Política a sua legitimidade para obrigar e a Política, como poder, organiza-se e age com a utilização do Direito.

A política tem como sujeito o Estado, de onde se institucionaliza e organiza o poder. Vigora, em grande parte dos estados soberanos, a ideia da tripartição de poderes cultuada por Montesquieu (2004). Atualmente, tem-se de forma prevalente o desenho constitucional estabelecido em três poderes, ou três funções básicas: legislativa, executiva e judiciária. Na verdade, o poder é uno, apenas a soberania estatal encontra-se dividida em funções a serem executadas por órgãos distintos.



Ora, o Poder Judiciário, como integrante do poder político do Estado, exerce função caracterizadamente política. O Estado-juiz exerce a atividade jurisdicional que é a de resolver, mediante o uso do poder, os conflitos existentes dentro da sociedade. Observe-se que o próprio Estado-legislador não permite a justiça privada, assumindo o Estado o seu monopólio – com as exceções da lei, como a legítima defesa penal, autotutela na defesa possessória de bens etc. Dessa forma, não se pode duvidar que a atividade jurisdicional seja uma atividade política.

## 5 CONCLUSÃO

Na esteira das considerações apresentadas neste trabalho, podem-se firmar algumas ideias acerca da temática da judicialização da política, principalmente acerca da análise de constituir a atividade jurisdicional uma ação política, mas com a necessidade do estabelecimento de limites.

Na conformidade do que foi exposto neste ensaio, infere-se que, na época atual, notadamente nas democracias constitucionais, houve um fortalecimento do Poder Judiciário, seja do ponto de vista estrutural, seja porque passou a condicionar diversas ações produzidas pelos outros poderes estatais, sugerindo-se, às vezes, um intrometimento indevido em seara que não seria sua.

Luiz Werneck Vianna (1999, p. 26), com fundamento em Garapon, indica que a consequência da deterioração da modernidade, traduzida na crise paradigmática da democracia e do dogma da soberania popular, construído a partir da Revolução Francesa, foi o redimensionamento do papel exercido pelo Judiciário nas sociedades contemporâneas. Assim, afirma o autor que o Judiciário tem penetrado no campo político em que prosperam o individualismo absoluto, o desrespeito aos ideais de justiça e de coroamento das leis, a perda de legitimidade da comunidade política (como caixa de ressonância da vontade geral), a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela condição do cidadão-órfão, com carências de proteção e tutela e, ao final, o recrudescimento dos mecanismos de repressão e de manutenção da ordem.

Isto posto, consoante Ingeborg Maus, o fortalecimento político do Judiciário

traduz riscos para a sociedade democrática, mormente porque isso estaria preso ao fato de o Judiciário vir considerando, no conceito de Direito, a ideia de moral. Portanto, em face da largueza e indeterminação da moral, as decisões judiciais passam a ser verdadeiras legislações criadas e aplicadas a cada caso concreto e, como via de consequência, sem um controle adequado das outras forças da sociedade – estando o Poder Judiciário imbuído de soberania popular, independentemente de legítima autorização pela vontade popular.

Encontra-se evidenciado que a atividade jurisdicional tem natureza política, mas urge-se apontar a necessidade de estabelecer limites a essa judicialização da política. Nesse sentido, Ingeborg Maus se preocupa fortemente em descobrir a origem do problema que, consoante já dito, se encontra no fato de a aplicação do direito *in concreto* ocorrer a partir de regras morais. A autora ainda esclarece que tal mistura pelo Judiciário não aparece de forma elaborada e líquida, mas sim engendrada dentro da expertocracia estatal de justiça.

É importante pensar no caso brasileiro, de que modo se encontra estruturado o Poder Judiciário em face da moralização do Direito tratado por Ingeborg Maus. Nos últimos anos, por conta de inúmeras e reiteradas críticas feitas acerca da suposta lentidão do Judiciário nacional no cumprimento da prestação jurisdicional, optou-se por produzir diversas alterações na Constituição Federal, bem como nas normas ordinárias, especialmente nas de natureza processual, notadamente com a centralização de poderes nos tribunais superiores.

Nesse aspecto, faz-se destaque especial para a criação da súmula vinculante<sup>1</sup>, exemplo representativo dessa nova ordem, chamando-se a atenção para o terreno minado que se construiu. José de Albuquerque Rocha alerta para esse quadro: *com efeito, na medida em que os tribunais e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, concentram os poderes de ditar as normas gerais que orientam a convivência social e, ao mesmo tempo, de aplicar essas regras na solução dos conflitos concretos, têm, logicamente, o poder de controlar a sociedade, já que, como acabamos de ver, prescrevem as regras que devem orientar a*

*conduta da sociedade e eles mesmos as impõe. Essa concentração de poderes nos tribunais é nociva para a liberdade das pessoas, gera incertezas porque o direito dos tribunais é mais difícil de ser conhecido, cria dependência em relação aos tribunais e outros profissionais do direito e aumenta o acesso à justiça. Por outro lado, inibe as iniciativas da sociedade.* (ROCHA, 2009, p. 136).

Diante de tudo que foi exposto, é bom pensar sobre a possível aplicação das críticas de Ingeborg Maus ao Judiciário brasileiro e à utilização de princípios assentados, fundamentalmente, em valores morais, mormente com estabelecimento de um sistema de freios que possibilitem ao Estado efetivar uma real tutela jurisdicional, sem que isso imponha maiores riscos para a própria sociedade democrática.

## NOTA

1 Art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Regis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, F. *Os clássicos da política* 2. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade*. Revista CEJ, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Michelangelo Bovero (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 17. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em: 22 maio 2010.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.
- CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREITAS, Silvana de. Para juiz, proteção à mulher



- é "diabólica". *Jornal Folha de S. Paulo*, Caderno Cotidiano, São Paulo, 21 out. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2110200719.htm>>. Acesso em: 1. set. 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Richard Tuck (Org.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002.
- MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Judicialização da política e politização da justiça: noções gerais e distinções conceituais. In: LIMA, F. M. M.; PESSOA, R. S. (Org.). *Constitucionalismo, direito e democracia*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 169-178.
- MAUS, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- \_\_\_\_\_. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MAUS, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 5.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: Weber, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Brasília: Cultrix, 1983.
- XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial: uma proposta de análise empírica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13752>>. Acesso em: 3 abr. 2011.
- ZAMITH JUNIOR, Carlos. STF vai discutir se abandono afetivo constitui dano moral. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www.diariodeumjuiz.com/?p=541>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

Artigo recebido em 30/10/2010.

Artigo aprovado em 14/12/2010.

---

**José Antonio Lira Bezerra** é professor e procurador da Fazenda Nacional, em Teresina – PI.