

A CONSTITUIÇÃO E A POLÍTICA ENCURREALADA: BREVES NOTAS

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas*

O direito constitucional tem sido protagonista de um agudo conflito entre direito e política, conflito que acompanha toda a evolução do constitucionalismo no sentido de colocar limites jurídicos à atividade política¹, e que é caracterizado, atualmente, pelo debate sobre a *judicialização* da política. Pretendemos, nessas breves notas,² apresentar alguns aspectos desse conflito.

Assim, se a constituição é o “estatuto jurídico do político”, como diz CANOTILHO, é porque ela pretende impor uma série de regras à atividade política. Isto, no entanto, não significa que ela possa suprimir a atividade política – substituída por um pretense tecnicismo – nem, reduzi-la à irrelevância. Nas palavras de DIETER GRIMM, a constituição “instala uma diferença entre os *princípios para a produção* de decisões políticas e as próprias *decisões políticas*”³. O próprio GRIMM adverte que essa mesma constituição “não pode realizar uma total juridicização da política”⁴, que “necessita” “de uma área de atuação que a Constituição pode *delimitar* de maneira diferenciada, mas não *suprimir* totalmente”⁵.

Assim (ao contrário do que alguns tribunais brasileiros parecem crer), a constituição:

“não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente juridicizada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração. No entanto, a regulamentação da política pelo direito constitucional também se encontra limitada em seu alcance. As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções,

* Mestre em direito constitucional pela PUC/RJ, doutorando em direito público pela Universidade de Coimbra, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado.

¹ “Numa perspectiva histórica, o constitucionalismo tem sido a busca do meio mais eficaz para moderar e limitar o poder político, primeiro o do governo e depois o de todos e de cada um dos detentores do poder” LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La constitución*, 2ª edição, 4ª reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1986, p. 68.

² Em homenagem a Lucia Léa Guimarães Tavares, Procuradora-Geral do Estado de 2007 a 2016, com quem tivemos a honra e a satisfação de trabalhar, e que sempre reconheceu a necessidade de preservar o espaço da boa política.

³ Sendo que: “Para a modificação desses princípios são colocadas exigências muito maiores do que para as decisões. Em geral, elas exigem um consenso mais amplo e, frequentemente, passam por um processo mais moroso. Com isso, o horizonte temporal para normas de diferente peso ganha amplitude diferente e produz-se uma estabilidade na mudança”. GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.10.

⁴ Op. Cit. p. 10. E não pode realizar tal juridicização completa (sonho de muitos) pois, como lembra Grimm, é “tarefa da política adaptar a ordem social a exigências variáveis”, Idem.

⁵ Idem, grifamos.

interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes”.⁶

KONRAD HESSE vai um pouco além ao afirmar que o direito constitucional cria regras de atuação e decisão políticas, dando à política pontos de referência sem pretender substituir a atuação política:

“Por isso, a Constituição deixa espaço para a atividade das forças políticas. Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, então nisto está não somente uma renúncia à normalização determinante ou uma remissão à atualização concretizadora, mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões”.⁷

Neste ponto, parece importante a distinção entre *articulações* constitucionais e *relações* constitucionais feita por PABLO LUCAS VERDÚ. As articulações constitucionais seriam *reguladas* pelo direito constitucional (que, numa analogia com o direito dos contratos, podemos chamar de relações *nominadas*). Como exemplo, temos as articulações entre o poder executivo e o poder legislativo na elaboração das leis, com seus distintos papéis previstos pelas constituições (e, no caso, pelos regimentos internos dos parlamentos). Já as relações constitucionais, que “se baseiam na dinâmica político constitucional”⁸ não seriam reconduzíveis a estipulações pré-determinadas pelo Texto.

Assim, VERDÚ é mais um daqueles que salientam a existência de um espaço de atuação política, constitucionalmente legítimo, mas longe de ser inteiramente conformado ou pré-determinado.⁹

⁶ Idem, p. 10-11.

⁷ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 42.

⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. Teoria general de las relaciones constitucionales Madrid: Dykinson, 2000, p. 56.

⁹ Esta é a linha de Annibal Fonseca:

“A organização do executivo, pela sua própria natureza, sobreleva ás dos demais poderes.

O poder legislativo exerce as suas funções periodicamente, dentro de prazos prefixados. O poder judiciário só é chamado a decidir em casos concretos e a sua acção circumscreve-se ás regras immanentes do estatuto constitucional. O executivo funciona permanentemente. Destinado a impulsionar e dirigir a acção administrativa, *não é possível negar-lhe a plasticidade indispensavel ao mecanismo governamental*. FONSECA, Annibal Freire. Do Poder Executivo na Republica Brasileira. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916, p. 16. Na doutrina dos E.U.A.vale citar recente trabalho de Cass Sunstein que, ao tratar da dificuldade de escolha entre distintos métodos de interpretação constitucional sustenta que, dentro de certos limites, o importante é saber se cada um desses métodos faz o sistema constitucional melhor ou pior. Para exemplificar sua tese ele sustenta que: “There would be serious reason to question any approach to the constitution that would ... raise serious constitutional doubts about *practices that the President and Congress have accepted for many decades. If an approach would greatly unsettle current institutional practices, there is reason to question it for that*

Este espaço reservado à ação e à direção política é estudado, em especial pela doutrina italiana, sob o nome de função de *indirizzo politico*¹⁰ e, na doutrina portuguesa, como “função de orientação e de conformação política do estado”¹¹.

Diversos órgãos constitucionais participam ou ao menos influenciam o exercício desta função, a começar pelo seu maior titular, o corpo eleitoral, que, ao se expressar nas eleições faz obviamente uma escolha política. O Poder Legislativo, da mesma forma, inegavelmente opera escolhas políticas de suma importância. No entanto, o operador por excelência da direção política do estado é o poder executivo. E isto não porque ele seja o único a tomar decisões políticas, nem porque tome as mais importantes (papel da própria Constituição), mas sim porque as toma constantemente (por vezes diariamente). Aliás, a própria gênese da noção de função política é identificada à “autonomização do designado ‘Poder Executivo’”¹².

Nesse ponto é importante lembrar a distinção entre a função de direção política e a função meramente administrativa, distinção normalmente esquecida em países presidencialistas (esquecimento que parece estar por trás da concepção de que o poder executivo se limita a “executar” decisões tomadas pelos outros poderes, como se não tivesse nenhuma atividade criadora¹³). Nas palavras de CANOTILHO e VITAL MOREIRA:

“A distinção entre *actos de condução política* e *actos de administração* a cargo do Governo suscita as tradicionais dificuldades de diferenciação material entre «governo» ou «política» e administração. A actividade ou função política do Governo é caracterizada pelas suas dimensões dirigentes, programantes e criadoras, sendo referida à globalidade da acção governamental; por sua vez, a função da administração deve ser concebida como actividade heteronomamente determinada, derivada, complementar e executiva. Os limites, porém, não são rígidos.”¹⁴

reason alone” SUNSTEIN, Cass “There is nothing that interpretation just is” in Constitutional commentary vol. 30, n. 2 summer 2015 The University of Minnesota Law School, p. 208.

¹⁰ Vide BARILE, Paolo. Istituzioni di diritto pubblico. 6ª ed. Padova: Cedam, 1991, p. 278 e ss.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA. Os poderes do presidente da República (especialmente em matéria de defesa e política externa). Coimbra: Coimbra editora, 1991, p. 33, 43 e, dos mesmos autores, Constituição da República Portuguesa anotada Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 413-414.

¹² Vide RODRIGUES, L. Barbosa “A função política de direção do Estado” in SOUSA, Marcelo Rebelo, QUADROS, Fausto de OTERO, Paulo e PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda Vol. II Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 394.

¹³ Karl Loewenstein já advertia que: “La tarea del gobierno no está limitada, si es que alguna vez lo estuvo, a ejecutar la voluntad popular tal como está formulada en las leyes emitidas por las asambleas. Es el liderazgo político el que dirige y guía a la voluntad popular. La legislación y la ejecución de las leyes no son funciones separadas o separables, sino sencillamente diferentes técnicas del liderazgo político”. (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La constitución, ..., p. 61. Barbosa Rodrigues registra que a “existência de uma função do Estado estritamente executiva e, inerentemente, de uma tripartição perfeita de poderes, reveste (...) natureza mitológica”. Vide RODRIGUES, L. Barbosa “A função política de direção do Estado” ..., p. 396.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA. Constituição..., p. 415.

Comentando o dispositivo da Constituição Portuguesa que atribui ao “Governo” a “condução da política geral do país”, CANOTILHO e VITAL MOREIRA entendem que esta condução é “uma parcela da chamada *função política* ou de *governo*, isto é, exercício ou prossecução de tarefas de direcção política materialmente caracterizadoras da orientação da actividade estadual. Trata-se de uma *função* dirigida *essencialmente* à selecção, individualização e graduação dos fins públicos, nos limites e de acordo com as imposições constitucionais.” E esta função de direcção política – *prosseguem os autores e o ponto é fundamental – “pressupõe iniciativa e liberdade de acção”*, ainda que, concluem, não seja “jurídico-constitucionalmente desvinculada: a direcção política da maioria deve conformar a sua acção segundo o princípio da constitucionalidade”¹⁵.

Na mesma linha segue BARBOSA RODRIGUES salientando que a Constituição “não se destaca como um mero limite negativo à politicidade que lhe é inerente, assumindo-se, igualmente, como um seu fundamento positivo, como o fundamento directivo de semelhante acção política”¹⁶. Em suma, se a função política de direcção do estado é *condicionada*, ela também é *garantida* pela Constituição.

Ora, as distintas decisões políticas (programas, projetos, ações) produzidas neste espaço que o direito constitucional tem por obrigação preservar (desde que evidentemente tomadas nos limites juridicamente fixados desse espaço e segundo ritos também fixados juridicamente, quando for o caso) não estarão sujeitas à crítica, ao controle ou a esquemas de responsabilidade *jurídicos*. Mas, obviamente, estarão sujeitas – assim exige a democracia – à crítica, ao controle e à responsabilidade política.

Em relação a tais decisões políticas, portanto, não será correto dizer que violam o direito e sim que são boas ou más, apropriadas ou não, merecedoras de apoio ou de repúdio, tudo segundo critérios que, embora possam, em alguns casos, ser discutidos segundo outros saberes científicos (economia e administração, por exemplo), são em sua essência imunes à crítica jurídica, já que inspirados por diferentes formas de se ver o mundo.

E qual a consequência última da crítica, do controle e da responsabilidade política que, dirigida a um governante – *e portanto a toda uma séria de decisões políticas por ele tomadas* – chega à conclusão de que ele é essencialmente inepto, ou seja, que toma más decisões? A consequência desejada é sua substituição por outro governante, substituição que, nos regimes parlamentaristas e semi-presidencialistas se dá com o instrumento principal de implementação da responsabilidade *política* que é a derrubada de um governo pelo parlamento e que, nos sistemas presidencialistas *deveria*¹⁷ se dar com a não reeleição do Presidente (ou a não eleição daquele que indicar como sucessor).

O surgimento de uma responsabilidade política (assim considerada como a obrigação dos governantes de prestar contas ao povo ou a seus representantes e o direito destes de substituir seus governantes caso estejam insatisfeitos), e a

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA. Op. Citi, p. 414.

¹⁶ Vide RODRIGUES, L. Barbosa, Op. Cit, p. 392.

¹⁷ Não concordamos com a tese de que o *impeachment* seria mecanismo de apuração de responsabilidade política.

progressiva distinção entre responsabilidade política e responsabilidade jurídica, que remonta aos primórdios do parlamentarismo, é um dos grandes feitos do constitucionalismo.

Mas o respeito mútuo do direito e da política pelo espaço que deveria ser reservado a cada um, o reconhecimento de uma função de direção política e a distinção entre responsabilidade política e jurídica vêm se esmaecendo. Isto pode ser evidenciado por uma série de elementos (que por vezes funcionam como causa¹⁸ do fenômeno), dentre os quais podemos citar: a tentativa de diminuir ao máximo, quando não suprimir, o espaço deixado à política, inclusive pela compreensão de que toda política que *envolva* direitos fundamentais (e qual não envolve?) é inteiramente pré-conformada pelo direito; o deslocamento radical dos limites de atuação do Judiciário, com a invasão de espaços secularmente considerados como de reserva política¹⁹ (e por vezes como de reserva do indivíduo ou da família²⁰) e o

¹⁸ Paul Ricœur, em seu prefácio (elogioso mas em parte crítico) à conhecida obra de GARAPON (Antoine. *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996, p. 15) enfatiza que a substituição da política pela Justiça não significa uma cura, mas uma piora dos fatores que resultaram nesse fenômeno, incluindo a decomposição da política. “A posição da Justiça é paradoxal: ela reage a uma ameaça de desintegração que ela no entanto contribui a promover”.

¹⁹ “Tudo e todo mundo deve, daqui em diante, estar sujeito à Jurisdição: a lei, pelo Conselho Constitucional; a política econômica do Governo, pela Corte de Luxemburgo; o funcionamento das instituições penais e disciplinares, pela Corte de Estrasburgo; os ministros, pela Corte de Justiça da República; os homens políticos, pela justiça penal comum. A maioria dessas jurisdições não existia há algumas décadas”. GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses...*, p. 21. Note-se que esta obra, que fez grande sucesso no Brasil, está muito relacionada à peculiar situação do Poder Judiciário na França, visto secularmente com extrema desconfiança desde a Revolução Francesa. Assim, parte das “novidades” (controle de constitucionalidade das leis e, em certa medida, o controle da atuação da administração pública) não são novidades no Brasil. O que de fato é relativamente novo no Brasil é a amplitude desmesurada do controle de atos e políticas públicas (inexistente em qualquer período democrático anterior a 1988).

²⁰ A invasão, pelo direito e pela Justiça, de áreas tradicionalmente reservadas aos indivíduos e famílias é fenômeno igualmente espantoso, especialmente revelador da busca por novas meta-narrativas (vide nota mais à frente) e que é exemplificada por decisão (de 24.04.2012) do Superior Tribunal de Justiça que entendeu que a falta de “cuidado” de um pai para com uma filha caracterizava ilícito civil, passível de indenização no âmbito da responsabilidade civil. Não se tratava, no caso, de falta de assistência “material”, mas de falta de “cuidado”, que a decisão, embora tenha tentado diferenciar de “amor”, define como incluindo “ações concretas” como a “presença” e “contatos”. A decisão foi por maioria e, como se extrai do voto vencido (do Ministro Massami Uyeda): “se atentarmos para a realidade dos fatos (...) qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal.” E, já em um aparte, o mesmo Ministro afirma: “Se abriremos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas”. (RESP n 1.159.242-SP, Rel.: Ministra Nancy Andrighi Publicada no DJe em 10/05/2012).

Esta parte do fenômeno é apontada com acuidade por Antoine Garapon para quem o apelo à Justiça contra “todas as frustrações modernas” e “o entusiasmo inocente com seus super poderes podem se voltar contra a própria Justiça”. Ademais, a submissão à Justiça de grandes partes da vida privada, anteriormente fora do controle público acaba por impor “uma versão penal” a todas as relações, que passam a ser submetidas à visão “binária e redutora da relação vítima/agressor”. GARAPON, Op. Cit, p. 23-24. A doutrina civilista tem tratado do tema em especial no que se refere à ampliação dos danos morais indenizáveis, com o que “abre-se ... diante dos tribunais de toda parte, o que já se denominou de ‘o grande mar’ da existencialidade, em uma expansão gigantesca, e, para alguns, tendencialmente

entendimento do Judiciário de que tudo (ou quase) pode ser objeto de decisão judicial²¹; o uso de argumentos jurídicos com o fim *não de punir o adversário* por ter violado o direito, mas de enfraquecê-lo politicamente, ou retirá-lo da próxima disputa e a progressiva redução de imunidades que protegiam agentes políticos (com a preservação, claro, das imunidades dos órgãos de fiscalização).

Dentre as causas *jurídicas* para este fenômeno²² podemos destacar o extremo exagero na implementação de um objetivo que, em si, é louvável, e que já foi acima referido, ou seja, o intuito de delimitar juridicamente a atividade política. Na verdade, *parece* haver no mundo ocidental²³ – e certamente há no Brasil, em

infinita do dano ressarcível” SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

²¹ O próprio Grimm adverte que “Não se exclui a possibilidade de que um tribunal constitucional ultrapasse o limite legal imposto a ele e, sob o pretexto de aplicação constitucional, pratique ele mesmo realização política. A relação de tensão entre direito e política continua assim, a princípio, insuprimível.” Op. Cit. p. 11. O que pensaria Grimm se tomasse conhecimento das mais recentes decisões monocráticas do STF?

²² Que em parte é assunto para cientistas políticos. Antoine Garapon registra que o ativismo judiciário “é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo e que necessita de outras peças como o enfraquecimento do estado, a promoção da sociedade civil e, evidentemente, a força dos media”. E registra que a ascensão dos juizes talvez se explique pelo “desmoronamento do homem democrático”. GARAPON, Antoine. Op. Cit., p. 22. Dentre as causas não jurídicas podemos incluir o fim das metanarrativas que é magistralmente descrito por Canotilho:

“Todos sabem o que François Lyotard escreveu no célebre livro *A Condição Pós-Moderna*. Aqui (...) interessa, talvez, pôr em relevo a sua concepção de *metanarrativas*. Trata-se das grandes récitas omnicompreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco. Elas transportam a emancipação da humanidade e dão sentido à vida dos homens. A grande récita judaico-cristã promete a *ressurreição* e a *salvação*. A metanarrativa iluminista e positivista acena com o *progresso*. A grande metanarração marxista vislumbra a *desalienação* do homem através da ditadura do proletariado. As filosofias historicistas, no seu conjunto, acreditam num *sentido* irreversível da história. Sujeitas a suspensões reflexivas cientificamente intersubjectivas, verifica-se que as grandes récitas explicam pouco e prometem muito. Mais grave do que isso é terem forjado *paradigmas de legitimação* rotundamente subvertidos. (...).

É neste contexto que as constituições – e sobretudo as constituições dirigentes – se arrogam à categoria de grande récita. No fundo, assumem-se como uma metanarratividade de convivência e transformação social. Perante a lógica da *sociedade técnica*, é forçoso verificar que pouco ou nada as constituições lhe podem opor. As alavancas de Arquimedes deslocam o centro de apoio para esta mesma técnica, relegando a Constituição, deslegitimada como metanarração, para um simples esquema protocolar de procedimentos e organizações. A *tecnopolítica* assume a fundamentalidade perdida pela Constituição.

Temos afirmado que a Constituição Portuguesa, na versão originária de 1976, reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas. Pretendia ‘abrir caminho para uma sociedade socialista’ (Preâmbulo); impunha à República o empenhamento na ‘sua transformação numa sociedade sem classes’ (art. 1.º); (...) No art. 10º (hoje suprimido) identificava os sujeitos encarregados de contar e realizar a grande récita: ‘a aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário’. (...).

Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo, quando em certos escritos afirmámos que a ‘constituição dirigente morreu’. Entenda-se: morreu a ‘Constituição metanarrativa’ da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O *sujeito* capaz de contar a récita e de nela se empenhar também não existe (...). O sentido da ‘morte’ fica, pois, esclarecido. Só esta ‘morte’ estava no alvo da nossa pontaria.” Canotilho, JJ Gomes “Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 154/156.

²³ Para um panorama do fenômeno na França vide GARAPON, Op. Cit, inclusive o prefácio da obra, de autoria de Paul Ricœur, que adverte que o debate entre justiça e política cede lugar a uma “inquietante relação triangular” envolvendo “despolitização, juridicização e fragilidade”. Op. Cit. P. 12. Tony Judt,

especial desde 2013 – um enorme mal-estar com a atividade política. Este mal-estar, ao menos no Brasil, por vezes se transforma num mal disfarçado *desprezo*, por parte dos operadores do direito, em relação à atividade política. Este desprezo, em geral, tenta se disfarçar e procura se legitimar num “mero cumprimento” da constituição (que, de resto – como se costuma dizer – é violada pelos políticos²⁴). A questão foi muito bem apresentada por CARLOS ARI SUNDFELD, que, ao tratar do fenômeno que denomina “os juristas se comportando como constituintes permanentes”, afirma que, nos anos seguintes à aprovação da Constituição Brasileira de 1988:

“ foi impressionante, nas discussões em livros e processos, a *perda de prestígio das leis*, em favor de soluções concretas inventadas pelos interessados (professores, advogados, promotores, juízes), com a invocação convencional de *princípios* constitucionais - muitas vezes “implícitos”, e sentido e alcance totalmente indeterminados. É como se os juristas e Tribunais, sentindo-se legitimados pela sobrevivência *post mortem* do sentimento constituinte, assumissem a função de Assembleias Constituintes-fantasmas.

O que se vem fazendo não é propriamente defender com ardor as normas editadas pelo constituinte extinto, pois, se assim fosse, também se deveria prestigiar as deliberações do Poder Legislativo (...). Nesses anos, nossos Parlamentos (...) têm vivido em constante crise de credibilidade, e os professores, juízes, membros do Ministério Público e advogados os desprezam profundamente.

E por que os juristas e magistrados se sentem legítimos como constituintes-fantasmas e negam aos parlamentares a proeminência nesse papel, a despeito da investidura popular?

A resposta é o sentimento constituinte, que ficou como domínio exclusivo dos *homens do Direito*. Afinal, por eles inventado como alternativa para o impasse da

em sua monumental obra sobre a Europa no Pós-Guerra, afirma, tratando dos anos 90, que “quase universalmente, os principais partidos políticos da Europa Ocidental” começaram a “buscar meios alternativos de captar fundos”. (...). “Na França, ficou comprovado que gaullistas e socialistas – a exemplo dos Democratas Cristão, na Alemanha, e do Novo Trabalhismo, na Grã-Bretanha – haviam conseguido recursos ao longo das últimas duas décadas de várias maneiras escusas: vendendo favores, traficando influência ou, simplesmente, apoiando-se mais insistentemente do que nunca em doadores tradicionais”. A situação foi um pouco mais longe na Bélgica”. Judt cita ainda o caso da Itália, “onde, desde a guerra os democratas cristão gozavam de uma relação amigável e lucrativa com banqueiros, empresários, empreiteiros, chefões municipais funcionários públicos e – segundo muitos boatos, com a Máfia”, e da Espanha. JUDT, Tony. Pós-Guerra Uma História da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 734/735.

²⁴ Canotilho, por exemplo, aponta a “desconfiança congênita” do “neoconstitucionalismo fundador” no Brasil “relativamente às insuficiências das concretizações político-legislativas do programa constitucional e aos ‘silêncios eloquentes’ do legislador na efetivação de normas consagradoras de direitos fundamentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 48.

redemocratização, na década de 1970, impôs-se como solução vencedora quando fracassou um movimento popular ("Diretas Já!") e morreu a solução político-parlamentar (Tancredo Neves). E esse sentimento persistiu até hoje porque o Poder Legislativo não conseguiu legitimar-se, desmoralizado constantemente pelos escândalos partidários e fragilizado pelo poder do Executivo.

O sentimento constituinte é, em suma, uma atitude de soberba, construída na base do desprezo aos políticos ("impuros"), que autoriza os homens do Direito ("os puros") a elaborar, no interior de seu próprio mundo (as Academias e os Tribunais), soluções jurídicas para problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política, com relativa autonomia frente à ordem legal editada pelo Poder Legislativo. É uma força maior do fenômeno constitucional brasileiro, que levou nossa literatura e nossa jurisprudência a terem um caráter muito mais constitutivo, originário, criativo, do que seria de se esperar ante uma Carta tão analítica.

A Constituição vale mais pela aura que por seus preceitos: os homens do Direito a sacralizaram e, como sacerdotes, assumiram sozinhos o poder de revelá-la.²⁵

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

Veja-se, como eloquente exemplo da questão apontada acima, trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal (Ag.Reg. no Ag de Instr. 759.543 RJ, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, um dos mais veementes críticos das omissões do Estado no Brasil. A ação, na origem, havia sido proposta pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro, para obrigar a autarquia a fazer novas contratações para compor os quadros de determinado Hospital, assim como renovar os contratos com técnicos de manutenção dos equipamentos existentes e compra de novos. A longa decisão (*cujos negritos, sublinhados e etc são originais*) é uma síntese da opinião que prevalece no Poder Judiciário Brasileiro sobre temas como a ação e a omissão do Estado em matéria de direitos sociais, a atividade política, e o papel do próprio Judiciário. Confira-se:

“Cabe acentuar, desde logo, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante .

Reconhecida, assim, a adequação da via processual eleita (...), impõe-se examinar a questão central da presente causa e verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Município, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais”

Mais à frente a decisão procura afastar a alegação de violação da separação de poderes, citando inclusive a doutrina portuguesa:

“Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (...).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público (...)

É certo – (...) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente ,ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame . (...)

Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.”

Até este ponto do acórdão decisão parece que houve – e há sistematicamente – uma decisão deliberada, “arbitrária” e “anômala” do riquíssimo e mui eficiente Estado Brasileiro em não entregar todos os direitos sociais que a Constituição manda. Ou seja, o problema de saúde (e da habitação, educação, trabalho, lazer etc.) no Brasil é um mero problema de cumprimento da Constituição. O Estado Brasileiro não cumpre porque não quer: simples assim. O Judiciário, portanto, “limita-se” a dar uma simples ordem de cumprimento. Também é de se registrar que a homenagem à separação de poderes é meramente retórica e a nota de suposta excepcionalidade não condiz com a realidade. O Poder Judiciário Brasileiro diariamente decide desta forma e a profusão de outras decisões citadas nesta decisão é prova eloquente neste sentido. É claro que a Constituição não pode ser letra morta e a efetivação dos direitos sociais é tema dos mais complexos que não cabe aprofundar nesta tese. O que deve ser registrado é que, em geral, a solução do problema da efetivação de tais direitos teve uma solução absolutamente simplista: basta o Judiciário mandar cumpri-los, extinguindo, no caminho, qualquer espaço de direção política. Mas um último ponto de interesse do acórdão é a doutrina extrema que ele cita, com a qual o Ministro Relator expressamente concorda:

“Cabe referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (...), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

‘Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.”

Veja-se bem: “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional”. E quem tem esta legitimidade? Quem prioriza o Hospital X ou Y, o equipamento Z ou H, o enfrentamento das doenças M ou N? O Judiciário, evidente! Nada mais adequado para mostrar o (pouco) espaço e o não maior apreço que o Judiciário Brasileiro tem pela atividade diretiva dos agentes políticos e a situação de cadáver insepulto do princípio da separação de poderes no Brasil, ao qual se prestam homenagens retóricas para, na prática, negar sua aplicação.

Ora, se em qualquer sistema político democrático deve existir uma preocupação com o controle do exercício do poder e com a necessidade de apurar a responsabilidade daqueles que violam o direito – *e aí está a lava jato* – é certo que, num ambiente no qual os que exercem o poder (a classe política) estão tão mal vistos, a construção e a implementação desses mecanismos de controle tendem a perder o equilíbrio e a buscar a punição a todo custo – e aí estão os excessos da Lava Jato.

Com isto, a responsabilidade jurídica é cada vez mais politizada ou ao menos recebe o influxo de critérios quase que puramente políticos. Por outro lado, a responsabilidade política, e mais do que isso, as escolhas políticas, passam a ser não apenas delimitadas juridicamente, mas também juridicamente avaliadas.

Atacar quase sem exceções a atividade política e pretender reduzir tudo ao direito é, no mínimo, uma usurpação da Constituição pelo órgão que devia protegê-la (e não se apoderar dela). No máximo, é um movimento que gera tensões extremamente graves aos sistemas constitucionais. Tensões que, em épocas de crise – internacional (BREXIT, eleição de TRUMP, ameaça da extrema direita na FRANÇA, aumento do autoritarismo na RÚSSIA e na TURQUIA) ou nacional (aumento do desemprego, instabilidade política, recessão) – podem levar a perigosos esgarçamentos da ordem constitucional, inclusive por meio da eleição de salvadores da pátria supostamente apolíticos, experiência que tantos outros países viveram – ou estão vivendo – e que o BRASIL certamente não precisa nem merece.