



SOBRE A RELAÇÃO ENTRE
JUSTIÇA E POLÍTICA NO
BRASIL CONTEMPORÂNEO



LEONARDO MARTINS



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

O presente “policy paper” tem como propósito definir, em breves linhas, o problema da complexa e conflituosa relação conceitual e institucional entre Justiça e Política no Brasil contemporâneo.

O principal objetivo é apresentar a todos os atores sociais e políticos nela envolvidos alguns elementos racionais – não ideologicamente comprometidos – para a tomada de decisões em suas respectivas esferas de competência. Isso deverá ser conseguido a partir de um diagnóstico preciso das situações atuais na academia jurídica e nos sistemas jurídico e político em torno da relação em pauta.

Para alcançar tal objetivo, apresentam-se, primeiro, o estado da arte e as questões centrais nele implícitas (**I**). Na sequência, analisa-se a conceituação das dicotomias Política vs. Justiça e Política vs. Direito e seus problemas (**II**), para, em uma terceira etapa, apresentar algumas alternativas de políticas a serem aplicadas principalmente na legislação (**III**), culminando com a apresentação de algumas recomendações relativas à engenharia institucional constitucionalmente erigida (*de constituione ferenda*), de sua configuração infraconstitucional (*de lege ferenda*) e de uma reorientação da perspectiva de pesquisa jurídico-acadêmica (**IV**). Sob a epígrafe da “síntese conclusiva”, tenta-se reduzir a termo o resultado do presente *statement*.

I. ESTADO DA ARTE E SEUS QUESTIONAMENTOS

A relação entre Justiça e Política no Brasil é marcada, em âmbito orgânico-institucional, por uma clara e constitucionalmente definida separação e divisão de tarefas entre os poderes Legislativo e Executivo, de um lado; e o Judiciário, de outro. A administração da Justiça cabe ao Poder Judiciário, exclusivamente. Por sua vez, a definição das políticas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo no quadro geral do regime presidencialista de governo.

Em âmbito real-político, a relação é, em geral, harmoniosa; porém, marcada por reiteradas omissões do Poder Legislativo federal em resolver as grandes questões macropolíticas de interesse nacional e em prol da concretização dos muitos deveres de atuação definidos pela Constituição Federal (CF). A CF está repleta de normas programáticas em face dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Há um déficit na distribuição entre políticas de Estado, de longo prazo; e políticas de curto prazo lastreadas no mandato popular à chefia de governo, sobrecarregando-se o último, sobre o qual recaem as principais expectativas da população.

Muitas das lacunas deixadas pelo Legislativo federal em face de suas omissões em configurar questões macropolíticas de longo prazo são enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal e, por vezes, até por juízes monocráticos. Nesse contexto, são confiados aos órgãos alcunhados pela CF de “funções essenciais à administração da Justiça” o poder de provocar o poder Judiciário.

A relação entre Justiça e Política no Brasil é marcada, em âmbito orgânico-institucional, por uma clara e constitucionalmente definida separação e divisão de tarefas entre os poderes Legislativo e Executivo, de um lado; e o Judiciário, de outro.

Muitas das lacunas deixadas pelo Legislativo federal em face de suas omissões em configurar questões macropolíticas de longo prazo são enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal e, por vezes, até por juízes monocráticos.

rio com questões eminentemente políticas. Também a academia jurídica e a chamada doutrina jurídica constitucional, sobretudo, tendem cada vez mais a ignorar a autonomia do sistema jurídico em face do político, diminuindo a força vinculante daquele em face deste.

Sendo assim, haveria ainda e qual seria o papel autônomo do direito e da Justiça em face da Política? Pode-se, nesse contexto, falar-se, consistentemente, em vínculo da Justiça à ordem jurídico-constitucional vigente e do resultado da Política aos seus parâmetros constitucionais? Em caso negativo, *como*, então, consegui-lo? Qual seria o papel da formação dos juristas e da política sobre ela incidente nesse contexto?

II. ANÁLISE DA CONCEITUAÇÃO DA RELAÇÃO E DAS POLÍTICAS DELA DECORRENTES

1. *Um debate acadêmico trespassado por lugares-comuns.* No ambiente jurídico-acadêmico a relação entre Política e Justiça é, em parte, vista a partir de lugares-comuns e equívocos elementares. Por exemplo, tendo em vista a indeclinabilidade da tutela jurisdicional e uma compreensão imprecisa do que seja uma lacuna legislativa em oposição a uma não outorga de um direito subjetivo, como decisão legislativa negativa, enxerga-se no voluntarismo judicial em âmbito de direitos sociais a solução para a chamada “crise da democracia representativa”.
2. *Fragilidade e caráter não profícuo do debate acadêmico.* Ao permanecer na esfera do embate político ideológico, quando não mesmo político-partidário, há um deslocamento de competências de expertise, uma sobrecarga dos programas de graduação em direito que, ampliando seu escopo sobre a formulação de políticas públicas, por exemplo, deixam de trabalhar a hermenêutica e metodologia especificamente jurídicas. O debate permanece em torno de questões de legitimidade, que são objeto de outras ciências humanas e sociais aplicadas. Como o Direito não é distinto claramente da Política, qual seria então o objetivo específico das ciências jurídicas? Certamente, não mais as clássicas habilidades do jurista, tão atacadas por correntes voluntaristas, que enxergam no jurista um vetor de transformação social.
3. *Consequente não enfrentamento das questões cruciais tanto pela academia jurídica quanto, sobretudo, pela práxis jurisprudencial.* Assim, as questões jurídico-dogmáticas em torno, por exemplo, da interpretação e aplicação de normas definidoras de direitos fundamentais acabam sendo relegadas ao segundo plano. Consequentemente, na prática jurisprudencial, a grande diversidade de fundamentações deixa de ser uma pretensa virtude para comprometer o escopo central do direito que é assegurar a convergência de expectativas a partir de regras *previamente acordadas* para o Estado democrático de direito e para todos os indivíduos a ele

submetidos. Acabam sendo criadas sempre *ad hoc* regras para solução de conflitos, de legitimidade e constitucionalidade muito questionáveis.

4. *Pouca compreensão dos riscos de uma politização exacerbada do direito.* Nesse contexto, os riscos da politização do direito são solenemente ignorados, o processo judicial desnatura-se em mais um *round* do processo político. Se o processo se torna mais um *round* da luta política, qual será a instância de seu controle?
5. *Falta de consciência sobre: i) o papel dos esforços em prol de uma racionalidade estritamente jurídica; e ii) a responsabilidade da política de formação do jurista.* Quando alguns falam em “Constituição viva” ou “Constituição aberta” revelam significativa falta de apreço ou falta de consciência sobre a relevância da racionalidade estritamente jurídica, pois tornam fluidos os parâmetros de suas decisões subvertendo seu vínculo à CF.

Assim, a responsabilidade da política de formação do jurista torna-se uma incógnita, assim como o próprio perfil do próprio profissional, porque se ele for mais um partícipe do debate político geral, o curso de direito deveria formar apenas (pretensos) humanistas? Aqui reside, especialmente em face da realidade educacional brasileira, um deslocamento de uma dada formação estudantil que deveria levar o estudante do ensino médio à maturidade necessária para o ingresso em qualquer universidade, como também para os cursos de graduação em direito. O domínio do conteúdo programático de muitas disciplinas propedêuticas ao direito deveria ser pressuposto da entrada na universidade, especialmente no caso do curso de direito. A política de formação de juristas procura fechar essa lacuna diminuindo proporcionalmente o enfoque em disciplinas jurídico-dogmáticas.

Critica superficial à democracia representativa (“crise”) e trincheirização entre ativistas pró e contra o ativismo judicial. Muito se fala em “crise da democracia representativa”, outro clichê não baseado em nenhum estudo aprofundado sobre o assunto que tenha revelado seus fundamentos e suas facetas. O título justificaria um tratado de mais de 1.000 páginas e baseado em várias centenas de referências bibliográficas. A afirmada crise, não definida suficientemente em nenhum lugar, leva também ao debate igualmente pouco produtivo em torno da legitimidade da Corte constitucional de funcionar como legislador negativo, porquanto essa legitimidade corresponde a uma competência imediatamente derivada da CF. Isso torna o debate relevante dentro das Ciências Políticas, mas de proeminência exagerada dentro da ciência jurídico-constitucional.

III. ALTERNATIVAS DE POLÍTICAS, INCLUSIVE À ATUAL POLÍTICA DE FORMAÇÃO DE JURISTAS

1. No que tange à formação de juristas, uma alternativa ao difuso modelo atual poderia reunir, precipuamente, as seguintes características:

No ambiente jurídico-acadêmico a relação entre Política e Justiça é, em parte, vista a partir de lugares-comuns e equívocos elementares.

Os riscos da politização do direito são solenemente ignorados, o processo judicial desnatura-se em mais um round do processo político.

- a. Enfoque nas questões práticas envolvendo a interpretação dos diversos ramos de *direito material*, diminuindo a exagerada ênfase no estudo sistemático do processo civil e penal.
 - b. Fomento do estudo comparativo do *direito público*, especificamente do *direito administrativo* e seus sub-ramos, com vistas à despolitização da matéria.
 - c. Ênfase na formação do jurista com fundamento em uma *abordagem mais condizente com uma ciência social aplicada*, que é o direito, do que com uma ciência humana, como o são algumas disciplinas jurídicas não dogmáticas (filosofia do direito, sociologia jurídica, criminologia etc.). Orientação pelo sistema de formação de juristas vigente na Alemanha, em que todos os juristas recebem a mesma formação, cujo objetivo é a capacitação para a investidura de juízes.
2. No que tange às políticas legislativo-institucionais, a alternativa seria proceder a uma verdadeira reforma do Poder Judiciário e de suas funções essenciais pela via da ampla reforma da legislação processual infraconstitucional (processo civil e penal); criação da Jurisdição administrativa com pressuposta codificação do processo administrativo. Essa alternativa de verdadeira reforma do Poder Judiciário implicaria também a mudança dos art. 101 ss. da CF que definem as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A forma eclética (mista, híbrida ou combinada) da Justiça Constitucional brasileira, com suas regras processuais constitucionais e infraconstitucionais cada vez mais complexas, não contribui em nada para a racionalização do sistema em área tão sensível. Inspirada desde a primeira Constituição republicana de 1891 no modelo norte-americano do controle normativo difuso de constitucionalidade, adquire cada vez mais elementos do modelo continental europeu.

Conveniente e plenamente compatível com as cláusulas imutáveis da CF seria um *enxugamento das competências do STF*, tendo em vista uma então decidida escolha pelo sistema concentrado. Isso tornaria despidas algumas normas questionáveis do ponto de vista de uma política constitucional que tivesse por escopo fomentar a realização da função do STF como "guardião da Constituição", inseridas pela EC 45/2004. Dentre elas, destacam-se a possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes (art. 103-A CF) e a inserção de mais uma condição para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º da CF). Segundo esta, atribuiu-se à parte recorrente um ônus argumentativo incompreensível e ensejador de um juízo eminentemente *político* de admissibilidade, qual seja: o ônus "de demonstrar a repercussão geral de questões constitucionais discutidas no caso". Tem-se aqui uma mistura de visões e tradições de métodos de respeito à Constituição contrapostas, fadada ao

fracasso entre outros por suscitar sobrecarga que prejudica sua capacidade funcional, insegurança e incerteza jurídica. Ou o STF transforma-se de vez em uma Corte constitucional e não admite qualquer violação de direito fundamental (questão constitucional) perpetrada por quaisquer órgãos dos três poderes da República, ou deveria assumir o papel que tem, por exemplo, uma *U.S. Supreme Court* no contexto de um sistema difuso de controle de constitucionalidade e de fontes do direito típico da tradição da *common law*.

Alternativa ao voto seriado (chamado *seriatim*) que dificulta o reconhecimento do que seja a jurisprudência do STF, quando com jurisprudência se pensa, sobretudo, na fundamentação de decisões, seria a obrigatória fundamentação coletiva da decisão.

Alternativa ao processo decisório feito sob os holofotes da opinião pública seria a deliberação a portas cerradas sobre a decisão e seus fundamentos. Deliberação que ocorreria após a oportunização de oitiva, em audiência pública, de órgãos constitucionais, de membros do próprio Judiciário (tribunais e juízes envolvidos em decisões impugnadas no processo original), membros do Ministério Público, advogados e representantes de ONGs na qualidade de *amici curiae* e experts.

3. Por fim, há de se pensar na alternativa parlamentarista ao regime presidencialista de governo. Alguns constitucionalistas enxergam algumas vedações a tal proposição *de constitutione ferenda*, porque supostamente tal PEC representaria uma proposta que, segundo o teor do art. 60, §4º da CF, sequer poderia ser objeto de deliberação uma proposta que “fosse tendente a abolir”, entre outras duas: “II - o voto direto, secreto, universal e periódico” e “III - a separação dos Poderes”. De resto, argui-se, esporadicamente, que, uma vez que o art. 2º do ADCT previu um plebiscito para que o eleitorado escolhesse entre as formas de Estado da monarquia constitucional ou república e entre os sistemas presidencialista e parlamentarista, realizado em 1993, uma EC que alterasse o sistema de governo restaria vedada.

Não obstante, as objeções são infundadas: primeiro, porque a mudança no sistema de poder não tenderia a “abolir” o princípio da separação de poderes. Tal concepção ignora a dinâmica do regime parlamentarista que fortalece sim o Poder Legislativo, mas não enfraquece necessariamente o Executivo; só o vincula com mais intensidade ao controle legislativo, o que é plenamente condizente com um sistema de freios e contrapesos idealizado já nos primórdios do constitucionalismo moderno. Também não haveria “tendência” a “abolir o voto [...] direto”: primeiro porque o constituinte não declinou o destinatário eletivo dos votos. O voto direto a representantes do povo no Parlamento cumpre o requisito constitucional, ao menos quando se traz o teor da chamada cláusula pétreia: o voto di-

No que tange às políticas legislativo-institucionais, a alternativa seria proceder a uma verdadeira reforma do Poder Judiciário e de suas funções essenciais pela via da ampla reforma da legislação processual infraconstitucional (processo civil e penal); criação da Jurisdição administrativa com pressuposta codificação do processo administrativo.

Há de se pensar na alternativa parlamentarista ao regime presidencialista de governo.

reto continuaria, obviamente, a existir no regime parlamentarista. Tal EC não teria, portanto, o condão de “tender a aboli-lo”.

De resto, trata-se aqui de uma expressão marcada por grande abertura hermenêutica. Seria ônus da Justiça constitucional demonstrar a incompatibilidade entre o imperativo deôntico derivado da PEC e o da cláusula constitucional (princípio *favor legis*). Caso contrário transveste-se a política constitucional daquele que deveria ser seu guardião, observando com todo o rigor o seu vínculo ao parâmetro constitucional, como resultado legítimo de controle de constitucionalidade. Também por isso o debate abstrato em torno da legitimidade do STF é inócuo. Trata-se, pelo contrário, de aplicação jurídico-metodologicamente orientada da rígida CF.

IV. RECOMENDAÇÕES

Recomenda-se, antes de tudo, uma urgente revisão crítica da atual conceitualização da relação entre Política e Justiça, sem as preconcepções ideológicas conhecidas hoje vigentes que podem ser sintetizadas nas posturas pró e anti-ativismo judicial.

Essa revisão há de ser feita à luz de experiências bem sucedidas encontradas em sistemas políticos estrangeiros, como é o caso do sistema alemão. Lá, o guardião da Constituição da República exerce uma função constitucionalmente muito bem definida e delimitada, de tal sorte a assegurar que os persistentes e redundantes debates em torno da legitimidade da Justiça Constitucional sejam substituídos por uma autocontenção pautada na aplicação consistente, previsível e inteligível, pelo menos pela comunidade jurídica especializada, das normas constitucionais. Essa aplicação induz uma percepção de competências que tem tornado aquela Corte menos vulnerável à contraposição de fundadas críticas de ativismo ou “passivismo” (*Dimoulis e Lunardi*) exacerbado, pelo menos imune a análises críticas que concluem pela verificação de práticas decisionistas, como no caso do STF.

Vencida a etapa do sério estudo do modelo estrangeiro, vale dizer uma vez percebido o problema em sua plenitude pelo Legislativo federal, há de se investigar as condições institucionais e político-constitucionais de sua implementação no sistema brasileiro.

Nesse sentido, o pacote de reforma completo deveria conter:

1. Uma EC que:
 - a. trocasse o regime presidencialista pelo regime parlamentarista de governo;
 - b. alterasse substancialmente as competências do STF, transformando-o definitivamente em uma Corte constitucional;
 - c. alterasse o procedimento para escolha de seus membros para uma escolha por maioria qualificada de preferencialmente $\frac{3}{4}$ dos membros

do Parlamento federal, assim como para mandatos únicos de, no máximo, 12 anos.

2. Uma Lei Orgânica do STF (Corte que, a propósito, poderia receber outro nome) que:
 - a. vinculasse todos os processos da competência do STF para que ele não fosse o “senhor” de seu processo, mas sim se submetesse ao controle externo das deliberações legislativas;
 - b. garantisse a consistência do processo decisório e total independência do STF, determinando a fundamentação colegiada e deliberação fechada, sem prejuízo de audiências públicas prévias havidas em um contexto de processo objetivo e não litigioso.
3. Reforma dos Códigos de Processo Civil e Penal para compatibilizá-los com o sistema concentrado de controle normativo.

V. SÍNTESE CONCLUSIVA

A administração da Justiça (Constitucional) feita dentro do quadro institucional constitucional visa, em primeira linha, a coibir qualquer forma de arbítrio estatal, inclusive emanado dela própria por intermédio do que se convencionou chamar de autocontenção, em verdade percepção e aplicação do vínculo de seus órgãos às normas constitucionais.

Por sua vez, o controle do resultado da Política nas esferas do Poder Legislativo e Executivo, na qualidade de poder constituído e vinculado que é, prespõe um método específico e juristas que dominem seu instrumentário.

A atual engenharia institucional brasileira não cumpre nenhum dos dois escopos e a política de formação de juristas ignora em parte as peculiaridades do perfil profissional indicado a operar o sistema jurídico, de tal sorte a fomentar a força normativa da Constituição. Urge, destarte, começar a esboçar uma *real reforma*, segundo os pontos acima recomendados, e não apenas uma *cosmética*, com a reforma supostamente feita na EC 45, de 2004.

LEONARDO MARTINS (PROF. DR. IUR.; LL.M.). Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP, 1994). Mestre (LL.M., 1997) e doutor (*doctor iuris - Dr. iur.*, 2001) em direito constitucional pela *Humboldt-Universität zu Berlin*, Alemanha; pós-doutorados pelo *Hans-Bredow-Institut für Medienforschung*, da *Universität Hamburg* (2004), e pelo *Erich Pommer Institut für Medienrecht, Medienwirtschaft und Medienforschung*, da *Universität Potsdam* (fellow da *Fundação Alexander von Humboldt*, 2008-2010) e, mais três vezes, pela *Humboldt-Universität zu Berlin* (2011-2012, 2013-2014 e 2014-2015).

Foi professor da *Universidade Bandeirante de São Paulo* (UNIBAN-SP, 2001-2004); do *Goethe-Institut São Paulo* (2002-2004), de introdução à língua jurídica e ao direito privado e público alemães; e da *Universidade Federal do Mato Grosso do Sul* (UFMS, 2005-2008). Professor da *Universidade Federal do Rio Grande do Norte* (UFRN, desde 2008). Foi professor visitante da *Humboldt-Universität zu Berlin* (2001-2012). Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). Integrante do Grupo de Estudos de Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais.

Recomenda-se, antes de tudo, uma urgente revisão crítica da atual conceituação da relação entre Política e Justiça, sem as preconcepções ideológicas conhecidas hoje vigentes que podem ser sintetizadas nas posturas pró e anti-ativismo judicial.