

A NOVA DIVISÃO DE PODERES E A PROATIVIDADE DA CULTURA DE CONTROLE

THE NEW DIVISION OF POWERS AND PROACTIVITY OF THE CULTURE OF CONTROL

Vânia Siciliano Aieta¹

Resumo: Observa-se atualmente acentuado crescimento por mecanismos de controle e punição no universo político, capitaneados pelo Poder Judiciário, sob a égide do ativismo judicial, com o argumento de combater desvios ético-normativos dos agentes políticos. A chamada “judicialização da Política” tem interferindo de maneira irregular e significativa nas eleições assim como nas ações políticas dos demais poderes. Derivação desta forma de agir, e influenciando permanente e sobremaneira no período pré-eleitoral, é aquilo que podemos chamar de “*judicialização do processo eleitoral*”, revelando indesejável *estado de controle político* permanente por parte da Justiça Eleitoral no jogo democrático.

Palavras-chave: Judicialização – Política - Criminalização

Abstract: Brazil is marked by pronounced growth of mechanisms for control and punishment of elected and appointed public officials, led by an increasingly active judiciary, based on the argument of the need to combat ethical and legal deviations by public agents. The so-called “judicialization of politics”. However laudable the motives may be, this judicial activism often interferes disproportionately in the result of elections and the political actions of the other two branches of government. When this activism is focused on the period leading up to elections, it can be called the “judicialization of the electoral process”, an undesirable *state of permanent political control* by the courts over the democratic playing field.

Keywords: Judicialization – Politics - Criminalization

No Estado Democrático de Direito "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (Constituição brasileira de 1988, artigo 1.º, parágrafo único).

¹ Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* da Faculdade de Direito da UERJ especializada em Direito Eleitoral. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPQ Hermenêutica Constitucional e Análise Transacional. Email: vaniaaieta@siqueiracastro.com.br. & vaniaaieta@yahoo.it

As Revoluções Liberais, ícones da primeira fase da História do Constitucionalismo, fortaleceram a democracia indireta, o denominado "sistema representativo", o qual substituiu o direito divino dos reis pela soberania popular. Entre a impossibilidade da democracia direta e o horror ao absolutismo monárquico, os revolucionários pretenderam criar um governo livre e natural (DARCY AZAMBUJA, Introdução à Ciência Política, 4.^a edição, páginas 242-243), baseado na *separação dos poderes* e no assentamento de um *rol de direitos individuais*, paradigmas dessa fase inicial do Constitucionalismo Clássico ou Formal.

Os poderes constituídos do Estado exercem cada qual uma parcela do poder político. O Poder Judiciário, no desempenho da jurisdição, exerce sua parte. Contudo, observa-se que o controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos. Os juízes são chamados a se manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social (ANTOINE GARAPON, “O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas”, tradução brasileira, São Paulo: Editora Malheiros, 1999, página 24). Mas, essa intensa demanda e o evidente crescimento por mecanismos de “controle” e “punição” no universo político, capitaneados pelo Poder Judiciário, sob a égide do ativismo judicial, com o argumento de combater desvios ético-normativos dos agentes políticos têm demonstrado, na realidade, a chamada “judicialização da Política”, postura proativa do supracitado poder no desempenho de suas funções, interferindo de maneira irregular e significativa nas eleições assim como nas ações políticas dos demais poderes.

Tal realidade repercute negativamente na atividade jurisdicional ao criar a perigosa possibilidade de *politização da função judicante*, tão bem vislumbrada pelo professor português **BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS** ao asseverar que “*a judicialização da política conduz à politização da justiça*”.

Derivação desta forma de agir, e influindo permanente e sobremaneira no período pré-eleitoral, é aquilo que podemos chamar de “*judicialização do processo eleitoral*”, revelada na excessiva intromissão do Poder Judiciário na atividade política.

Com isso, deflagra-se um indesejável *estado de controle político* permanente por parte da Justiça Eleitoral que não pode se pretender protagonista do processo eleitoral, intrometendo-se, por vezes indevidamente, no jogo democrático.

Ao revés, cabe a ela assegurar a legalidade e a serenidade dos conflitos políticos acentuados do processo eleitoral, pois devemos lembrar que a atividade política durante as eleições não deve ser cerceada, mas tão somente modulada, na medida em que o *eidos* caracterizador do processo eleitoral reside na liberdade de expressão política.

Tal realidade é agravada pelos fatores psicológicos inconscientes, que fazem parte da personalidade de qualquer pessoa e que influem na formação do juízo crítico, notadamente na capacidade de julgar. Quando esses fatores prevalecem, a isenção do juiz fica comprometida, independente da sua vontade. Nesse sentido, o conhecimento dos fatores psicológicos do inconsciente do magistrado é indispensável para que o julgador possa controlá-los e, com isso, conseguir o máximo de imparcialidade na hora de julgar.

Observa-se ainda com atenta preocupação a ***policização intensa da natural conflitividade política*** das relações humanas. A Justiça Eleitoral, além de protagonizar a qualquer preço, inclusive cometendo inconstitucionalidades gravosas, a posição de principal agente do processo eleitoral, tem conduzido sua atuação maculada por manifestações midiáticas alicerçadas pelos sentimentos de comoção popular e pela necessidade de dar satisfação aos anseios de uma sociedade controlada pelos ditames dos meios de comunicação, porta-vozes das elites, com o objetivo de expurgar da vida pública aquelas pessoas tidas como indesejáveis e indignas do mandato popular.

Nesse sentido, vale ressaltar a lembrança preciosa do magistério acadêmico de **LOÏC WACQUANT** ao advertir-nos que: “*a desqualificação da Política, principalmente no registro paroxístico que poderíamos caracterizar como antipolítica, encontrou na criminalização o mais poderoso dos instrumentos, na dependência contudo da publicidade espetaculosa dos procedimentos concretos*”.... “*os patíbulo operísticos do antigo regime foram substituídos pelo pelourinho virtual, atado ao qual o padecente já não vê desfilar diante de sua vergonha os curiosos da praça, mas é sua própria imagem que desfila, angustiada e impotente, por dezenas de milhares de lares*” (VERA MALAGUTI BATISTA (org). “*Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*”. IN: BATISTA, Nilo. “*Merci, Loïc*”, p.226. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012, 2ª edição, 2012).

O presente artigo busca demonstrar que mesmo diante da legitimidade da indignação da sociedade, não cabe ao Poder Judiciário agir na esteira do que considera indignante, mas sim prestar a jurisdição, atento às leis e, principalmente, ao arcabouço constitucional vigente. O fenômeno "judicialização", pois, consiste na decisão pelo Judiciário de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais, para parafrasearmos o Ministro do STF, Professor Luís Roberto Barroso (Direito e Política: a Tênu Fronteira, 2012.).

Em nosso país, a supracitada "judicialização" da vida social foi incrementada em ritmo assustador após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, de modo que todos os problemas passaram a ser resolvidos judicialmente, esvaziando-se o diálogo político, tão necessário à concretização da Democracia. No universo do direito eleitoral, é cediço que as eleições somente são resolvidas depois do chamado "terceiro turno" perante a Justiça Eleitoral, sendo raros os pleitos que não são objeto de demandas processuais, com fins de uma possível e deplorável impugnação, lesando-se a vontade popular.

Depois das eleições, não satisfeitos com as constantes intervenções na seara eleitoral no âmbito das eleições, partem para um "segundo turno" das violações ao princípio da separação dos poderes. Empossados os políticos, agentes públicos despidos da representatividade popular intentam "governar" os destinos da coletividade, posando de vestais para impor aos políticos legitimamente sufragados modos de agir e governar.

Para tal intento, "abusam" dos meios de comunicação no intuito de propagarem unilateralmente seu discurso "ético" e arregimentarem hordas de cidadãos desinformados e com insatisfações pulverizadas através de ações coletivas em defesa da tão aclamada "moralidade administrativa". Assim, em nome do princípio democrático do acesso à Justiça, busca-se impor a governantes, legisladores, empresários e cidadãos, de modo unilateral e autoritário, um vetor pré-determinado de opção de políticas públicas, sem sopesar os ônus decorrentes para os cofres públicos dessas demandas eivadas de devaneios.²

² Algumas práticas não dialógicas de imposição de políticas públicas por agentes não eleitos são os chamados Termos de Ajustamento de Conduta, previstos pelo parágrafo 6.º do artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública): "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de

Em pleno século XXI, ainda existe a tentativa de se implementar uma “*sociedade punitiva*”, fruto de um projeto político transnacional, que recorre à legislação coercitiva e às táticas policiais para dispersar ou reprimir toda e qualquer forma de oposição ao ***poder das corporações***, reprimindo o dissenso político com fins de solidificar o projeto neoliberal. O fascismo que emerge hoje não é político, mas sim social e coexiste com uma democracia de baixíssima intensidade, para parafrasearmos **BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS**.

Nesse sentido, é de superlativa relevância traçarmos relações entre a realidade hodierna de ***criminalização dos políticos***, representantes do povo, eleitos pelo voto popular, com importantes contribuições trazidas por autores que percebem, nos efeitos do punitivismo neoliberal imperante, um ***progressivo desamparo nos direitos fundamentais***, notadamente observado nas constantes e assustadoras ***flexibilizações dos direitos constitucionais***, como no caso da ***supressão dos direitos políticos***, que são ***subespécie dos direitos humanos***, além do ***esvaziamento dos direitos fundamentais assecuratórios da proteção dos cidadãos na processualística penal***.

Os efeitos do ***punitivismo neoliberal*** sobre a legislação eleitoral, se valendo de alicerces teóricos preocupantes, são hoje bastante evidentes. A expansão reinante da criminalização dos políticos apresenta-se, na maior parte das vezes, de forma velada, como se não estivéssemos tratando verdadeiramente de problemática penal, mas tão somente de “***condições de elegibilidade***”, como se a inelegibilidade não fosse uma pena, mas sim um “prêmio”.

LOÏC WACQUANT, a partir de um emblemático artigo publicado no *Le Monde Diplomatique*: “***Esse vento punitivo que sopra da América***”, traçou os alicerces teóricos dessas evidências. Ainda com esteio nos trabalhos científicos de **WACQUANT**, encontramos em sua obra “***Onda Punitiva***” a idéia que o retorno à prisão perfaz-se como uma resposta à

sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial". Trata-se de um mecanismo de solução extrajudicial de conflitos promovida por órgãos públicos - inclusive pelo Ministério Público - para ajustar determinadas condutas de agentes, públicos ou privados, que lesem o patrimônio público, o meio ambiente, as relações de consumo, os direitos sociais, etc. No entanto, muitos Termos de Ajustamento de Conduta têm sido arbitrariamente impostos a governos ou entes privados para lhes impingir obrigações onerosas e, não raro, despropositadas.

insegurança social e não à insegurança criminal. Além disso, a referência do autor acerca da responsabilidade individual é deveras oportuna. Ao empreendimento neoliberal no campo do direito penal, assim como no direito eleitoral, *não interessa a discussão das causas, das situações que ensejam os problemas*, mas apenas as responsabilidades individuais.

Existe evidentemente um movimento pujante, ascendente, de uma política penal, inclusive no universo eleitoral, voltada para a prisão, punição e extirpação de direitos constitucionais através de *flexibilizações interpretativas* advindas do fenômeno da *pré-compreensão do intérprete*, para nos reportarmos aos ensinamentos de cabal importância para a Hermenêutica Constitucional de **KONRAD HESSE**, em sua obra *Escritos de Derecho Constitucional*.

Nesse sentido, vale aduzir o brilhante excerto do eminente professor **NILO BATISTA**, em seu artigo “*Merci Loïc*” (VERA MALAGUTI BATISTA (org). “*Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*”. IN: BATISTA, Nilo. “*Merci, Loïc*”, Op. Cit pp. 226-227. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012, 2ª edição, setembro de 2012.), ao comentar o problema: “Não se discutirão jamais as práticas do capitalismo financeiro - mas pode existir um banqueiro desonesto, como aquele czar do NASDAC hoje encarcerado. Não se discutirão jamais as opressões do latifúndio - mas pode haver um fazendeiro que mande matar a missionária que está organizando a resistência dos camponeses. Não se discutirão jamais as feridas abertas em Pachamama - mas poderemos acompanhar pela televisão o processo contra o diretor da fábrica na qual ocorreu o último vazamento” .

Do mesmo modo, não se discutirão no *habitat* da classe política, no universo eleitoral, em especial em se tratando de chefes do Poder Executivo, *as causas ensejadoras dos atos cometidos*. Ao revés, esse novo movimento do capital predador que institui o “*Estado Penal*” em substituição do desmantelamento do *welfare state* e seu “*Estado Previdenciário*”, opta pelo encarceramento e em especial pela punição mais cruel aos representantes eleitos pelas classes menos favorecidas que é a *inelegibilidade*, um verdadeiro “banimento do mundo

político”³. Vale ressaltar que *o sistema penal do capitalismo, já nos seus primórdios, tinha a inelegibilidade como um de seus alicerces.*⁴

O fato é que o empreendimento neoliberal precisa de um *poder punitivo onipresente e capilarizado*, para o controle penal dos políticos que ele mesmo marginaliza. E encontra a almejada “onipresença punitiva” nas perversas vinculações entre mídia – sistema penal, pois o *novo credo criminológico da mídia* acredita ser a **PENA** a solução de todos os conflitos a serem enfrentados (NILO BATISTA em “Mídia e Sistema Penal”. p.3) e para tal contribuem em punir o ser humano antes mesmo que ele possa se defender pelos meios que a sociedade oferece.

Neste sentido, é importe salientar que toda e qualquer reflexão que deslegitime o credo criminológico do discurso midiático é ignorada ou escondida do grande público, dos telespectadores.⁵

FOUCAULT, em “*Vigiar e Punir*”, nos ensina que a penalidade é uma força versátil à qual deve ser atribuído um lugar de destaque no estudo do poder contemporâneo. Por essa razão, a idéia da consolidação da vigilância e da punição se encontra em várias entidades estatais inclusive na motivação dos membros do Poder Judiciário que abraçam a “*judicialização da Política*”.

Fazemos aqui uma paródia entre o “*vigiar e punir*” foucaultiano com o “*julgar e punir*”, crítica da atuação do Poder Judiciário na administração da “*máquina punitiva estatal*”, ressaltando-se, na obra de **FOUCAULT**, o lugar da prisão na sociedade disciplinar de vigilância e controle.

É deveras importante a distinção entre *ativismo judicial* e *judicialização da Política*. A interpretação constitucional vem paulatinamente propiciando maior espaço, não só no Brasil, mas também em outros países, para o ativismo judicial e conseqüentemente para

³ Lembrar que a Lei Complementar 135/2010 que alterou o Estatuto das Inelegibilidades, a Lei Complementar 64/1990, instituiu 8 (oito) anos de inelegibilidade aos apenados, o que podemos considerar, na maior parte dos casos, como uma MORTE na Política.

⁴ Sobre o assunto, oportuna é a lembrança do excerto do artigo de NILO BATISTA em “*Merci, Loïc*” ao asseverar: “*O sistema penal do capitalismo industrial ostentava cruel simplicidade: a fábrica, a penitenciária (invariavelmente less elegibility) e o exército de reserva, tudo sob o controle da criminalização da greve e da vadiagem. Simples, silencioso e lucrativo*” (grifo nosso)

interpretações mais extensivas da Constituição, conforme assevera **PIER PAOLO PORTINARO** (“Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados”, in Pietro Costa e Daniel Zolo (Org), *O Estado de Direito, História, teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.465-488.).

Essa conjuntura de maior engajamento dos juízes através do ativismo judicial deflagra conseqüências no *papel constitucional da divisão de poderes* e na concretização do *princípio da segurança jurídica*, suscitando preocupações quanto ao balizamento dos processos hermenêuticos.

O objetivo não está em criticar o ativismo judicial, mas buscar fronteiras objetivas, limites na atuação do Poder Judiciário, pois afinal “*quem controlará os controladores*”⁶ se essa dimensão permanecer sem parâmetro apropriado.

Busca-se uma análise crítica do *ativismo judicial* e sua distorção que é a *judicialização da Política*, em matéria constitucional. Nesse sentido, importante se faz compreender a dicotomia atualmente observada entre um *positivismo político moderado*, no esteio de **NORBERTO BOBBIO** e os levantes pós-positivistas da atualidade, que mais do que se apresentarem como pós-positivistas, revelam-se na realidade como *antipositivistas*. Na linha de defesa do positivismo moderado de **BOBBIO**, alicerçada na moderna teoria da interpretação, encontramos **EMILIO BETTI** e **HANS-GEORG GADAMER**, que metodologicamente permitem a interação entre princípios e regras.

É importante salientar que a análise dessa problemática implica na divisão constitucional dos poderes, como já asseverado, e na necessária identificação entre o *momento da legislação* e o *momento da jurisdição*, afastando-se as teses defensoras de um ativismo judicial que confere ao magistrado-intérprete uma competência elástica e subjetivizada com o fito de esclarecer a *mens legis* das normatividades insertas na Constituição Brasileira, alargando o balizamento da interpretação para ir até mesmo além do que a Constituição estabeleceu e, por vezes, manifestando-se contrariamente ao que dita a Carta Magna Brasileira. (NORBERTO BOBBIO, *Contribución a la Teoria de Derecho*, org.

⁶ Clássica pergunta ressaltada pelo Professor CELSO LAFER ao tratar da matéria, fazendo referência à obra Mireille Delmas-Marty, *La Refondation des Pouvoirs*, Paris: Seuil, 2007, em especial pp.38, 41-43 e 67.

Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres Ed., 1980, “Formalismo Jurídico e Formalismo Ético”, p.105-117.)

Ao revés, ressaltamos o valor do *garantismo jurídico*, expressão do princípio da legalidade, em matéria de interpretação constitucional, pois esse está isolado dos juízos políticos de valor, manifestos nas interpretações maculadas pela ideologia e pelo legado axiológico do magistrado no momento de proferir a decisão.

Não podemos olvidar de empenhar esforços na análise dos fatores psicológicos inconscientes e na necessária observância do legado axiológico pessoal do Magistrado na construção da decisão judicial.

Para tal desafio, a utilização, como paradigma doutrinário, da obra de **KONRAD HESSE**, no que se refere à pré-compreensão do intérprete, se faz mister. Além disso, relevante é o papel da análise transaccional que explora a *Teoria da Personalidade do Intérprete* (quem é o juiz?).

Objetivamos sustentar a inexistência de interpretações “assépticas”, que não sejam influenciadas por elementos axiológicos e psicológicos, sendo a ideologia política provavelmente um dos mais fortes elementos para o comprometimento da interpretação.

Não há norma jurídica, por mais clara e evidente, que não demande uma interpretação. O legislador apresenta uma “*linguagem seca*”. Por isso, o juiz e o aplicador do Direito têm a tarefa de dar vida à norma. Na análise da problemática da Hermenêutica Constitucional, três alicerces irão se constituir como fundamentais à boa e correta compreensão da norma. São eles *o texto em si* (*corpus* da norma), *o intérprete* (e conseqüentemente seu legado pessoal) e *a interpretação*.

Deve-se considerar também que a interpretação constitucional, apresenta um perfil peculiar, pois contém em seu bojo um *conteúdo ideológico*. Assim sendo, a atividade central da aplicação da norma reside na *interpretação*, sendo o intérprete responsável pelo *conteúdo real da norma*.

Considerando-se que a problemática constitucional é uma questão essencialmente de **ordem política**, pois correlaciona o alcance das mudanças e assecuramentos de direitos ao universo da Política, faz-se necessário limitar e coordenar o exercício deste *poder político*, sendo isto, atualmente, a fundamental razão de ser dos diplomas constitucionais (CELSO RIBEIRO BASTOS, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 16.). Meirelles Teixeira nos ensina ser curial que “a Constituição seja conhecida não apenas em sua letra, mas também em seu espírito” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 266.).

Nesse sentido, a importância de interpretar a Constituição é fundamental, dado o caráter aberto, vago e plurissignificante de muitas de suas normas (PAULO RICARDO SCHIER, *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, p. 113.). Além disso, através da interpretação, torna-se possível o conhecimento dos “*íntimos significados de uma Constituição*”. (MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, p. 266.).

Interpretar, no esteio do magistério de Celso Ribeiro Bastos significa “*extrair o significado do texto*”, sendo a interpretação indispensável, quer no texto constitucional, quer nas leis em geral (CELSO RIBEIRO BASTOS, separata da Revista de Informação Legislativa de Brasília, nº 96/87, p. 53.).

Por fim, não se pode deixar de considerar a natural instabilidade do Direito Público, sujeito às transformações fugazes e complexas do universo da Política. Dessa forma, os vocábulos apresentarão sentidos e conteúdos variados em razão da instabilidade e da incerteza decorrentes das variações políticas. Com isso, urge a necessidade de interpretar politicamente a Constituição, ou seja, “descobrir o pleno e adequado sentido de suas normas, ao aplicá-las à multiplicidade e à complexidade dos casos e das situações históricas” (Op. cit., p. 268.).

No que se refere à hermenêutica constitucional, a doutrina americana costuma distinguir *interpretação* de *construção*.

Para o Direito Constitucional, sob este passo, a importância da interpretação é deveras fundamental tendo em vista especialmente o caráter plurissignificante de muitas de suas normas (PAULO RICARDO SCHIER, *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, p. 113.). Sobre a matéria, Ferrara entende que a missão do intérprete

é a busca do real conteúdo da norma, afirmando que “a lei não contém palavras desnecessárias”.

Nesse sentido, pode-se sustentar que o objeto da interpretação é a *vontade da lei*, autônoma, e não a *vontade do legislador*. Esta análise permite um campo de liberdade para a interpretação do juiz, *não obstante ele esteja impedido de inventar normas, substituindo o legislador*. **KELSEN** aduz, por sua vez, que o juiz não pode criar norma, criando apenas direitos.

Também, em vários países europeus foi possível, nos últimos tempos, observar a trajetória das jurisdições constitucionais, notadamente nas controvérsias produzidas pelas chamadas “*sentenças interpretativas*”⁷.

Nesse sentido, a contribuição de **KONRAD HESSE**, a partir da formulação de sua famosa tese *A Força Normativa da Constituição*. O autor, renomado professor e juiz do Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, discípulo de **SMEND**, demonstrou sua intenção em lograr êxito na tentativa acadêmica de oferecer um equilíbrio capaz de evitar o sacrifício da dimensão normativa da Constituição em face das contingências da realidade.

HESSE destaca, entre as condições que possibilitam o equilíbrio que preserva a dimensão normativa, a *vontade de Constituição*, significando uma alternativa em face da mera vontade de Poder ou de normatividade formal e abstrata despida do elemento volitivo. Ressalta que a chamada *vontade de Constituição* se fundamenta numa tríplice idéia: na convicção da necessidade de um Ordenamento Jurídico, objetivo e estável, como garantia em face da arbitrariedade e dos excessos do Poder em geral e também na crença de que se trata de uma Ordem cujo valor normativo não depende exclusivamente de sua racionalidade, mas também dos atos da vontade humana dirigidos à realização da Constituição.

As contribuições hessenianas ajudam bastante na tarefa de se alcançar um enfoque correto acerca da interpretação constitucional. Malgrado tal processo careça de condições concretas e objetivas da conjuntura histórica que delimita o *contexto de legitimidade* no qual a legalidade constitucional opera; ou seja, a Hermenêutica Constitucional, longe de se esgotar

⁷

Seriam as sentenças que determinam ou manifestam, dependendo do sentido em que são empregadas, constitucionalidades ou inconstitucionalidades.

na mera subsunção lógica ou na elaboração conceitual, impõe a firme *vontade do intérprete* com a finalidade de realizar os objetivos da Carta Magna (Op. cit., p. 254).

Hans-Georg **GADAMER** e Emilio **BETTI** dedicaram-se a detectar, especificamente, este universo comum, o da interseção. Buscavam alcançar o sentido da projeção dos principais fatores que conotam os distintos processos interpretativos no universo constitucional bem como as devidas conseqüências das principais teorias hermenêuticas que se dispuseram a esta tarefa.

Hoje, a hermenêutica da interpretação é entendida como um processo de *compreensão de sentido*, comportando a compreensão do texto com o papel desempenhado pelo intérprete e seu legado pessoal na composição e construção da interpretação. Há de se invocar na compreensão do significado das palavras que integram o texto, *o contexto* no qual elas se inserem. Além da questão de se analisar o contexto, a moderna hermenêutica trata, também, da problemática da pré-compreensão do intérprete, o que **GADAMER** denomina como *“os preconceitos do intérprete”* (ANTÔNIO E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 264.).

Para **GADAMER**, a compreensão de um texto se assemelha a um *diálogo* que só pode ser travado entre pessoas que falem a mesma linguagem, ou seja, que conheçam os signos da linguagem em questão.

Nesse sentido, **PÉREZ LUÑO** reforça a importância da *tradição* que reside no seio da comunidade sobre a experiência vivida por cada pessoa na composição da linguagem comum, permitindo a *intersubjetividade comunicativa na comunidade em diálogo*⁸.

No universo da metodologia constitucional, a hermenêutica tem significado uma nova atenção à estrutura pré-compreensiva que reveste a interpretação do Direito acrescida de seu condicionamento histórico (ANTÔNIO E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 264.). Assim, *o jurista não pode deixar de interpretar a norma sem ter a consciência da situação concreta na qual a mesma está inserida*. Desta forma, o intérprete da Constituição atua como *mediador* entre o texto normativo promulgado e as

⁸ A compreensão de um texto não é possível se não se partir dessa conexão histórica que ocorre entre o sujeito e o objeto da interpretação.

demandas da situação presente, realizando uma *atividade prático-normativa* que estabelece uma continuidade entre o momento passado da promulgação da norma constitucional e o momento hodierno da sua aplicação (Op. cit., p. 265).

Com isso, pode-se com rigor concluir que *a concretização da norma constitucional não pode estar despida da análise da pré-compreensão do intérprete*, fulcrada em suas experiências, conhecimentos e preconceitos resultantes da conjuntura histórica. Da mesma forma, a tarefa de concretização e compreensão da norma constitucional é impossível quando feita sem se considerar os problemas concretos.

A pureza científica também exigia a exclusão de qualquer questionamento acerca da legitimidade e da Justiça das leis⁹. Por outro lado, **o Direito é ideológico** na medida em que oculta o *sentido* das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social (LUÍS ALBERTO WARAT, *A produção crítica do saber jurídico*, passim.).

Assim, Luís Roberto **BARROSO** argumenta ser “*falsa a crença de que o Direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro*”, pois os juristas conseguem elaborar um “*discurso de ocultamento das funções e do funcionamento do Direito na sociedade*”. Assim, a chamada Teoria Crítica do Direito busca

rever o conceito tradicional da Ciência do Direito, demonstrando como a partir de um discurso organizado em nome da verdade e da objetividade desvirtuam-se os conflitos sócio-políticos, que se apresentam como relações individuais harmonizáveis pelo Direito¹⁰.

⁹ André Franco Montoro costumava citar Del Vecchio para afirmar que “*a noção do justo é a pedra angular do edifício jurídico*”. Desta forma, inexistia *Direito* despido da noção de Justiça.

¹⁰ Ibidem. Luís Roberto Barroso assevera, neste sentido, *in verbis*: “*A teoria crítica do direito reveste-se de cunho eminentemente interdisciplinar. Ela se realiza através de um discurso de interseção, para o qual concorrem múltiplos saberes: os que o pensamento jurídico acumulou ao longo dos séculos como próprios e os que vêm de outras procedências, como a Lingüística, a Sociologia, a Economia Política, a Psicologia Social, a Antropologia, a História e a Psicanálise. Numa perspectiva ainda mais filosófica e aprofundada, exibe a influência de filósofos da chamada escola neomarxista de Frankfurt, que inclui Max Horkheimer, Herbert Marcuse e Theodor Adorno. Também refletiram sobre o movimento os trabalhos sobre hermenêutica desenvolvidos por Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur, cuidando do papel do intérprete e da indeterminação dos textos*”.

Joseph William **SINGER**, dissertando sobre a versão norte-americana do movimento *Critical Legal Studies*, afirma sobre a Teoria Crítica:

o Direito não é apolítico e objetivo: advogados, juízes e juristas, em geral, fazem opções altamente discutíveis, mas se utilizam do discurso jurídico para fazer com que as instituições pareçam naturais e as regras neutras. (LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 268, apud Joseph William Singer, *The player and the cards: nihilism and legal theory in Yale Law Journal*, passim.).

Se a interpretação jurídica é uma atividade prática que busca a realização de determinadas metas e objetivos, o *horizonte ideológico* aparece como um elemento consubstancial a qualquer processo hermenêutico de forma consciente ou não¹¹. A problemática em questão não é recente. A *função ideológica da interpretação e suas conseqüências* têm sido objeto de constantes reflexões sobre o tema.

A denúncia que pretendemos desenvolver de *politização do Judiciário* apresenta como efeitos, a aplicação de um dito “*direito burguês*” em favor das classes dominantes e vice-versa.

Mas, o que o presente artigo pretende demonstrar nesse ponto é que *o uso alternativo do Direito não implica necessariamente numa postura jurídica progressista*.

Vale ressaltar, nesse sentido que os antecedentes da Escola do Direito Livre revelaram que *as primeiras tentativas de se interpretar alternativamente a Constituição estiveram associadas à ideologia jurídica do nazismo*. Foi exatamente **CARL SCHMITT** quem, por ocasião da primeira reunião de jurispublicistas alemães, celebrada em 1924, apresentou em oposição à interpretação jurídica dominante do artigo 48,2 da Constituição de Weimar¹², uma nova interpretação de cunho político-decisionista que, ao interpretar a relação de direitos em sentido puramente indicativo e não restritivo (como opunha uma interpretação correta do preceito normativo), esvaziava de conteúdo uma das mais importantes garantias constitucionais à liberdade (Antônio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 267).

¹¹ Segundo Antônio E. Pérez Luño, este tema foi objeto de Congresso realizado em Catania, em maio de 1972, sobre “o uso alternativo do Direito”.

¹² Tal artigo concedia ao Presidente da República a faculdade de tomar medidas em casos excepcionais de estados de sítio tais como a suspensão de determinados direitos fundamentais *tipificados* especificamente na dita norma.

Ao tratar da problemática, Guido FASSÓ entende *que as tentativas de politizar em demasia a interpretação jurídica perfazem-se como reais ataques ao princípio da legalidade*, postulado do Estado Democrático de Direito. Desse modo, advoga:

Há de se tomar cuidado para que o dito uso alternativo do direito constitucional não se transforme em abuso alterativo da Constituição (Op. cit., p. 268, grifo nosso)

A Constituição, como exposto por HESSE, é expressão de ser (*Sein*), mas também é expressão do dever ser (*Sollen*), à medida que “*procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social*”. Destarte, a *atividade de interpretação*, para Hesse, consiste em falar o resultado constitucionalmente correto, através de um procedimento racional e controlável, igualmente fundamentado de modo racional e controlável, que possibilita a criação uma relativa certeza e previsibilidade jurídica (PAULO RICARDO SCHIER, *Filragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*”, p. 113, *apud* Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 104.)

Campeia no mundo jurídico, com esteio no credo liberal e conservador, a tentação de buscar alicerce, *no âmbito penal*, nas instituições policiais e penitenciárias e, *no âmbito eleitoral*, nas condenações às *penas de inelegibilidade*, através da defesa do encarceramento e, em especial, conforme já asseverado, pela punição mais cruel aos representantes eleitos pelas classes menos favorecidas que é a *inelegibilidade*, um verdadeiro “banimento do mundo político”, condenando-se tais representantes à *invisibilidade política*.¹³

É possível observar que parte significativa dos meios de comunicação vêm paulatinamente apresentando “fontes” pouco confiáveis e, o pior, se prestando a interesses pouco nobres, pois sabem muito bem os prejuízos que eleitoralmente podem causar aos candidatos através de veiculações que faltam com a verdade dos fatos.

¹³ Lembrar que a Lei Complementar 135/2010 que alterou o Estatuto das Inelegibilidades, a Lei Complementar 64/1990, institui 8 (oito) anos de inelegibilidade aos apenados, o que podemos considerar, na maior parte dos casos, como uma MORTE na Política.

Essas notícias falaciosas, vale-se dizer, divorciadas e distintas do direito constitucional à liberdade de expressão, tornam-se agravadas quando o momento da ofensa se dá no período eleitoral, trazendo prejuízos acentuados ao candidato, ao macular sua imagem com uma notícia mentirosa, perante seus eleitores.

Não se trata de sustentar limitação à liberdade de informação, nem tampouco ao direito constitucional de crítica. Os políticos experientes que sabem e são cômicos das regras do jogo democrático, suportam com resignação e autocontrole pessoal os dissabores advindos da vida pública e das disputas eleitorais. Mas, o presente artigo se foca nos casos em que não estamos diante de subjetividades e de exercício democrático de liberdade de expressão e direito constitucional de crítica.

São incidentes, cada vez mais presentes em nossa sociedade, que podem ser configurados como um dos casos em que pode se limitar a liberdade de informação, pois revelam a veiculação de notícia **INVERÍDICA**.

A imprensa tem alcançado uma autonomia muito grande na sociedade contemporânea, passando a exercer um verdadeiro poder social. A imprensa moderna se transformou em um verdadeiro poder social, muitas vezes fazendo do cidadão não um destinatário, mas um refém da informação, *tornando necessário defender não só a liberdade da imprensa, mas também a liberdade face à imprensa.*

O chamado “quarto poder”, para parafrasear **NORBERTO BOBBIO**, em sua obra *Dicionário de política*, é constituído pelos meios de informação que desempenham uma função determinante para a *política da opinião pública* e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário.

Assim, quando um cidadão aciona o Poder Judiciário pela veiculação de uma notícia mentirosa, *não se instalará uma demanda envolvendo a liberdade de imprensa e sim na jurisdição dos direitos civis.*

De um lado, a sociedade sente a necessidade de ter uma imprensa digna, precisa, honesta, clara e objetiva e, de outro lado, é possível constatar alguns “donos da imprensa” preocupados apenas em **AUFERIR LUCROS** e **CAUSAR SENSACIONALISMO**, no caso **SENSACIONALISMO ELEITORAL**, confundindo a *liberdade de imprensa*, protegida

constitucionalmente, com a “liberdade de impressão”, isto é, a possibilidade de publicar tudo aquilo que é interessante para eles, seja no aspecto político, mas principalmente no aspecto econômico.

A liberdade de imprensa não pode se sobrepor ao DIREITO À INFORMAÇÃO VERÍDICA, pois há limitação clara e expressa no próprio texto constitucional e *insistir na afirmação de que a imprensa é plenamente livre, sem exceções, seria uma violência ao próprio Estado de Direito*, que concebe de forma clara as liberdades.

Para averiguarmos se a liberdade de imprensa é exercida de forma abusiva ou não, convém analisar alguns critérios paradigmáticos, como os estabelecidos em diversos votos da lavra da Exma. Ministra **NANCY ANDRIGHI**:

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública.

VITAL MOREIRA, em obra monográfica (Vital Moreira. O Direito de Resposta na Comunicação Social, item n. 2.6, 1994, Coimbra: Coimbra Editora. P. 24/32), expõe as diversas concepções que buscam justificar, doutrinária e dogmaticamente, o direito de resposta, advertindo, no entanto, sobre a insuficiência de uma “explicação unifuncional”, por vislumbrar, no direito de resposta, uma pluralidade de funções, por ele assim identificadas: (a) o direito de resposta como “defesa dos direitos de personalidade”, (b) o direito de resposta como “direito individual de expressão e de opinião”, (c) o direito de resposta como “instrumento de pluralismo informativo”, (d) o direito de resposta como “dever de verdade da imprensa” e, finalmente, (e) o direito de resposta como “uma forma de sanção ‘sui generis’, ou de indenização em espécie”.

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 14, perfaz-se como um instrumento que reconhece, a qualquer pessoa que se considere afetada por meio de informação inexata ou ofensiva veiculada pela imprensa, o direito de resposta e de retificação:

Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta:

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Mas, ao revés, os meios de comunicação, em sua significativa parcela, não concedem espaço isonômico, *mas sim criam e destroem carreiras públicas das pessoas que participam do universo político*, falseando, omitindo, distorcendo informações.

Nesse sentido, vale a lembrança da figura do **HOMO SACER**, desenvolvido na obra de **GIORGIO AGAMBEN**, uma enigmática figura trazida do direito criminal romano arcaico, que era *um ser humano que podia ser morto por qualquer um impunemente, mas que não devia ser sacrificado segundo as normas prescritas pelo rito*.

Traçando correlações de tal figura com os párias da Política, chegamos à conclusão que os desafetos dos meios de comunicação podem, na sociedade atual, serem destruídos tanto moral como politicamente, achincalhados pela imprensa e pela televisão, sem possibilidade de defesa equânime e adequada e, por fim, julgados além dos limites do “estado de exceção”, conforme a tese enunciada por **GÜNTHER JAKOBS**, doutrinador alemão que a sustenta com base em políticas públicas de combate à criminalidade interna e/ou internacional. Nos alinhamos com a CRÍTICA a essa teoria, hoje muito presenciada no comportamento de muitos membros do Poder Judiciário Brasileiro, com esteio nas teses de **RAÚL ZAFFARONI** no sentido de que *a admissão jurídica do conceito de inimigo no Direito sempre foi lógica e historicamente o primeiro sintoma de destruição autoritária do Estado de Direito*.

Nesse contexto, deve-se exigir do magistrado, sobretudo o penal e o eleitoral, extrema cautela no exame das questões relacionadas à "judicialização da política". O povo elege o governante e o governante governa. Se governa mal, o povo, em eleições democráticas periódicas, removerá (ou não) o governante que lhe desagrade. Trata-se de paulatino processo de educação política.

Aos magistrados apenas se reserva, quando provocados, o papel de fazer cumprir a Constituição e as leis, respeitando os postulados da governança democrática, e, se necessário, aplicar sanções aos que violarem os princípios da boa administração pública, pois o Poder

Judiciário não pode servir de instrumento para o exercício arbitrário e ilegítimo do poder político por quem não foi eleito.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. Introdução à Ciência Política, Rio de Janeiro, Globo, 1999, 12ª edição.

BARROSO, Luís Roberto. Direito e Política: a Tênu Fronteira, 2012.

BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 268, apud Joseph William Singer, The player and the cards: nihilism and legal theory in Yale Law Journal.

BASTOS, Celso Ribeiro, Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Editora Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. separata da Revista de Informação Legislativa de Brasília, nº 96/87.

BATISTA, Vera Malaguti (org). “Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal”. IN: BATISTA, Nilo. “Merci, Loïc”, p.226. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012, 2ª edição, setembro de 2012

BATISTA, Nilo. em “Mídia e Sistema Penal”, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002

BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoria de Derecho, org. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres Ed., 1980, “Formalismo Juridico e Formalismo Etico”.

GARAPON, Antoine. “O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas”, tradução brasileira, São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

LUÑO, Antônio E. Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid, 2.a ed. 2005

MOREIRA, Vital. O Direito de Resposta na Comunicação Social, item n. 2.6, Coimbra: Coimbra Editora. 1994.

PORTINARO, Pier Paolo. “Para além do Estado de Direito: tirania dos juizes ou anarquia dos advogados”, in Pietro Costa e Daniel Zolo (Org), O Estado de Direito, História, teoria, Crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica”, apud Konrad Hesse, Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

TEIXEIRA, Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WARAT, Luís Alberto. A produção crítica do saber jurídico, 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995.