



A politização da Justiça constitucional é inevitável

Apesar de se reconhecer a existência de um caráter político no exercício da função jurisdicional ordinária, é na Justiça constitucional que este fenômeno assume maiores contornos. Dado que a Constituição se afigura como um vínculo entre a Política e o Direito, a Justiça constitucional, ao ser responsável pela defesa da Lei Maior, está mais suscetível às demandas do sistema político.

A estruturação do Estado Democrático de Direito traz como uma de suas conseqüências o aumento de litigiosidade, em virtude do que diversas questões sociais relevantes são submetidas ao crivo da Justiça constitucional. Cite-se, por exemplo, discussões que envolvem as grandes “reformas”, como a cobrança da contribuição dos inativos, o denominado “controle externo” do Judiciário, as “guerras fiscais” entre estados-membros, questões atinentes à concretização de direitos fundamentais, especialmente as que envolvem prestações positivas por parte do estado, bem como as que dizem respeito à implementação de políticas públicas.

Dessa forma, não é difícil imaginar que qualquer plano ou projeto sustentado por qualquer governo que se encontra no poder poderá ser levado à Justiça constitucional para receber desta o seu “selo” de aprovação. Diante deste quadro, resta superada a idéia de que o juiz atua como mero executor de comandos legais, assumindo uma posição “neutra”.

De fato, com a mudança de paradigmas que acompanha a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social, a lei deixa de ser uma simples reguladora de conflitos intersubjetivos e passa a assumir a feição de um instrumento político de governo. Para atender às várias demandas sociais, a produção normativa do Estado aumenta de forma considerável, acarretando o gigantismo do aparelho estatal e uma “hipertrofia legislativa”.

A queda do prestígio da lei enquanto expressão por excelência do Direito vem, na Europa continental do século XX, especialmente a partir da 2ª Grande Guerra, acompanhada pelo reconhecimento da superioridade normativa das constituições e da juridicidade dos valores nelas insertos, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade material, solidariedade, moralidade, etc. O modelo do Estado-legislador, presente na “Era das Codificações”, é suplantado pelo Estado-juiz, em virtude da forte expansão da Justiça constitucional em diversos países da Europa e da América Latina.

Sob o influxo do processo de redemocratização, a Constituição brasileira, além de incorporar diversos valores e direitos fundamentais, também se caracteriza por albergar várias normas programáticas que estabelecem metas e fins a serem perseguidos pelo Estado, caracterizando-se, por isso, como uma carta “dirigente” ou “compromissória”. Esse dado acarreta a sindicabilidade, em certa extensão, pela Justiça constitucional, das decisões políticas assumidas pelos demais poderes.



Nesse contexto, a Justiça constitucional se torna uma nova “arena” para a discussão de temas que afetam diversos setores da sociedade. Assim, as escolhas políticas feitas pelo legislador democraticamente eleito são rediscutidas no âmbito da Justiça constitucional. É essa, em síntese, uma das facetas do que se vem denominando “politização da Justiça”, que, quando associada à Justiça constitucional, assume um relevo mais expressivo.

Assim, questiona-se até que ponto as políticas públicas elaboradas para concretizar os comandos constitucionais podem ser controladas judicialmente ou mesmo se esse controle pode recair sobre leis orçamentárias que destinem menos recursos do que seria possível para setores considerados prioritários, como saúde, educação, moradia, etc.

Ao se referir às possíveis posições assumidas pela Justiça constitucional nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, o jurista italiano Mauro Cappelletti¹ aponta o dilema: a) permanecer restrito aos limites tradicionais da função judicial do século XIX ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, convertendo-se no “terceiro gigante” para controlar o legislador mastodonte e o administrador leviatã.

De uma auto-limitação a um ativismo judicial, a Justiça constitucional oscila no desempenho de seu mister na defesa da Constituição. Em países que ainda não atingiram graus satisfatórios de fruição de direitos sociais básicos, como é o caso do Brasil, é comum se exigir uma postura mais ativa da Justiça constitucional na tentativa de diminuir o fosso que separa a realidade (mundo do “ser”) da normatividade constitucional (mundo do “dever-ser”).

Assim, alguns autores vêm sustentando a possibilidade de o Judiciário modificar a distribuição de valores de leis orçamentárias, alocando-os em outros setores a fim de custear determinadas prestações impostas ao Estado. É o caso, por exemplo, de decisões que determinam a transferência de verbas para a área de saúde a fim de que o poder público custeie o fornecimento de mais medicamentos a pessoas que deles necessitem ou para fazer frente a certos tratamentos médicos.

Se é consentâneo que a Constituição atribui uma margem de liberdade ao legislador para que este opte pela maneira por meio da qual se pretende concretizar as normas constitucionais, especialmente as programáticas, ao se propugnar um maior controle dessas opções políticas pela Justiça constitucional estará em jogo o âmbito de atuação tanto do legislador quanto da Justiça constitucional. Por isso, quanto maior for a ingerência da Justiça constitucional menor será o espaço de atuação do legislador.

A Justiça constitucional, dado que ela possui o poder de dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição, passaria a demarcar as zonas de competência dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser a sua competência. Com isso, emerge a discussão acerca dos próprios limites de atuação da Justiça constitucional em razão de sua elevada discricionariedade proporcionada pela textura aberta das normas constitucionais.

De certo que, na sociedade moderna, o Direito está constantemente respondendo a demandas e “irritações” do sistema político, econômico, etc.. Mas ele só pode fazê-lo a partir da operacionalização dessas irritações pelas estruturas específicas do Direito. É a Constituição, enquanto elemento de inter-relação entre o Direito e a Política, que se mostra como uma via de interpenetração e troca de prestações



entre esses dois sub-sistemas sociais. Em outros termos, ao estabelecer zonas de contato entre esses sub-sistemas, a Constituição proporciona um incremento de irritações entre a Política e o Direito.

Assim, há maiores possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, ainda que também existam maiores possibilidades de a política utilizar o Direito para implementar seus objetivos. A relação entre Política e Direito deixa de ser vertical-hierárquica e passar a ser horizontal-funcional. Todavia, tais irritações advindas do sistema político devem passar pelo filtro seletivo do sistema jurídico, estruturado sob o código conforme/não-conforme o Direito.

Mais concretamente, o Direito não responde politicamente ao sistema político, nem economicamente ao sistema econômico. Isso representaria uma corrupção de códigos com a conseqüente “des-diferenciação” do Direito na sociedade moderna. Além disso, o sistema jurídico não tem condições de antecipar, objetivamente, as repercussões de suas decisões nos demais sistemas sociais, como a economia e política. Isto é, representa tarefa árdua precisar as conseqüências de uma decisão da Justiça constitucional no mercado financeiro e nas negociações políticas efetuadas no Congresso e no Planalto. Há, portanto, um considerável índice de incerteza e imprevisibilidade acerca das conseqüências que os sistemas sociais (Política, Economia, Direito, etc.) provocam entre si em uma sociedade complexa.

Assim, a Justiça constitucional exerce um controle sobre leis que veiculam políticas públicas a partir dos parâmetros constitucionais, avaliando sua conformidade ou desconformidade com essas referências do sistema jurídico. Isto decorre do dever de obediência do sistema político à Constituição. No entanto, a Justiça constitucional não adota a medida que ela reputa ser mais ajustada ao fim que o legislador pretendeu alcançar. Apenas afirma que a escolha feita por ele não é conforme as normas da Constituição, ou seja, não atua em substituição ao legislador, sob a forma de uma suplência funcional.

No caso do controle das leis orçamentárias, não só se reconhece a insuficiência das opções feitas pelo legislador, como se verifica uma efetiva alteração da lei a partir da modificação da alocação dos valores. Imagine-se como seria se, levado esse controle às últimas conseqüências, fosse franqueado a todos os juízes que exercem a jurisdição no âmbito de certo Estado modificar a lei orçamentária deste Estado para fazer frente a prestações positivas que este deveria cumprir nas áreas de saúde, educação e moradia, por exemplo.

Nessas situações, critica-se uma “excessiva politização” na medida em que juiz estaria a substituir os demais poderes, realizando tarefas que caberiam ao sistema político, ou seja, o juiz atuaria para suprir os *deficit* da representatividade política tradicional. Não por acaso que, ao se propugnar por esse ativismo judicial, teme-se igualmente o ressurgimento de um “governo de juízes”, reaparecendo, assim, as discussões acerca da legitimidade democrática da Justiça constitucional.

Percebe-se, portanto, o quão intrincado é estabelecer os limites da Justiça constitucional, especialmente em um país com elevado índice de exclusão social e que possui, por outro lado, uma Constituição garantidora de direitos sociais básicos como requisito para a dignidade da pessoa humana, configurando um quadro de “baixa constitucionalidade” dos direitos fundamentais.

No momento presente, a referida “politização” é algo inevitável, mas é preciso reconhecer que a Justiça constitucional, embora mais sensível às questões políticas que a magistratura ordinária, deve atuar no



marco do sistema jurídico. Decisão política não significa, necessariamente, decidir politicamente. De fato, em certas situações, verifica-se a incapacidade de o Direito, por meio da Justiça constitucional, oferecer condições reais e efetivas para a fruição dos benefícios e prestações prometidos pela Constituição e amplamente exigidos pelos indivíduos.

Por essa razão, não vemos como uma falácia a idéia da “reserva do possível”, pois existem limitações concretas (fáticas) para a realização plena das normas constitucionais que estipulam prestações por parte do Estado. Crê-se, não obstante, que é legítimo uma sindicabilidade de leis orçamentárias quando se verificar que foram destinados menos recursos que os percentuais mínimos exigidos pela própria Constituição.

Aqui, com apoio em um parâmetro constitucional objetivo, seria reconhecida a ilegitimidade da lei, de forma que o poder público deveria refazer a lei orçamentária no sentido de ajustá-la às porcentagens mínimas que a Constituição estabelece. Mas a reorganização dos valores ficaria por conta dos representantes políticos, e não do Judiciário.

Diante de problemas dessa gravidade, é preciso, antes de tudo, reconhecer os limites do Direito na solução dos problemas sociais, cujas causas são bem mais complexas e profundas que as apresentadas em um processo judicial, a fim de explorar mais conscientemente suas potencialidades.

Notas de rodapé:

1 – Necesidad e legitimidad de la Justicia Constitucional. In.: *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 608, 1984.

Date Created

26/01/2006