

**PAPÉIS DO SISTEMA DE JUSTIÇA
O JUDICIÁRIO E O CONTROLE DA ATIVIDADE POLÍTICA**

**ROLES OF THE JUSTICE SYSTEM
JUDICIARY AND CONTROL OF POLITICAL ACTIVITY**

Maximiliano Toricelli¹

DATA DE RECEBIMENTO: 02/12/2020

DATA DE APROVAÇÃO: 17/12/2020

RESUMO: O presente trabalho analisa a legitimidade que os juízes têm, em um sistema de controle difuso como o argentino, para o exercício do controle constitucional. São analisadas as críticas feitas a essa legitimidade democrática e como são superadas quando o sistema atende a determinados requisitos. Analisa-se também a necessidade, pelo menos nessas latitudes, de um sistema de controle adequado para evitar transbordamentos de órgãos políticos.

ABSTRACT: The present work analyzes the legitimacy that the judges have, in a diffuse control system like the Argentine, for the exercise of constitutional control. Criticisms of this democratic legitimacy and how they are overcome when the system meets certain requirements are analyzed. It also analyzes the need, at least in these latitudes, for an adequate control system to avoid overflowing of political bodies.

PALAVRAS-CHAVE: Poder judiciário. Controle da atividade política.

KEYWORDS: Judiciary System. Control of political activity.

INTRODUÇÃO

Em nossos países, vários setores políticos vêm promovendo, pelo menos nos últimos cinco anos, a supressão judicial de todo o controle sobre a atividade política.

Basicamente, afirmam que o judicial é o menos democrático dos poderes estatais e que, portanto, não corresponde que interrompa o funcionamento dos demais órgãos do governo, nos quais reside a soberania popular.

Essas posições buscam a existência de governos ilimitados, que podem avançar a seu critério, enquanto que haja um consenso maioritário, independentemente da subjugação dos direitos individuais.

¹ Professor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos Humanos; y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; professor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos y Garantías; y de Seminario de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la P.U.C.A. Contato: torricelli@hotmail.com.

Eles se apóiam em doutrinas, especialmente defendidas pelos autores anglo-saxões, que criticam o constitucionalismo; mas gerando uma deformação significativa deles.

Antes de expressar por que não compartilhamos esses critérios, revisaremos brevemente as doutrinas constitucionalistas (também conhecidas como neoconstitucionalistas), bem como suas críticas ao que é conhecido como constitucionalismo popular.

1 CONSTITUCIONALISMO

Nos últimos anos, houve uma redescoberta da idéia de Constituição que se popularizou com a denominação de neoconstitucionalismo, além da imprecisão de agrupar autores que não coincidem em todos os postulados e apresentam importantes diferenças de critérios.

Basicamente, essas correntes de pensamento buscam descrever as vantagens que a constitucionalização obteve e que são caracterizadas por garantir que os direitos fundamentais sejam expressos como direitos positivos, pela existência de princípios e regras vigentes na constituição com presença em todo o sistema; e por certas peculiaridades na interpretação e aplicação da lei.

Prieto Sanchis² entende que o neoconstitucionalismo é caracterizado pela existência de mais princípios do que regras; a onipresença da constituição em todas as áreas legais e em todos os conflitos minimamente relevantes, em vez de espaços isentos em favor da opção legislativa ou reguladora; a preponderância judicial sobre a autonomia do legislador comum e a coexistência de uma pluralidade de valores.

Quanto ao sistema de fontes, também existem peculiaridades nessa teoria que fazem com que tanto a Constituição quanto a justiça constitucional prevaleçam sobre o legislador ou o poder regulador.

Não se trata de ignorar a importância do legislador, a quem corresponderá a aplicação dos princípios estabelecidos na Constituição; só que não é mais onipotente, nem as normas constitucionais devem ser vistas só através de seu prisma.

O juiz constitucional tem um papel muito mais ativo.

² SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2014, pág. 117.

Dentro das normas constitucionais, essa teoria não postula a existência de uma ordem hierárquica, mas, ao contrário, de um pluralismo de normas que entra em jogo simultaneamente em um caso e que o juiz deve pesar na situação concreta que ele deve resolver para escolher qual aplicar e qual sacrificar.

Essa corrente entende que uma arbitrariedade não é trocada por outra (a do legislador e a do juiz), porque no caso do juiz, cabe a ele pesar, e essa ponderação é baseada na argumentação.

O constitucionalismo parte da concepção de que o Estado constitucional é a melhor ou mais justa forma de organização política, entendendo que quanto maiores os direitos e garantias constitucionais, menor será o espaço para a decisão das maiorias parlamentares³.

Ideologicamente, não se encerra no nacionalismo, mas, ao buscar a proteção dos direitos humanos, incorpora os direitos que os tratados subscritos adotam e que atuam como limitadores dos poderes discricionários.

Confie mais no juiz do que no legislador e prefira o sistema de controle jurisdicional difuso sobre o concentrado.

Essa corrente supera a tese do positivismo tradicional, conectando o direito à moralidade.

2 Críticas ao constitucionalismo.

As críticas mais fortes ao constitucionalismo vieram de teorias autodenominadas democráticas. A maior objeção não ocorre porque o juiz ou um tribunal constitucional exerce o controle da constitucionalidade, mas principalmente porque eles têm a última palavra sobre o assunto.

Essa corrente de pensamento é conhecida como constitucionalismo popular.

Questiona-se aqui que, uma vez que os tribunais tenham decidido sobre o direito, sua interpretação é imposta ao restante dos poderes e até à sociedade, encerrando assim qualquer desacordo ou debate subsequente que só possa ser abandonado por uma reforma constitucional. Argumenta-se que esse controle judicial da constitucionalidade, chamado de "forte", é elitista por natureza, porque entende que as decisões das maiorias são potencialmente perigosas e que um grupo de "selecionados" (juízes e acadêmicos) monopoliza os critérios que

³ *Id. Idbid.*, pág. 102.

governam o direito constitucional , aqueles que acessam porque são ilustrados e pelo uso da razão podem determinar o que é melhor para a sociedade.

Bellamy afirma “em vez de impedir um governo arbitrário, o constitucionalismo legal pode gerar legislação arbitrária, enfraquecer a proteção de minorias desfavorecidas e prejudicar o Estado de direito e sua intuição básica de tratar tanto substantivamente quanto formalmente todos como iguais”⁴.

Jeremy Waldron enfrenta um ataque feroz ao constitucionalismo afirmando que “na melhor das hipóteses, o constitucionalismo representa o poder das maiorias passadas sobre as maiorias presentes e futuras. Na pior das hipóteses, devemos reconhecer a possibilidade de que a idéia de que o povo tenha o direito de estabelecer sua forma de governo seja logicamente compatível com o estabelecimento de uma constituição não democrática ou de uma forma muito limitada de democracia”⁵.

Mas Waldron faz reservas sobre o controle da constitucionalidade, tanto em atos do poder executivo quanto naqueles sistemas em que a operação legislativa não é adequada.

Em resumo, é uma corrente de opinião que, com suas nuances, está nos antípodas do constitucionalismo, porque entende o judiciário como inimigo da soberania popular, de maneira semelhante à que os participantes da revolução francesa entendiam.

Outras críticas, não tão radicalizadas ao papel do juiz no controle da constitucionalidade, sugerem que o juiz não reconheça tanta discricão, dado que não estava preparado nesse sentido e que, muitas vezes, devido ao seu desejo de popularidade, o juiz toma decisões que buscam maior adesão à mídia (juiz Eróstatro) do que aplicar as normas constitucionais

3 AS INCOMPATIBILIDADES

Atualmente, em nossas latitudes, ouvimos vozes que, com base nesse suposto elitismo que implica o controle da constitucionalidade pelos juízes, advogam a abolição de todo tipo de controle, sustentando que apenas os poderes políticos

⁴ BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político**. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, págs. 13 y 14.

⁵ WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 2018, pág. 43.

escolhidos por sufrágio popular têm legitimidade para assumir qualquer tipo de decisão e tenha a última palavra sobre isso.

São exageros das doutrinas desenvolvidas pelo constitucionalismo popular e que também não respondem à idiosincrasia de nossos povos.

Embora eu seja a favor do constitucionalismo, entendo que algumas das críticas feitas, especialmente as que se referem à ampla margem de discricção que o juiz tem, são válidas. Mas, fundamentalmente, são porque o juiz nem sempre realiza seu trabalho adequadamente.

Para que isso aconteça, uma série de condições deve ser atendida. Essas condições podem ser agrupadas em dois setores principais, que poderíamos chamar externo ao juiz; e aqueles que têm a ver com o seu desenvolvimento.

Quanto às condições externas, é necessário que exista um sistema de controle adequado. Nesse sentido, entendo que o sistema difuso é o mais apropriado, porque, diferentemente do concentrado, ele não estabelece uma batalha entre o parlamento e o tribunal constitucional em tudo ou em nada, mas dá nuances, pois, como disseram os autores do *Federalist*, fere a lei no caso particular.

Além disso, esse sistema permite que a parte interessada, em um tribunal próximo, com seu advogado de confiança, discuta por que a lei, em sua situação específica, causa danos aos seus direitos constitucionais. Assim, terá a oportunidade concreta de ser ouvido, o que não tem com o parlamento ou com tribunais distantes, com sede nas capitais, onde geralmente funcionários ou grupos são os únicos que têm acesso a essas questões.

Os procedimentos de seleção também desempenham um papel transcendente, pois se avaliarem adequadamente as diferentes habilidades que um juiz deve possuir, garantirão melhores resultados. Nesse sentido, é importante avaliar sua formação, medir seu conhecimento, capacidade gerencial, equilíbrio psicológico, dedicação ao trabalho e adequação ética.

As garantias de operação também servirão para conceder ao magistrado as condições necessárias para uma ação imparcial.

Nesse sentido, a estabilidade desempenha um papel essencial, na medida em que garante que o juiz não será removido porque sua sentença não é do agrado do poder político da época.

Uma compensação financeira adequada é essencial. Adequado significa que não é escasso, não apenas para atender às necessidades básicas, mas também de acordo com a importante função que desempenha. Mas isso também não é

excessivo, porque geralmente resulta na perda do contato do juiz com a realidade dos sujeitos a jurisdição cujas causas devem ser resolvidas (assim, o juiz pago em excesso pode não atender com urgência que a proposta de um aposentado ou trabalhador por considerar que suas reivindicações são insignificantes).

Finalmente, também é necessário que os procedimentos de sanção e remoção não sejam muito relaxados (porque comprometem a estabilidade), nem muito rígidos (porque causam uma sensação de impunidade).

No que diz respeito às condições internas ou à maneira pela qual eles devem cumprir suas funções, é essencial transparência, tempo razoável e fundação adequada.

A transparência é encontrada na publicidade (e não na oralidade) não apenas dos procedimentos, mas também das diferentes ações judiciais, incluindo o conhecimento de que, de antemão, as partes podem ter dos critérios vigentes nos diferentes tribunais.

A tecnologia permite a possibilidade de publicar sentenças e que elas sejam acessíveis a todos os cidadãos.

A realização dos direitos dentro de um prazo razoável é essencial. A principal preocupação com a duração dos julgamentos geralmente se reflete no campo criminal. Mas também é importante acabar com os conflitos familiares, ordenar o pagamento da remuneração dos trabalhadores ou apresentar um crédito de aposentadoria.

E embora isso dependa, em certa medida, dos procedimentos legais, e da velocidade que os advogados imprimem, o papel do juiz, limpando o ritualismo desnecessário, é mais do que importante nesses aspectos.

Quanto ao fundamento adequado, ela sugere que, mesmo quando é quase impossível convencer ambas as partes em um julgamento, pretende-se que a sentença não seja considerada seriamente injusta, porque isso fará com que o conflito, longe de terminar, cresça.

No fundamento, o juiz não deve apenas tentar convencer, mas que o justiciable deve saber quais foram as motivações que o levaram a tomar essa decisão; que não foi um simples erro ou ignorância dos fatos da causa ou da lei aplicável.

Adequado não significa excessivo. Não é que as decisões judiciais tenham páginas e páginas de expressões muitas vezes inconducentes e ocultem mais do

que dizem. Simplesmente a pessoa que busca a proteção de seus direitos sabe por que foi negada ou concedida uma reivindicação.

Assim, quando um silogismo é usado para construir uma sentença, não se trata apenas de certas premissas, mas a construção de cada premissa terá uma necessidade maior ou menor de desenvolvimento, de acordo com a complexidade apresentada. Nesse sentido, é importante distinguir entre a complexidade factual que alguns casos apresentam e a complexidade jurídica (apesar de haver casos complexos em ambos aspectos e que exigirão uma análise detalhada em ambas partes da premissa).

Também é importante que o juiz esclareça qual é sua posição, o que não significa que ele deva necessariamente ser tipificado em uma dada teoria do direito, mas explica alguns dos principais critérios que ele considera ao decidir.

Se essas premissas forem adequadamente verificadas, não haverá sociedade que questione se o juiz cumpre adequadamente a sua funcionalidade democrática e concede garantias para o bom funcionamento do estado de direito constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não podemos prescindir de um sistema de controle se queremos que os governantes tenham limites a um poder que, cada vez mais, tende a ser exercido excessivamente.

Pelo menos nessas latitudes (é diferente se o governo inglês for analisado), os parlamentos não parecem ser os órgãos apropriados para seu autocontrole, nem mesmo para o controle do poder executivo.

Portanto, o judiciário é o órgão mais apropriado para isso. E justamente a mais democrática, porque é a única que permite, especialmente quando se trata de controle difuso, a participação do interessado, que pode levar sua reclamação aos tribunais judiciais através de seu advogado e obter uma resposta (que nem sempre será favorável, mas pelo menos será fundada).

Nesse sentido, é essencial que, para cumprir sua funcionalidade democrática, os juízes tenham legitimidade democrática, que estará presente desde que as condições reais exigidas por essa posição sejam cumpridas e sejam emitidos pronunciamentos que captem pelo menos adequadamente os critérios de justiça

mantidos. em vista ao fixar os direitos humanos fundamentais que cada sociedade dita para si mesma.

REFERENCIAS

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2014.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político**. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 2018.