

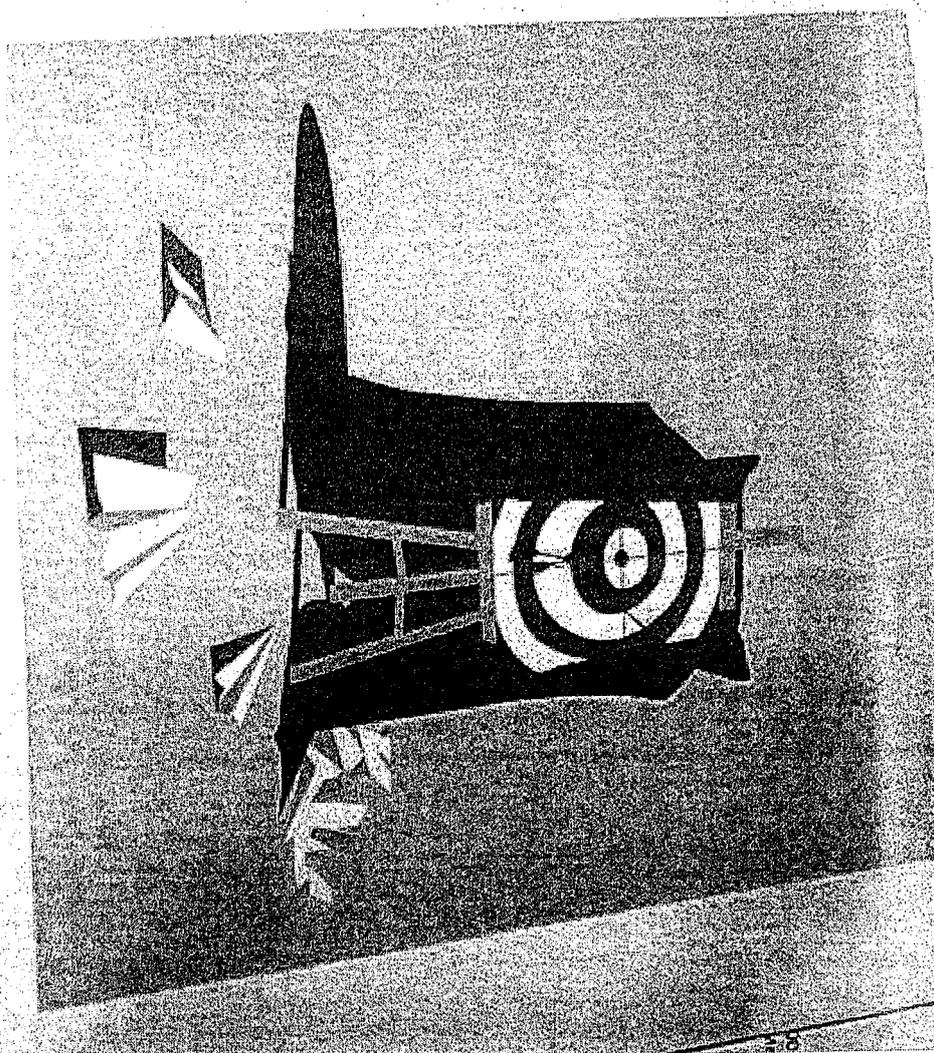
OS
PARADOXOS
DA
JUSTIÇA

MARCELO
SOMMER

JUDICIÁRIO
E
POLÍTICA
NO
BRASIL

A COMIDA DO ASILO

CAPÍTULO I



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS SOCIAIS
RUA MARQUÊS DE SÃO CARLOS, 1007/1008
CAMPUS MARacanã, 20131-900
RIO DE JANEIRO, RJ
1007/1008
1007/1008

Não é fácil lembrar-se de um período em que a credibilidade do Judiciário estivesse tão arranhada quanto agora. A falta de confiança generalizada e uma avaliação negativa de forma assim persistente. Paradoxalmente, todavia, vivemos um dos momentos de maior demanda à Justiça, seja pelo extraordinário volume de ações que ingressam diariamente, seja pela competência cada vez mais ampliada dos pedidos, levando a judicialização ao patamar *nunca antes na história* – a começar pela própria incumbência de substituir nada menos do que o eleitor. Essa injustada contradição lembra a historieta que Woody Allen conta em *Noivo Neurótico, Noiva Nervosa* (Annie Hall, 1977), sobre duas idosas residentes em um asilo. A primeira diz algo como: *nessa, é muito ruim a comida daqui não é mesmo?* A outra responde: *e o pior é que é pouca...*

Medida, entre outros, pelo ICJ, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, o percentual de confiança no Judiciário, que orbitou em 30% a 40% entre 2010 e 2015, atingiu na última mensuração, em 2017, o patamar de apenas 24%.¹ Não faltam pesquisas com resultados similares. A pesquisa da CNT/MDA, por exemplo, divulgada em 2018 aponta que 52,8% consideram o Poder Judiciário pouco confiável; 36,5% nada confiável; e apenas 6,4% muito confiável.² Mesmo pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros, não chega a resultados lá muito positivos: entre pessoas fora do mundo jurídico, 76% avaliam seu desempenho entre regular, ruim e péssimo.³

Do outro lado da equação, a litigiosidade brasileira alcança níveis também alarmantes.

¹ "Relatório ICJ Brasil", *FVG Direito SG 2017*. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sen_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 jun. 2021.

² "Maioria dos brasileiros avalia de forma negativa atuação da Justiça no Brasil", *Agência CNT Transporte Brasil*, 2018. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/majoria-dos-brasileiros-avalia-forma-negativa-atuacao-justica-brasil>. Acesso em: 14 jun. 2021.

³ "Estado da Imagem do Judiciário Brasileiro AMB-IPESPE", 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ESTUDO-DA-IMAGEM-DO-JUDICIARIO-CESGIRIO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

Ao final de 2018, o Conselho Nacional de Justiça contabilizou um volume de algo em torno de 80 milhões de processos tramitando pelas diversas áreas e instâncias do Judiciário. E assim comemorava-se uma redução de pouco mais de 1% em relação ao ano anterior, devido, em certa parte, ao aumento de produtividade dos juizes. Mais de vinte e oito milhões de processos haviam ingressado no ano que se encerrava, patamar que tem sofrido poucas alterações ao longo do tempo.⁴

Se os brasileiros desconfiam tanto assim da Justiça, por que a procuram cada vez mais?

Pode-se dizer que a desconfiança tem um viés muito subjetivo, uma impressão, em certa medida relacionada com a própria forma crítica como a mídia encara a Justiça – ou, de acordo com determinada decisão que se tornou muito conhecida; enquanto a necessidade de litigar não admite, via de regra, alternativas com igual eficácia. Isso significaria dizer que, mesmo não confiado, o brasileiro não tem outra forma de disputar seus direitos e, portanto, vai à Justiça.

Mas não é bem assim.

A amplitude do acesso à justiça tem mostrado que a via judicial passou a ser a preferida, mesmo antes de serem acionadas outras tentativas de solução de conflito. Os juizados especiais, por exemplo, representam, em grande medida, uma alternativa menos desgastante do que os serviços de atendimento ao consumidor das empresas. Muitas vezes acaba sendo mais fácil e menos sofrido entrar no Juizado para reclamar direitos do consumidor do que insistir nas ligações aos SACs. O Judiciário acaba servindo a este fim, inclusive para a economia das próprias empresas, que se permitem manter com um número menor de funcionários. O espaço que se abriu à justiça do consumidor revela que o Judiciário, faz tempo, deixou de ser a última opção.

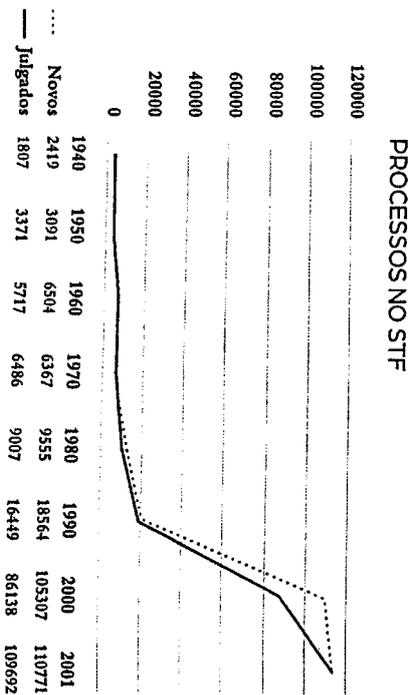
Mas não é só.

O Judiciário está sendo acionado não apenas antes de ser a última alternativa, mas em situações que, tradicionalmente, nem sequer seria uma alternativa. A judicialização de um sem-número de conflitos está

expandindo ainda mais rápido do que o odômetro do Judiciário: as demandas distintas estão ampliando as próprias competências do poder. De pedidos de aquisição de medicamentos de alto custo ao questionamento das votações no Congresso pelos partidos derrotados, um vasto campo que medeia a administração e a política tem se descortinado diante dos juizes. E, dado ao tradicional princípio da inércia – ou seja, o Judiciário só age quando provocado –, isso ocorre por obra e graça daqueles que estão se sentindo ainda mais frustrados com a ação dos demais poderes.

Há uma longa trajetória para compreender este movimento. O primeiro passo para entender por que a litigiosidade supera a desconfiança é esmiuçar a vastidão destes números, cuja ordem de grandeza se altera, sobretudo, na década posterior à promulgação da Constituição Federal em 1988. O salto foi considerável e dele, até o momento, ainda não conseguimos nos recuperar.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, teve a seguinte escalada de ações, no correr das décadas:



Contabilizando o Judiciário como um todo, o registro é similar. Em 1990, houve um ingresso de 3.617.064 novos processos; doze anos depois, o volume de entrada tinha quase multiplicado por três: 9.764.616. Um acréscimo de 270% para um crescimento populacional de não mais do que 20%, no mesmo período. Como resume Maria

⁴ “Justiça em Números”, Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/vwp-content/uploads/content/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 14 jun. 2021.

Tereza Sadek, pesquisadora do Poder Judiciário e uma das cronistas da Reforma de 2004: “*mas-se de um cenário público com extraordinária praxia*”.⁵

E, de fato, há evidências seguras de que essa procura se tornou extraordinária, após a Constituição de 1988, com o desenhio do Estado Democrático de Direito que balizou o retorno gradual à institucionalização. Bem gradual, no caso. Depois de vinte e um anos de ditadura, o país ainda demoraria mais quatro para poder escolher diretamente seu presidente.

A criação de novos instrumentos pela Constituição Cidadã, o fortalecimento e capacitação de personagens-chaves, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, à parte o resgate da independência e prerrogativas do próprio Judiciário, certamente influenciaram nesse estrondo de procura. Como também são relevantes a descompressão do autoritarismo, a liberalização da política partidária, o fim da censura e a ampliação da liberdade sindical. A Constituição viria a reconhecer uma pleiade de direitos típicos de um Estado Democrático e Social, como a obrigação de prover saúde, educação, atendimento à família.⁶ Tudo em nome do resgate de uma desigualdade social expressiva, marca do país com a mais longa escravidão moderna, desigualdade que só aumentou nos anos de chumbo, quando o governo dizia esperar o bolo crescer para ser dividido.

Sérgio Adorno elabora em *Os aprendizados do poder* o retrato dos movimentos que culminaram na descolonização brasileira, e explica por que um liberalismo de fachada acabou servindo como ponte entre as elites, e expeliu dele a questão democrática, desde quando começaram como país.⁷ 1988 prometia ser um resgate do modelo democrático, ou

ao menos um esboço de sua instauração: a dignidade humana ganhou o patamar de compromisso da República e a redução de desigualdades transpôs a linha de plataforma política para a de obrigação de Estado. A construção de nosso *welfare state* parecia estar finalmente iniciando, no contraditório momento em que o neoliberalismo se fazia hegemônico no centro do poder mundial.

A Constituição não deixou o país ingovernável, como praguejava José Sarney, o então presidente da República que nela lutou, sobretudo, pela extensão de seu próprio mandato. O que torna o país ingovernável é a desigualdade que a Constituição, com todos os louvores de que é merecedora, não foi capaz de esparcar.

É inegável, portanto, que a nova Constituição teve um impacto significativo na ampliação geométrica das lides, o aumento de demanda que também se relacionava com a confiança crescente nas instituições, típica de um processo de redemocratização. A transição para a democracia projetou o Judiciário como um de seus principais atores, inclusive assinalando a inafastabilidade da jurisdição a quem quer que tenha sofrido lesão ou ameaça a direito – vacina contra instrumentos draconianos, como o AI-5, que expressamente excluiu da apreciação dos juízes os atos assinados pelos militares.

“A Constituição escancarou as portas do Judiciário”, afirmou o ministro Enrique Lewandowski,⁸ em relação à possibilidade de acesso ao próprio Supremo Tribunal Federal, fortemente ampliada pelo espraçamento da legitimidade ativa para propor diversas medidas, como por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade.⁹ Fato é que ela não escancarou o

5 SADEK, Maria Tereza. “Judiciário: mudanças e reformas”. In: *Revisão de Estudos Avançados*, vol. 18, n. 51, 2004, p. 87.

6 “Com a reconquista das liberdades democráticas, o cidadão percebeu que tinha direitos contra o Estado. A demanda judicial passou a ser vista enquanto expressão da cidadania”. CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar Dias. “O Judiciário brasileiro às portas do Terceiro Milênio”. In: MESSUTI, Ana; SAMPEIRO ARRUBA, Julio Andrés. *La Administración de Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 50.

7 “(...) a cisão entre princípios liberais e princípios democráticos, sistematicamente reatualizada pelo jogo entre duas opções políticas antagônicas - o radicalismo e o conservadorismo - manifestou-se desde as lutas pela independência do país, ganhou corpo nos movimentos verificados do Nordeste ao Sul do Brasil, ao longo de quase sete décadas

de vida monárquica, e encontrou seu ponto de convergência e apoio na ação do Estado. Progressivamente, as forças populares foram expuldas do âmbito institucional e foram silenciadas as reivindicações verdadeiramente democráticas. Em contrapartida, a luta pelas liberdades se sobrepôs e mesmo obscureceu a luta pela igualdade”. ADORNO, Sérgio. *Os aprendizados do poder. O burocratismo liberal na política brasileira*. São Paulo: Edusp, 2019, p. 28.

8 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”. *Palestra na FCG/Rio no Projeto “Diálogos com o Supremo”*, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/obj/index.php/rtd/article/view/7529/6043>. Acesso em: 14 jun. 2021.

9 Sidney Sanchez outro ex-presidente do STF, chamava a atenção para o número de 500 ADIs nos dois primeiros anos pós-88, enquanto em toda a história, o tribunal houvera recebido pouco mais de mil. SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. “A crise do Judiciário e a visão dos juízes”. *Revista USP*, 21, 1994. Disponível em: <https://>

Judiciário a todos, mas isso veremos mais adiante.

E, a bem da verdade, o Poder acabara de receber novas incumbências, sem ter tido êxito suficiente em se livrar das anteriores, considerando que a própria Constituição também serviu de reforma para o Judiciário, que já antes dela acumulava mais processos que sua capacidade de vazão. Como se viu posteriormente – os dados da Tabela 1 não deixam dúvidas – a escala ia se tornar muito mais impressionante.

Para Flávio Quinaud Pedron, o STF teria sido um dos primeiros a sentir o impacto do crescimento da demanda ao longo da história: já em 1931 passou a fixar um número obrigatório de julgamentos por semana, para fazer frente à pauta, e isso em um tempo em que o número de feitos não atingia a casa dos duzentos.¹⁰ A chamada *Crise de Supremo* norteou, de certa forma, as alterações que se produziram sob a vigência das Constituições posteriores. Em 1934, acrescenta Pedron, acreditou-se que a criação da Justiça Eleitoral, a Justiça Militar e de um mecanismo de solução de conflitos trabalhistas, representassem uma solução para a crise; em 1946, a medida desafogadora teria sido a criação do Tribunal Federal de Recursos (TFR), substituindo o STF na segunda instância de causas contra a União; em 1969, abrindo a possibilidade para que o STF, em seu regimento, pudesse instituir a arguição de relevância da questão federal,¹¹ condicionando para o conhecimento do recurso extraordinário (ao STF), a demonstração de reflexos sociais dos julgamentos. Tal qual o espírito da emenda outorgada pela ditadura, a arguição de relevância seria então prevista para ser decidida em sessão secreta, sem fundamentação e por decisão irrecorrível.

¹⁰ www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/28712. Acesso em: 14 jun. 2021.

¹¹ PEDRON, Flávio Quinaud. “Um olhar reconstrutivo da modernidade e da crise do Judiciário: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?”. *In: Revista do TRT*, vol. 44, n. 74, 2006. Disponível em: https://justaboris.stj.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73836/2006_pedron_flavio_olhar_reconstrutivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 jun. 2021.

¹² PEDRON, Flávio Quinaud. “Um olhar reconstrutivo da modernidade e da crise do Judiciário: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?”. *In: Revista do TRT*, vol. 44, n. 74, 2006, p. 220. Disponível em: https://justaboris.stj.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73836/2006_pedron_flavio_olhar_reconstrutivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 jun. 2021.

Em 1988, a proposta de desafogo do STF viria com a criação do Superior Tribunal de Justiça, a quem estaria afeta a uniformização da legislação federal – deixando o STF com as questões constitucionais. Não houve, como se viu, qualquer impacto na eficiência, considerando que, com uma Constituição analítica e mais extensa, como a transição efetivamente exigia, a limitação à matéria constitucional acabou por não representar propriamente um alívio ao tribunal.

Rejeitaram-se, na Constituinte, propostas de transformação do STF em uma Corte exclusivamente constitucional¹² – fora da linha recursal –, bem ainda a criação de um outro tribunal com este propósito, cuja finalidade, mais do que eficiência, seria a de qualificar o processo de transição. Tal como ocorreu na transição espanhola, que saiu de uma longa ditadura para a redemocratização, os poderes políticos foram fácil e rapidamente trocados, mas o estamento judiciário dependia de uma demorada transição: tratando-se de uma estrutura ainda hierarquizada e, sobretudo, pautada no critério da antiguidade, as cúpulas do poder são justamente aquelas que mais tempo conviveram com os postulados mais tradicionalistas. A solução lá veio por intermédio de um Tribunal Constitucional, composto por membros dos três poderes e fora da jurisdição ordinária, reconhecendo a natureza política, a despeito do caráter jurisdicional da atividade. Como afirma Pablo Pérez Trepms, “*não parecia que o Poder Judiciário existente em 1978 fosse adequado para cumprir essa tarefa de ‘constitucionalização’, diante da composição basicamente ‘junquista’*”.¹³

De fato, como teremos a oportunidade de apreciar mais adiante, esta também é uma questão delicada, a responsabilidade que a Constituição colocou sobre os ombros do Judiciário, em especial o papel de garantidor de direitos, que ainda não foi suficientemente absorvido pela magistratura.

¹² É o caso da proposta formulada pelo jurista Fábio Konder Comparato, a pedido do PT, apresentada no livro *Alfama Brasil – uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. Ademais dos julgamentos originários de crimes atribuídos a autoridades, a competência do tribunal se centraria no julgamento de ações de inconstitucionalidade e recurso extraordinário, quando decisão de outro tribunal declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou tratado.

¹³ PÉREZ TREPMIS, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Fundación Alternativas, 2003, p. 9.

A criação do STJ, como se sabe, em quase nada desafogou o STF, resultando no estabelecimento de uma terceira instância, também submetida a recurso ao Supremo.¹⁴ De outro lado, para a jurisdição geral, a inovação da Constituição foi a criação dos juzizados especiais para julgamentos de causas de menor complexidade. Havia a expectativa de que, com um processo com muito menos formalidades – inclusive a possibilidade de ajuzamento sem advogado – e uma extensa área de conciliação, pudesse haver um desafogo para as causas cíveis.

Deu-se o inverso: o sistema de juzizados recepcionou, na verdade, uma altíssima demanda reprimida, de pessoas que, pelo desconhecimento ou pelo custo, não procuravam o Poder Judiciário para resolver problemas de pequenos valores. O sucesso do sistema foi inequívoco e trouxe, consigo, a ampliação progressiva das demandas – mas não se pode de dizer que, de alguma forma, reduziu o congestionamento ou gargalo das varas comuns.

O crescimento geográfico da demanda nos tribunais pode ser creditado, sobretudo, à reinstitucionalização trazida pela Constituição Federal em 1988, com grande abertura à democratização da sociedade, mas isso seria insuficiente para explicá-lo. Uma sociedade mais complexa, entidades mais estruturadas, informações mais acessíveis, instituições fortalecidas. Ainda assim, há algo de diferente que explicita a contratação que inicia esse capítulo e que é muito bem escrutinada por Antoine Garapon, juiz e cientista político francês, na figura que deu nome ao seu estudo: *O guardião das promessas*.

Em um brevíssimo resumo, na falência dos Estados de bem-estar social e a incapacidade do Poder Executivo de prover os pleitos cada vez mais complexos, a sociedade se volta para o Judiciário, em busca de soluções que o Executivo não consegue dar, e ainda para suprir lacunas de uma crônica crise de representação que esvazia a confiança

no Legislativo. Paulatinamente, os juizes vão ocupando os espaços vazios, e se transformando em *guardiães das promessas* de uma sociedade que, mais tarde, frustrada, os responsabilizará pelos insucessos. Garapon escreve na França nos anos 1990, mas o que relata acerca das mudanças da vida política e judiciária se amoldam muito à situação que hoje vivenciamos. Vejamos:

O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o conteúdo do explosivo e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade.¹⁵

Atentemos para algumas das evidências desta transformação: Essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado;¹⁶ O ativismo judiciário, de que ele é o sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado;¹⁷ O juiz surge como um recurso contra a implosão de sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e diversificação que elas mesmo geraram.¹⁸

Há um misto de messianismo e moralismo na assunção de muitas tarefas pelos juizes, sobretudo a compreensão de que os equívocos das políticas seriam decorrentes de perversões morais dos próprios administradores, e que as providências seriam mesmo melhor adequadas às decisões judiciais. A imprensa é uma importante catalisadora deste sentimento, seja na ampliação e exposição das mazelas dos agentes públicos, seja com a imersão na cultura de espetáculo, da qual a produção de heróis e vilões é uma consequência inseparável. Não à toa, a depreciação do político

¹⁴ André Ramos Tavares elenca as propostas que obstruíram antes da CF acerca da criação do novo Tribunal: “O ministro Carlos Velloso, por exemplo, admitia a instituição de tribunais superiores de direito público, de direito privado e de direito penal (...) ora se o direito eleitoral e o direito do trabalho já têm os seus tribunais de recurso especial, por que não tê-los, também a Justiça Comum, nos seus três campos...”. TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

¹⁵ GARAPON, Antoine. *O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 24.
¹⁶ GARAPON, Antoine. *O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 26.
¹⁷ GARAPON, Antoine. *O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 26.
¹⁸ GARAPON, Antoine. *O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 27.

se dá concomitante à espetacularização do processo; ao mesmo tempo em que esgarçaram direitos fundamentais e a privacidade dos cidadãos, a mídia projeta ao estrelato acusadores e juízes.¹⁹

A bem da verdade, a mudança de campo não favorece especificamente a nenhum dos jogadores, mas produz a sedução de uma nova alternativa para contornar problemas até então insolúveis. Também os movimentos sociais se acomodam a esta lógica, de buscar as brechas da justiça de modo a garantir a realização de algumas políticas públicas que o administrador relega, em face dos privilégios históricos. É justamente a população mais vulnerável que é mais credora de políticas públicas, porque o Estado tradicionalmente dá mais a quem precisa menos. A longo prazo, o resultado leva a disputa a lugares em que a mobilização tem pouca valia e a capacidade de enfrentamento político vai se tornando cada vez menos usual.

Para Tate e Vallinder, autores de uma obra seminal, referência acerca da universalidade da judicialização da política, *The Global Expansion of Judicial Power*, a disseminação desta depende, sobretudo, da ineficiência das instituições majoritárias, por exemplo, reflexo da fragilidade dos partidos ou dos vícios da representatividade; e ainda, da percepção dos gargalos das próprias instituições, como a paralisação do Congresso, pela disputa partidária, e a reputação de probidade da justiça.²⁰ A ansiedade de buscar um caminho potencialmente mais rápido ou com menos enfrentamento não é animadora a longo prazo, seja pela atrofia dos meios políticos, seja pela supervalorização dos meios judiciais, e a contaminação que o resultado produz, respectivamente, a seus integrantes. Voltaremos a essa questão, depois de examinar com um pouco mais de cautela as diversas mudanças no Judiciário brasileiro que contribuíram para aguçá-lo o arcabouço desta judicialização.

¹⁹ GABARDON, Antoine; SALAS, Dennis. *La République pénalisée*. Os autores atentam para uma questão que caminha ao lado da judicialização da política, que é a crise como epicentro da sociedade, tema também caro a Jonathan Simon, em *Judging Thought Crime*. Simon relata a mudança da sociedade norte-americana (e a consequente depreciação de sua democracia) pela interação institucional nas questões criminais, e aponta o Ministério Público como a instituição que mais se expande neste campo.

²⁰ Especialmente nos textos “Where the courts go next” e “Judging Vallinder, e “Why the Expansion of Judicial Power”, de Neal Tate.

1.1 Reformando o Judiciário

Da Reforma de 2004, pode-se dizer que foi longa, sobretudo em tempos de transição. Entre a primeira proposta de emenda constitucional que serviu de trilha para a discussão e a sua promulgação se passaram nada menos do que doze anos. A proposta original do Deputado Hélio Bicudo (PT-SP) tinha como objetivo a vinculação maior do juiz à comunidade e condicionamento de suas promoções a um conselho do qual fizessem parte promotor e advogado²¹ – quase nada dela, todavia, seria aproveitada. A reforma tal qual encampada pelos governos sucessivos, primeiro FHC e, em seguida, Lula, continha um conjunto de propostas distintas, contribuições que vieram dos vários setores do mundo jurídico – mais centrada na verticalização do poder, do que propriamente em uma permeabilidade “comunitária”.

Processo bem diferente da reforma anterior, forjada em 1977 pelo general Ernesto Geisel – sem votos, como convém a uma ditadura. A impossibilidade de votar a Reforma do Judiciário no Congresso, ante a oposição do MDB – que exigia que se discutisse, junto, a revogação

²¹ A despeito de uma proposta aparentemente progressista, a exposição de motivos de Hélio Bicudo continha algumas afirmações no mínimo discutíveis, para um líder petista em 1992: “(...) a situação presente decorre da defasagem entre o conservadorismo tão típico das classes jurídicas e o ímpeto desenvolvimentista que se espalhou pelo resto da vida do país desde a revolução de 1964”. Nem tanto pela crítica ao conservadorismo, quanto pela celebração do ímpeto desenvolvimentista que, infelizmente (parece ser a conclusão), não chegou ao Poder: “Por um desses absurdos inerentes a todo processo revolucionário, o Judiciário foi o único dos poderes do Estado que manteve uma estrutura praticamente inalterada; enquanto o Legislativo e o Executivo foram modificados – e, diga-se de passagem, nem sempre de maneira feliz, o Judiciário foi esquecido”. De todo o modo, não é preciso muito para entender por que não foram necessárias grandes mudanças no Judiciário, com a chegada da ditadura – Ingo Müller, relatando a história “Os juristas do Horror, explica como os magistrados alienados tiveram muito mais dificuldade em conviver com a República de Weimar do que propriamente com o nazismo, a quem saudaram logo de cara, em 1933. Também Zaffaroni: “A Revolução bolchevique e a fragilidade de Weimar ameaçaram a paz burocrática dos juízes e, sobretudo, a seus preconceitos classistas, os dispôs contra a república. A benignidade da justiça penal, não só em relação ao processo contra Hitler e seus cúmplices, mas também em relação aos *Penal Nazista*, Florianópolis: Trant lo Blanch, 2019, p. 81.

do AI-5 e a volta das garantias da magistratura²² –, foi o pretexto para o Pacote de Abril. Foram duas semanas de Congresso fechado, com aprovação *manu militari* de alterações constitucionais pelo Executivo, com destaque a mudanças no processo eleitoral, com o objetivo de impedir, ou ao menos amenizar, a derrota do partido do governo (ARENA) no pleito que se avizinhava. Com esse propósito, foram criados os cargos de senadores bionicos – indicados por um colégio eleitoral nos Estados, a ARENA ganhou 21 das 22 vagas –, a sublegenda ao Senado, para acomodar as múltiplas candidaturas oficiais e realizada a alteração da distribuição das cadeiras na Câmara dos Deputados, de modo a comprimir a proporcionalidade e valorizar os menores Estados, onde o partido do governo tinha mais penetração. Ampliou-se, ainda, o mandato presidencial, que era fruto de eleição indireta, portanto, sob controle do regime, e reduziu-se o quórum de emenda constitucional, viabilizando mudanças com maiorias menos amplas.

É o caso de observar que foi justamente com esse Congresso formatado ilegítimamente para dar sobrevida à ditadura que se votou a Lei da Anistia, em 1979 –em um movimento politicamente controlado para impedir punições futuras, e muitas vezes mal compreendido como fruto de um acordo político. Voltaremos ao tema mais adiante. Para o momento, importa traçar algumas linhas sobre a influência central no Judiciário do Pacote de Abril, recuperando, aliás, temas que viriam mais adiante a tomar corpo no processo de 2004.

A proposta de Reforma do Judiciário nasceu de um pedido de Geisel, para que o STF fizesse um diagnóstico dos problemas da Justiça e sugestões para mudanças. Mas, como relata Andréi Koerner, a participação do Tribunal não foi apenas técnica:

22 Garantias, aliás, invalidadas pelo art. 6º, do AI-5: “Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo”. Tancredo Neves, respondendo ao líder do governo Bonifácio de Andrada, os motivos pelos quais a oposição se opunha aos termos da reforma, que se dirigia a questões menores: “Quem ofende a justiça são aqueles que lhe negam e retiram as suas garantias constitucionais. Poder Judiciário, sem vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de seus membros deixa de ser Poder e se transforma em serviço público”. MARKUN, Paulo. *Fatal Alto sobre as Diretas*. Brasília. *Rememorante 2*. São Paulo: Bemvinda, 2014, p. 199.

(...) o STF atua como coadjuvante do governo em todos os momentos do processo. Os ministros combinam com o governo a encenação do lançamento da reforma, executam o roteiro de preparação do diagnóstico, participam da comissão interministerial que elabora o projeto de reforma e defendem-no em manifestações públicas de diversos tipos, bem como em pressões sobre os parlamentares.²³

O objetivo do governo, continua Koerner, era chegar a uma democracia tutelada – e aqui residia a divergência da oposição, que pretendia aproveitar a oportunidade para regressar ao Estado de Direito, a começar pela revogação dos atos institucionais. De outro lado, a reforma judiciária se impunha como relevante, porque envolvia questões de organização e de procedimento e poderia se tornar etapa preliminar para o diálogo com a oposição – antes das reformas institucionais que o regime pretendia fazer sem perder o controle político.

Embora o panorama geral fosse a promessa de melhoria da eficiência dos sistemas de justiça, sobretudo em relação à chamada *Crise do STF* – a ênfase no projeto, que restou apoiado, fundamentalmente, pelos membros do próprio Supremo, com reações contrárias no meio jurídico, estava baseado, segundo bem delineou Koerner, na:

(...) centralização dos poderes no STF e a maior discricionariedade das suas decisões, com a restrição do acesso ao controle difuso de constitucionalidade por meio do requisito de relevância da questão federal para o recurso extraordinário, a advocatória e a representação para interpretação de lei em tese. Dada a vigência da legislação de exceção, essas reformas significavam que o tribunal asseguraria a validade dos atos governamentais, suprimindo o debate no âmbito judicial, ao mesmo tempo em que bloquearia leis do Congresso ou iniciativas de governos estaduais.²⁴

23 KOERNER, Andréi. “Um Supremo coadjuvante: a reforma judiciária da ditadura do pacote de Abril de 1977”. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, vol. 37, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n1/1980-5403-nec-37-01-81.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

24 KOERNER, Andréi. “Um Supremo coadjuvante: a reforma judiciária da ditadura do pacote de Abril de 1977”. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, vol. 37, n. 1, 2018. Disponível em:

O Pacote teve uma função estruturante, resultando, como sua principal consequência, um esforço de nacionalização da carreira, constitucionalizando atributos que até então eram regidos por leis estaduais, e abrindo caminho para a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), que viria logo depois, em 1979. Solidificou, por assim dizer, regras que teriam enorme dificuldade de ser alteradas posteriormente. Até hoje a Lei Orgânica da Magistratura mantém-se intacta, porque sua alteração depende de proposta a ser enviada ao Legislativo exclusivamente pelo próprio STF, que resiste em fazê-la há mais de 30 anos.

A Emenda 7/77 (Pacote de Abril) instituiu uma fissura na vitaliciedade, ao inserir a regra do estágio probatório, antes do qual o atributo não era aplicável aos juízes de primeira instância. Mas seria a LOMAN que disciplinaria de uma forma bem rígida a sobreposição da antiguidade sobre o exercício do poder, numa réplica da disciplina militar. A impossibilidade de que juízes de primeiro grau tomassem parte nas eleições internas permanece até os dias de hoje, em especial pelas omissões das reformas posteriores, já no âmbito da democracia, sinal inequívoco que, no que respeita à democratização interna, as diferenças não se mostram muito relevantes. O poder normativo da LOMAN, um entulho autoritário de grande longevidade, resistiu mais fortemente do que as próprias normas constitucionais, que seriam alteradas algumas vezes depois (1988 e 2004).

Se a função do Pacote de Abril no âmbito eleitoral foi a de retardar o retorno à democracia,²⁵ no âmbito do Judiciário isso significou praticamente impedi-lo. A carreira foi exaustivamente organizada, com mais regras de âmbito nacional e, com estas, a hierarquização acabou por se tornar um elemento distintivo. Os reflexos dessa hierarquização, enfim, seriam mais sentidos justamente após a Constituição de 1988, quando a contradição entre o aparelhamento de instrumentos próprios para a defesa dos direitos humanos, e a incapacidade judicial de utilizá-los, viria

à tona. Em grande medida, o desestímulo do novo, a perseguição ao diferente, a incompreensão de outros paradigmas, faz da jurisprudência um grilhão aos juízes. Quanto maior o senso de hierarquia e disciplina, menor a capacidade de decidir de forma independente e, por isso mesmo, imparcial.

Com maestria, Zaffaroni nos ensinaria o porque uma carreira como o Judiciário, tão dependente da imparcialidade e, assim, da independência, jamais poderia se traduzir em uma analogia da carreira militar, hierarquizada:

A independência interna somente pode ser garantida dentro de uma estrutura judiciária que reconheça igual dignidade a todos os juízes, admitindo como únicas diferenças aquelas derivadas da diversidade de competência. Este modelo horizontal constitui justamente a estrutura oposta à verticalizada bonapartista, cuja expressão máxima foi a judicatura fascista. Deve-se logo dizer que o modelo fascista foi amplamente superado por alguns dispartes originais latino-americanos.²⁶

Entre os pontos essenciais do Pacote de Abril, que indicavam elementos de nacionalização da carreira, e assim o aprofundamento de sua verticalização, encontram-se ainda a criação da advocatória – pelo qual o STF poderia antecipar sua jurisdição, se assim provocado –, a constitucionalização da arguição de relevância – como trava ao recurso extraordinário – e a criação do Conselho Nacional da Magistratura, propostas que violariam, com uma embalagem um pouco recidada, na Reforma do Judiciário em 2004.²⁸

²⁵ <https://www.scielo.br/pdf/mec/v37n1/1980-5403-mec-37-01-81.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

²⁶ Para reduzir a influência de debates e da propaganda eleitoral que havia vitimizado a campanha oposicionista, viria um ano antes a Lei Falcão (Lei 6.399/76), previsto que: “na propaganda, os partidos limitar-se-ão a mencionar a legenda, o currículo e o número do registro dos candidatos na Justiça Eleitoral, bem como a divulgar, pela televisão, suas fotografias, podendo, ainda, anunciar o horário local dos comícios”. Falcão referia-se ao idealizador da lei, o então ministro da Justiça Armando Falcão.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Actos e Desastros*. São Paulo: RT, 1995, p. 89.

²⁸ Formado por sete ministros do STF, com competência puramente disciplinar, restrio à aplicação de duas penas: aposentadoria ou disponibilidade.

²⁹ “Comissão de Reforma do Judiciário aprova adoção da advocatória”. *Consultor Jurídico*, 1999. Disponível em: https://www.conjur.com.br/1999-nov-10/deputados_aprovam_adocao_avocadoria. Acesso em: 14 jun. 2021. Ao final, a advocatória acabou excluída do projeto.

A lei orgânica que viria em sua complementação não apenas prescreveu em demasia a antiguidade, como silenciou juízes com proibições draconianas e desnecessárias, como a de colher manifestações sobre decisões de outros juízes. Essa espécie de incorporação de um padrão ético como norma – que foi, sintomaticamente, reproduzida pelo CNJ décadas depois – instaurou uma verdadeira confusão entre preceitos que deveriam garantir a independência – evitar ações que signifiquem pressões a juízes, ainda que partindo de dentro da carreira – para ações que pretendiam, simplesmente, amputar a cidadania. E embora se possa dizer que um desrespeito sem tamanho à liberdade de expressão jamais poderia ter sido recepcionado pela Constituição que veio a seguir, o STF nunca reconheceu a incompatibilidade destas proibições com a ordem constitucional.

Ainda assim, com toda a construção de uma jurisprudência defensiva, e a instituição da arguição de relevância, trava para recursos extraordinários, de fundamentação oculta, como incumbia a um Judiciário na ditadura, não se impediu a permanência do gargalo no STF, tanto que a Constituição que nasce em 1988 foi tentar resolvê-la com a criação de outro tribunal superior.

Por outro lado, a LOMAN estende e cristaliza o direito dos magistrados a sessenta dias de férias, que havia sido consignado aos juízes federais, com a Lei 5.010/66 – que organizava a Justiça recriada pelo AI-2. Férias especiais que se mantêm até os dias atuais, além de uma pleiade de gratificações (ajuda de custo para moradia, ajuda para transporte e mudança, diárias, verbas de representação etc.).

Uma carreira encastelada entre benefícios e restrições foi o legado que a estrutura da ditadura deixou aos magistrados: no âmbito jurídico, a aposta na atomização das demandas, cujo resultado, ao longo dos anos, não poderia ser diferente do que foi: milhões de processos repetidos, cujo equacionamento inviável resiste a quaisquer mudanças organizacionais dos novos tempos.

Como já vimos, os gargalos deixados pelo Judiciário da ditadura somente foram aguçados com a redemocratização, justamente pelo maior incentivo ao ajuntamento de ações, maior liberdade sindical e de imprensa, e fortalecimento institucional de todos os atores envolvidos – o que levou a concluir que, passados alguns anos da Constituição, o

impacto dos novos e pujantes números viriam com toda a força, como vimos nas estatísticas dos anos 1990).

Embora a proposta de Reforma do Judiciário tenha pego carona no projeto de emenda constitucional do deputado Hélio Bicudo, é importante constatar que o primeiro esboço de como ela efetivamente se configuraria, seria feito pouco depois, no processo de revisão constitucional, pelo então relator, deputado Nelson Jobim, que mais adiante se tornaria ministro da Justiça do governo FHC.

Como apontam Sadek e Arantes,

(...) muito pouco do projeto original (de Bicudo) remanesceu ao longo das sucessivas versões discutidas e votadas na Câmara dos Deputados. A rigor, o primitivo ponto de inflexão desse processo pode ser localizado na tentativa de revisão constitucional de 1993-94, quando o então deputado e relator Nelson Jobim (PMDB-RS) ampliou o debate sobre a crise do Judiciário.²⁹

A Revisão Constitucional, prevista pelo art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não desperçou o interesse esperado, por vários motivos. Chegou em meio a uma crise política, logo após a cassação e renúncia de parlamentares, pouco depois do impeachment do primeiro presidente eleito após a redemocratização. Ao final, aprovaram-se, poucas emendas sem grande repercussão, de cujo movimento trataremos adiante.

Como assinavam Sadek e Arantes, apesar disso, Nelson Jobim incendiou o debate, quando propôs a criação das súmulas de efeito vinculante dos tribunais superiores, bem como de novas formas de controle e responsabilização da atividade dos magistrados, debate este que ressurgiria a partir de 1995, com a instalação de uma Comissão Especial na Câmara para analisar, em tese, a proposta de Bicudo (PEC 96/92).

²⁹ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Barros. “A crise do Judiciário e a visão dos juízes”. *Revista USP*, 21, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/26712>. Acesso em: 14 jun. 2021.

Pressões pela Reforma do Judiciário foram recorrentes ao longo da vigência da Constituição de 1988, ainda que por motivos nem sempre convergentes. Como os gargalos da crise anterior não haviam sido resolvidos e a explosão de litigiosidade deixou o sistema de justiça entupido, sem que houvesse quaisquer mecanismos de gestão que efetivamente confrontassem, por exemplo, a permanência de práticas tradicionais, como o repressamento de julgamento de recursos em tribunais, uma certa sensação de insatisfação pela *Justiça que tarda*, foi recorrente. Mas a nova configuração política da Justiça também atraiu críticas de lado a lado.

A expectativa de ampla democratização foi uma frustração para o reclamo dos setores progressistas, sobretudo acerca do invocado elitismo do Judiciário, que as normas constitucionais por si só não teriam sido suficientes para debelar. A redemocratização tinha no Judiciário seu campo mais hostil, com menor permeabilidade a mudanças, inclusive pelo formato mais tradicionalista. E ainda a circunstância, diversa dos demais poderes, de não haver qualquer alternância de poder, que não a antiguidade: O Judiciário continuaria intacto – e some-se a isto a persistência do recrutamento classista para seus quadros, sobretudo pelos concursos teóricos, dirigidos em regra pelos próprios membros do poder, tendendo à sua autorreprodução, pela seletividade da propalada meritocracia, em face do conhecido e profundo desnível educacional.

À esquerda, falava-se em controle externo do Judiciário como elemento de contraposição ao padrão conservador e de elite que se enxergava no poder, na promiscuidade com poderosos e na enorme distância para com os vulneráveis. Acrecia esse mal-estar à ideia de que a desigualdade para os designais, quase sempre se dirigia a estabelecer facilidades aos que delas menos precisavam, como o foro privilegiado, que mantinha tanto políticos quanto altos servidores, juízes ali incluídos, relativamente inacessíveis.

De outro lado, o reclamo dos setores mais conservadores da política partidária de que o Judiciário, a partir de uma nova hermenêutica constitucional, paulatinamente se libertava da clausura do positivismo. Também pela crescente judicialização das políticas públicas e da atividade institucional do Ministério Público, era inenxorável que os juízes começassem a decidir questões sensíveis à vida política, transformando-se, assim, em atores de maior presença e menor controle,

fragilizando, portanto, a previsibilidade no jogo político. À direita, a ideia do controle externo era também recorrente, sobretudo, para tolher os tímidos avanços sociais da magistratura ou a interferência exagerada nas disputas partidárias.

Havia, portanto, duas crises correlatas buscando soluções: a crise de desempenho e a crise de legitimidade. Mas, ainda que houvesse pleitos da esquerda e da direita por alterações, além de um conjunto de interesses corporativos, dos juízes e carreiras coníguas, a reforma só iria se corporificar em uma proposta consistente, a partir de sua compreensão como uma das reformas de Estado, como outras que haviam sido propostas na mesma presidência de FHC: reforma administrativa, reforma patrimonial e reforma previdenciária – ou seja, quando o governo assumisse sua articulação e a inserisse em sua pauta neoliberal de redesenho do Estado.³⁰

O ponto central da proposta patrocinada pelo governo FHC é a necessidade de garantir eficiência e previsibilidade para viabilizar a segurança do investimento estrangeiro, que passou a se deslocar fortemente com a globalização.³¹ Mascara da como uma forma de reduzir gargalos ou diminuir lentidão, a proposta tinha como centro o fortalecimento das instâncias superiores e o esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade dos juízes das primeiras instâncias, o

³⁰ Sobre a diversidade de projetos, Fabiano Engelmann: "A proposta de Hélio Bicudo é representativa de um conjunto de posições que aponta na direção da ampliação do acesso à justiça e à democratização do Poder Judiciário. O conteúdo político da proposta de reforma defendida por Bicudo se opõe a outro conjunto relacionado aos movimentos de adequação do sistema judicial às necessidades da organização do mercado econômico", ENGELMANN, Fabiano. "Sentidos políticos da Reforma do Judiciário no Brasil". In: *Direito & Práxis*, vol. 7, n. 12, 2015, p. 404.

³¹ Grazielle Albuquerque: "(...) os anos 2000 abriram espaço para as Reformas de Estado propagadas pelo Banco Mundial, dentre as quais a Reforma do Judiciário estava inserida. O Pacote de Reformas do Estado que começou com o Governo Collor e teve sequência nos Governos FHC e Lula (2003-2010) – no qual se destaca a Reforma da Previdência, em 2003 – não apenas criou condições apropriadas para a promulgação da Emenda nº 45 como também influenciou no seu formato. Isto se refletiu no desenho centralizado de controle das instituições do Sistema de Justiça e na criação de instrumentos que visassem tanto a redução da carga processual como a previsibilidade das decisões". ALBUQUERQUE, Grazielle. "O papel da imprensa na reforma do Judiciário brasileiro". In: *Revista Direito & Práxis*, vol. 6, n. 12, 2015, p. 420.

que vinha provocando impasses em determinadas políticas públicas (concessão de liminares contra privatizações, racionamento de energia, ou planos econômicos).

Essa redução de poder das instâncias inferiores, aliás, já vinha acontecendo mesmo antes da reforma: em 1993, advém a Emenda Constitucional 3, que cria a ação direta de constitucionalidade – possibilitando ao governo que levasse temas diretamente ao STF, evitando o pipocar de ações nas instâncias inferiores³² –, além da tentativa de uma proibição mais direta de concessão de medidas liminares contra a União, também no ano de 1993,³³ no governo Itamar Franco (MP 375).

A regulamentação da ADPF se deu pela Lei 9.882/99, que seria vista, inicialmente, como uma espécie de advocatória – a possibilidade de levar diretamente ao STF temas divergentes nas instâncias inferiores. Curiosamente, foi empregada, sobretudo após a reforma, como um mecanismo para evitar a jurisprudência excessivamente conservadora da justiça nos Estados.

As primeiras propostas da reforma, a partir de 1995, se sustentavam, portanto, no tripé: Súmula vinculante; advocatória e órgão de controle externo, com capacidade de punir quem desrespeitasse as súmulas.³⁴

³² O que gerou um cipocal de críticas de juristas, em face da ação sem réu nem contraditório. Como aponta Laurentis, a ADC acabou sendo o instrumento destinado a cumprir o objetivo inicialmente almejado pela advocatória: obstar o controle difuso de constitucionalidade e reter a proliferação de liminares contra o poder público. Em suas palavras: "(...) uma vez que o tribunal constitucional passe a afetar não só a inconstitucionalidade, mas também a constitucionalidade de leis e atos normativos, ele não será mais um simples órgão de defesa e guarda da Constituição, transformando-se também em uma instância de defesa da lei e do legislador. E, assim, ele deixa de ser um órgão jurisdicional para se transformar em um instrumento de governo." LAURENTIS, Lucra Carli de. "Tenho medo, do medo, do medo da ADC: uma resposta a Breno Magalhães". In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 18, n. 73, 2018, pp. 144-147. Disponível em: <http://www.revistaadec.com/index.php/revistaec/article/view/958/741>. Acesso em: 14 jun. 2021.

³³ Medida Provisória 375, que previa que: "A concessão de medida cautelar ou de liminar contra órgão ou entidade da Administração Pública, bem assim contra ato ou omissão dos respectivos agentes ou administradores, somente será possível após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ou da entidade da administração indireta, que deverá ser pessoalmente notificado para manifestar-se no prazo de sessenta e duas horas." Acabou perdendo a eficácia pelo decurso de prazo.

³⁴ Como aponta Hugo Melo: "Até aqui, não logramos êxito, embora tenhamos reduzido, sobremodo, os efeitos maléficis do instituto (a responsabilização do juiz que decidir

Verdade seja dita, como outros movimentos empreendidos pelo governo no mesmo ano, este também não era tipicamente nacional. Fabiano Engelmann faz referência às *ondas de reformas do Judiciário que varriam diversos países latino-americanos*,³⁵ não havia nenhuma casualidade. Os anos 1990 foram os anos em que o neoliberalismo se espalhou pelo continente e, especificamente, em relação à reforma do Judiciário, o texto-guia do reformador era o Documento 319 do Banco Mundial (1996) com recomendações ao Judiciário da América Latina; a preocupação residia em aumentar o grau de previsibilidade jurídica para estímulo a investimentos:

Estes elementos tomados como um todo foram desenvolvidos para aumentar a eficiência e eficácia do Judiciário – isto é, sua habilidade em solver conflitos de uma maneira previsível, justa e rápida. Um governo eficiente requer o devido funcionamento de suas instituições jurídicas e legais para atingir os objetivos interrelacionais de promover o desenvolvimento do setor privado, estimulando o aperfeiçoamento de todas as instituições societárias e aliviando as injustiças sociais.³⁶

contra a súmula). Na verdade, na concepção original, previa-se a responsabilização do magistrado que julgasse contra o teor da súmula. Tal aspecto foi eliminado". MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. "A Reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, Quadro atual e perspectivas". In: *Revista CEJ Brasília*, n. 21, abr. 2003, p. 83.

³⁵ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. "A Reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, Quadro atual e perspectivas". In: *Revista CEJ Brasília*, n. 21, abr. 2003, p. 85.

³⁶ Com Pedron: "O Documento Técnico n. 319 é o que apresenta o maior nível de detalhamento quanto às propostas e expectativas do Banco Mundial para a reforma dos judiciários latino-americanos, mas não é o único. Merece menção ainda o Relatório Anual n. 19 de 1997, "O Estado num mundo em transformação", e o de n. 24 de 2002, "Instituições para os mercados". Conforme Silva Candea (2004:19), o relatório de 1997 "discute o novo papel do Estado diante de acontecimentos como desintegração das economias planejadas da ex-União Soviética e da Europa Oriental, a crise fiscal do Estado-Providência, o papel do Estado no 'milagre' econômico do leste da Ásia, a desintegração de Estados e as emergências humanitárias em várias partes do mundo. Já o relatório de 2002 trata da criação de instituições que promovam mercados inclusivos e integrados e contatibem para um crescimento estável e integrado, para melhorar a renda e reduzir a pobreza". "Um olhar reconstrutivo da modernidade e da 'crise do judiciário". Bonelli também registra "a preocupação em preparar o judiciário para o novo contexto democrático, com mercados que estavam se privatizando no impacto da globalização da economia". BONELLI, Maria

Para Hugo Melo, os técnicos do Banco Mundial deixavam claro que a Reforma do Judiciário faria parte de um processo de redefinição do Estado para reforçar o desenvolvimento econômico, com a “definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do Judiciário tem como alvo o aumento de eficiência (...) da Justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.”³⁷ Em resumo, conclui o juiz, que foi presidente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) entre 2001 e 2003, fase final da reforma:

O que a agência financeira internacional pretende, na realidade, é redesenhar as estruturas dos Poderes Judiciários da América Latina, a partir das premissas neoliberais, com o fito de adequá-las à prevalência do mercado sobre qualquer outro valor. O reflexo deste vigoroso ressurgimento do liberalismo estaria propiciando a imposição aos Estados periféricos da exigência de que os seus magistrados se transformassem em garantidores de previsibilidade.³⁸

A visão não era exclusiva de juízes, nem a compreensão limitada pelas fronteiras. Para Megan Ballard, pesquisadora da Universidade de Wisconsin, o interesse generalizado nos tribunais pode ser explicado, pelo menos em parte, por um consenso global a favor do modelo neoliberal. Essa estratégia de liberalização econômica, muitas vezes rotulada como “consenso de Washington” incentivou um papel reduzido para o governo, privatização, estabilização econômica por meio de ajuste fiscal e liberalização do comércio exterior.³⁹ Para Ballard, que escreve durante

da Glória, “Os magistrados, a autonomia profissional e a resistência à reforma do judiciário no Brasil”. *In: Novos Estudos CEBRAP*, vol. 39, n. 1, p. 148.

³⁷ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. “A Reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, Quadro atual e perspectivas”. *In: Revista CEJ*, Brasília, n. 21, abr. 2003, p. 80.

³⁸ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. “A Reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, Quadro atual e perspectivas”. *In: Revista CEJ*, Brasília, n. 21, abr. 2003.

³⁹ BALLARD, Megan J. “The Clash Between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil”. *In: Berkeley Journal of International Law*, vol. 17

os trabalhos da reforma (1999), isso aponta seu *leitmotiv*: “as reformas judiciais apoiadas por Cardoso provavelmente reduzirão o poder do Judiciário para bloquear suas reformas econômicas”, fundamente porque “O objetivo atual da reforma da lei não é melhorar a maneira como o Estado usa a lei, mas diminuir o papel do Estado e criar uma estrutura legal para facilitar a operação do sistema de mercado”.⁴⁰

Assim também traduziu Éilda Lauris:

(...) sob o pretexto do crescimento econômico, o paradigma hegemônico de reforma judicial resultou numa instrumentalização dos serviços de justiça em nome da eficiência, celeridade, previsibilidade dos negócios, segurança jurídica e proteção dos direitos de propriedade.⁴¹

Enfim, como resumiu o ministro Gilmar Mendes, já como presidente do STF e do recém-criado Conselho Nacional de Justiça, no título do artigo publicado após a aprovação da Emenda 45: “A reforma do sistema judiciário: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no país”.

Com esse panorama, não é muito difícil responder à pergunta que fizeram Sadek e Arantes:

(2) n. 230, 1999, p. 232.

⁴⁰ Tradução livre. BALLARD, Megan J. “The Clash Between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil”. *In: Berkeley Journal of International Law*, vol. 17 (2) n. 230, 1999, p. 238. Fazendo um balanço da votação na Reforma na Câmara dos Deputados, aponta Dyrceu Cintra: “Os resultados obtidos não correspondem à necessidade de maior acesso da população à Justiça. Esboçam-se mudanças para: 1-) atender os interesses da Administração Pública, assegurando que as atividades de governantes não fiquem à mercê de um controle judiciário difuso; 2-) concentrar nas altas esferas do Judiciário o poder de decidir as questões mais importantes, desprezando a base do sistema, fórmula oferecida ao capital estrangeiro e ao Banco Mundial, que exigem perfeita previsibilidade das decisões do Judiciário, impositivas, entretanto, num país tão multifacetado e com legislação repleta de contradições e inconstitucionalidades como o Brasil”. CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar Dias “O Judiciário brasileiro às portas do Terceito Milênio”. *In: MESSUTI, Ana; SAMPEDEDO ARRUBLA*, julho Andrés. *La Administración de Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 56.

⁴¹ CARDOSO, Luciana Zafflon Leme. *A política da justiça: blindar as elites, criminalizar os pobres*. São Paulo: Hucitec, 2018, p. 80.

(...) por que razões, numa agenda constitucional de reformas, a modernização do Judiciário dividiria espaço com a privatização de estatais, o fim dos monopólios, a reforma tributária ou a reforma política? É fato que a lentidão da prestação jurisdicional representa um grande problema para a sociedade, mas teria ela o mesmo impacto econômico, social ou político que os monopólios estatais do petróleo ou das telecomunicações, o sistema previdenciário multipartidário ou as empresas públicas deficitárias?⁴²

Não se descarta da integridade da resposta que a eles pareceu mais segura: o papel político do Judiciário lhe autorizaria esta posição. Mas deve se compreender que o controle da jurisdição é tão ou mais relevante do que o conteúdo de todas as reformas anteriores, justamente porque tinha o condão de promovê-las ou, ao menos, o de impedir os obstáculos que se acobardavam contra elas. Em outras palavras, num tom de chantagem com que acabaram nos acostumando: o fim dos monopólios e as privatizações são importantes para a obtenção de investimentos estrangeiros, mas sem segurança jurídica, sem previsibilidade, sem confiança em que as regras do jogo estipuladas pelo governo não serão alteradas pelo sistema de justiça, elas ficariam sem sentido.

O exauro deste argumento, mais emocional e ideológico do que propriamente pragmático, pode ser bem descrito pela pesquisa de Vanessa Elias de Oliveira, que estudou a fundo os processos judiciais travados por quem se opunha às privatizações no miolo dos anos 1990. A conclusão: "(...) embora os leilões de privatização tenham sido interrompidos ou retardados em função de diversos tipos de recursos que foram impetrados nas varas judiciais de todo o país, nenhuma venda foi anulada por sentença judicial".⁴³ Ou seja, o sistema encontrou seus

mecanismos com os quais fez prevalecer justamente a conclusão dos tribunais superiores. O equívoco de acreditar que o empoderamento das cortes superiores, esvaziando o trabalho das primeiras instâncias, tornaria o serviço "mais rápido", antecipando decisões, se verificaria problemático nos anos posteriores à reforma. Costuma-se dizer que o STF tem o direito de errar por último — com a reforma, permitiu-se que errasse primeiro também.

A perversão desse sistema, que ignora o amadurecimento da jurisprudência, é a criação de decisões que já nascem definitivas. Efetivamente é mais rápido, economiza um percurso, mas a tentação de uma decisão *ad hoc* acaba se tornando muito maior pois ela jamais será pensada, interpretada, corrigida enfim. A ausência deste caminho lógico das decisões pode ter contribuído para uma judicialização ainda mais abrangente depois da reforma.

Um processo de mais de dez anos que ultrapassou dois governos — de partidos opostos, inclusive — não é um processo simples. Não há dúvidas de que o empenho dos governos acabou sendo decisivo (FHC na Câmara e Lula no Senado) e que havia pesados e tradicionais interesses a serem demovidos.⁴⁴ A estratégia para fazer essa transposição, todavia, pode ter provocado um desgaste que, já se supunha, não seria superado tão facilmente.

Assim, combustível indispensável para agregar a articulação da reforma foi a criação da questionada CPI do Judiciário no Senado,

⁴² SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. "A importância da Reforma Judiciária". In: *Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 2.

⁴³ OLIVEIRA, Vanessa Elias de. "Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?". In: *Revista Dados*, vol. 48, n. 3, 2005, pp. 575-576.

⁴⁴ Para Frederico Almeida, a articulação da liderança da reforma contou com o aval das elites jurídicas: "Meu argumento é que a obtenção de consensos mínimos para a aprovação da Reforma do Judiciário, no período entre 2003 e 2004, após 13 anos de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional n. 96/1992 no Congresso Nacional, deve-se à articulação, pela liderança executiva da Reforma, de grupos de elites jurídicas associados a trajetórias e posições bastante consolidadas no campo jurídico, em torno de uma agenda reformista que acabou por fortalecer as posições do polo dominante do campo da administração da justiça estatal, nesse sentido, a prevalência da agenda "racionalizadora" (central no resultado final da Reforma e voltada para a centralização do sistema e o aumento de sua eficiência decisória) sobre a agenda "democratizante" (associada à ampliação do acesso à justiça e presente em medidas marginais aprovadas no conjunto das mudanças introduzidas) pode ser explicada pelo protagonismo desses grupos de juristas, cujas trajetórias se associam a processos políticos de longo prazo na estruturação do campo jurídico." ALMEIDA, Frederico de. "As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira". In: *Revista de Sociologia e Política*, vol. 22, n. 52, 2014, p. 92.

com a pressão, sobretudo, do então presidente da Casa, Antônio Carlos Magalhães.⁴⁵ Da relação estreita e promíscua que manteve com o Judiciário de seu Estado por décadas, num claro exemplo de mandonismo – dizem que nenhum juiz era promovido sem antes pedir sua benção –, é difícil crer que a revelação das mazelas do poder tivesse mesmo como projeto a purificação de seus membros. ACM impulsionou a Reforma através da exposição midiática de irregularidades (algumas concretas, outras nem tanto). Ou, como traduziu Megan Ballard: “A campanha do executivo se concentrou em acusações sensacionais de corrupção judicial, proferidas por um colega próximo de Cardoso no Senado para reunir apoio à criação de uma comissão de investigação”.⁴⁶

A comissão chegou a termo, sobretudo, em relação à construção do edifício da Justiça do Trabalho em São Paulo, e o seu responsável, ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho-2, Nicolau dos Santos Neto, cuja condenação, todavia, derivou de processo judicial já instaurado. O desprestígio do Judiciário, mecanismo para colocar a reforma na agenda, alargado pela exposição midiática de alguns poucos membros do poder – como uma enorme generalização – custou um descrédito que ainda não foi recuperado, com mais propensão para vitaminar a instabilidade institucional do que propriamente para criar um ambiente saudável para investidores estrangeiros.

É de se observar que a CPI não vitaminou a reforma do Judiciário apenas pelo sensacionalismo e espetacularização; como forma de contrariar o presidente do Senado e sua implicância em levar adiante

a comissão de inquérito, o presidente da Câmara, deputado Michel Temer (PMDB-SP) reabriu, também em 1999, a Comissão de Reforma do Judiciário, da Câmara dos Deputados, em ato simbólico repleto de autoridades do meio jurídico.⁴⁷ E foi justamente a reabertura da comissão que permitiu a continuidade da reforma, que viria a ser aprovada na Casa no ano seguinte.

Como expôs Flávio Dino, em uma dissertação que dissecou os trabalhos da reforma, no campo de ideias havia a disputa por dois projetos distintos sobre o Judiciário. Um, a que chamou de perfil *razionalizador*, balizado pelas propostas de calculabilidade e eficiência, cujo ponto central era a redução do controle difuso de constitucionalidade – que supostamente traria riscos para a estabilidade –, e o consequente esvaziamento do poder decisório das primeiras instâncias; e outro, que denominou de perfil *democratizador*, que pretendia aumentar o acesso à justiça, fortalecer a democracia interna, e a permeabilidade do Poder Judiciário ao contato com a sociedade, preservando o pluralismo ideológico. Na disputa parlamentar propriamente dita, não havia padrões de comparação: a racionalidade neoliberal era muito mais potente. Tão mais potente que acabou prevalecendo ainda quando a principal força de oposição, o Partido dos Trabalhadores, chegou ao poder no primeiro dia de 2003. O então ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos sinalizou que iria tocar a reforma *a partir do zero*.⁴⁸ Mas o texto enfim aprovado não era tão diferente daquele proposto com as bênçãos de FHC. Como a reforma previdenciária empreendida por Lula no ano em que tomou posse também continuava a mesma tilha da reforma de seu antecessor.

Mas a dubiedade de projetos e a multiplicidade de interesses permitiu, paradoxalmente, um crescente engajamento dos atores do meio na reforma do Judiciário, inclusive das categorias que se opunham

⁴⁵ Como aponta Grazielle Albuquerque: “Na questão conjuntural, a CPI do Judiciário criada pelo senador Antônio Carlos Magalhães (ACM), em 1999, foi de extrema importância para chamar atenção da opinião pública para o tema”. ALBUQUERQUE, Grazielle. “O papel da imprensa na reforma do Judiciário brasileiro”. *In: Revista Direito & Praxis*, vol. 6, n. 12, 2015, p. 425.

⁴⁶ Op. cit. (tradução livre). Para Bonelli, foi um pouco mais amplo: “Em meados da década de 1990, a mídia fez forte divulgação das deficiências do Poder Judiciário, em especial a morosidade, as dificuldades de acesso à justiça, a falta de transparência, os casos de nepotismo, de corrupção, e os salários de marajá. Desta forma, colocavam o Judiciário sob julgamento, visando quebrar a resistência às mudanças”. BONELLI, Maria da Glória. “Os magistrados, a autonomia profissional e a resistência à reforma do judiciário no Brasil”. Trabalho apresentado no X Congresso Nacional de Sociologia Jurídica, Novembro de 2009, publicado no Latin American Studies Association Congress, 2010. Tradução livre.

⁴⁷ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. “A importância da Reforma Judiciária”. *In: Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

⁴⁸ BERGAMO, Mônica; FREITAS, Silvana de. “Bastos quer recomençar do zero Reforma do Judiciário”. *Folha*, 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2912200202.htm>. Acesso em: 14 jun. 2021.

ao projeto calcado na ideia de inevitabilidade para a segurança do investidor estrangeiro. A amplitude dos temas em disputa fez com que ferrenhos opositores da condução internaionalista da reforma trabalhassem para reduzir ou compensar os seus efeitos, com outras medidas de cunho democratizador ou meramente corporativista.

A propósito, o alerta de Hugo Melo, clamando para que os trabalhos da reforma não fossem desperdiçados, considerando a produção de diversos avanços, especialmente na Justiça do Trabalho:

Logramos reverter quadro absolutamente adverso, as que proposta, em certo momento, a nossa extinção e seremos extremamente fortalecidos. São criados mais dez cargos de Ministro do TST, singular possibilidade de oxigenação da Corte. Os Tribunais Regionais passarão a ter, no mínimo, nove membros. Há uma redistribuição, mais racional, de competências entre os diversos segmentos do Judiciário. A competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, passando a englobar dissídios decorrentes de qualquer relação de trabalho, incluídos os trabalhadores autônomos e servidores públicos; as ações acidentárias; os crimes contra a organização do trabalho; as ações decorrentes da fiscalização do trabalho; aplicação e execução de multas pelo descumprimento da norma trabalhista; questões previdenciárias onde não houver Vara Federal; habeas corpus e habeas data; entre outros aspectos igualmente relevantes.⁴⁹

De fato, contemplando alguns avanços mais ou menos significativos em outras áreas — como a constitucionalização da autonomia da Defensoria Pública, por exemplo — o projeto foi acolhendo interesses originalmente contrários a ele. Essa plêiade de interesses envolvidos ajudou, portanto, no engajamento à reforma, mas não há dúvidas de que

atrapalhou na produção de um texto consensual que tivesse condições de ser aprovado com presteza. As tensões foram tão intensas que os três relatores da mesma base partidária apresentaram, na Câmara dos Deputados, pareceres profundamente distintos.

Jairo Carneiro (PFL-BA) apresentou o relatório na primeira fase dos trabalhos, em 1997, tendo a comissão especial da Câmara se desfeito dele sem votá-lo. Recebeu inúmeras críticas pela adesão à concentração de poder nos tribunais superiores, sendo evocado a lembrança do Pacote de Abril, pelo retorno da advocatória.⁵⁰ Era injusta a comparação, principalmente levando-se em conta o parecer que o sucederia. Aloysio Nunes Ferreira Filho (PSDB-SP) foi o relator na Câmara depois da retomada dos trabalhos em 1999: seu relatório foi ainda mais governista que o governo e entre as pérolas, continha a ideia de extinguir a Justiça do Trabalho para que ela fosse incorporada pela Justiça Federal,⁵¹ o documento previa súmulas vinculantes sem limitações, por todos os tribunais superiores, e um Conselho Nacional de Justiça com competência para, excluindo a vitaliciedade (o que o regime militar não fizera de todo) permitir a demissão do juiz *negligente* ou daqueles que agissem com uma genérica *falta de decoro* — sendo, portanto, muito mais adequada no caso à lembrança da reforma da ditadura. O parecer foi tão mal-recebido que tampouco foi à votação, mas ao deputado rendeu um convite para assumir a Secretaria-Geral da Presidência de FHC.

O terceiro relatório da Câmara foi o que mais incorporou observações críticas e propostas alternativas. A deputada Zulaiê Cobra afastava a advocatória (que não mais voltou), substituía as Súmulas de Efeito Vinculante pelas Súmulas Impeditivas de Recurso (que não compelia o juiz a decidir de uma forma ou outra), abriu a rede de participantes do CNJ, também para fora da magistratura, acolheu o pleito pelas ouvidorias e mantinha a Justiça do Trabalho (eliminando

⁴⁹ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. “A Reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, Quadro atual e perspectivas”. *Revista CEJ, Brasília*, n. 21, 2005.

⁵⁰ SADDEK e ARANTES: “A importância da Reforma do Judiciário”, in *Reforma do Judiciário*, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais [Kindle], l. 30.

⁵¹ Extinção da Justiça do Trabalho que era uma das principais preocupações do senador Antonio Carlos Magalhães, aliado de primeira hora do governo. A proposta, como se viu, nunca morreu, sendo recorrente entre políticos conservadores e ligados ao empresariado — como se pôde ver mais recentemente no governo também de Michel Temer e no princípio do governo Bolsonaro.

apenas a representação classista). Mas tampouco se manteve intacto; algumas das propostas mais arrojadas, como a extinção da Justiça Militar estadual e o fim do foro privilegiado para julgamentos de autoridades em caso de crimes comuns, foram descartadas.⁵²

Com relação aos pontos centrais, houve certa divergência nas posições durante o processo de reforma.

A rejeição das Súmulas Vinculantes foi bem expressiva no meio jurídico, especialmente entre os juízes. O possível engessamento da atividade criadora da magistratura e o impacto da perda da independência eram os principais argumentos em contrariedade.

Antonio Villen e Dyrceu Cintra chamavam a atenção para o fato de que haveria “uma verdadeira cristalização da jurisprudência, que deixará de sofrer os fluxos da saudável discussão daqueles temas pelos magistrados”⁵³. Antonio Cortez lembrava que, se as súmulas já existissem “não teria havido no Brasil a evolução que tivemos no reconhecimento dos efeitos do concubinato, continuaríamos tendo imóveis desapropriados sem depósito prévio de valor digno, próximos do real, os valores bloqueados no Plano Collor não seriam liberados”.⁵⁴

O ministro Celso de Mello levou o tema das Súmulas Vinculantes ao discurso de sua posse como presidente do STF em 1997: “(.:) o juiz não pode ser despojado de sua independência. O Estado não pode pretender impor ao magistrado o veto da censura intelectual, que o impeça de pensar, de refletir e de decidir com liberdade”.⁵⁵ Fábio

Comparato alertou para a invasão das competências do Legislativo: “(.:) a súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução de um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário”.⁵⁶ Até mesmo Alexandre de Moraes, que posteriormente viria a se transformar em ministro do STF, criticaria as súmulas, quando de sua regulamentação, alertando para a possibilidade de transformar o STF em um legislador positivo: “O Congresso Nacional deu um cheque em branco ao Supremo Tribunal Federal quando aprovou a Lei de Súmulas Vinculantes”.⁵⁷

A luta entre eficiência e garantia dos direitos de certa forma distinguuiu o meio jurídico, com a firme oposição dos campos progressistas. Parecia que, com a sucessão de FHC por Lula, as súmulas estariam riscadas do mapa da reforma, mas deu-se exatamente o oposto. Foi com a conversão da emenda oposição ao governo que o mecanismo pôde, enfim, ser aprovado.⁵⁸

Importante ressaltar que a ideia das súmulas vinculantes tinha como propósito limpar o excesso de processos repetitivos, que entravam aos borbotoes nos tribunais e ajudava, e muito, a estrangular o sistema. Mas o próprio Judiciário sempre teve uma parcela de responsabilidade na criação desses esqueletos, em especial por uma contundente jurisprudência defensiva que teimava em colocar óbices – reais ou imaginários – à litigância coletiva. Ora entendendo que os casos não eram de direito

⁵² Na edição de outubro de 1999, o *Jornal Juizes para a Democracia*, n. 18 saudava, entre outros, a extinção das férias forenses (“reconhecendo o caráter essencial do serviço público prestado na administração da Justiça”) e a federalização dos crimes contra os Direitos Humanos, tendo sido “acolhida a ideia central da proposta da AID de criação de um incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Federal a ser dirimido pelo STJ”, apontando, ainda, que “Seria recomendável atribuir, além do Ministério Público, a legitimidade para suscitir o incidente às vítimas e às entidades proponentes de ações coletivas”. Disponível em: <https://ajd.org.br/publicacoes/jornal/179-3jornal-18>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵³ “A reforma da constituição” *Jornal Juizes para a Democracia*, n. 5, 1995. Disponível em: <https://ajd.org.br/publicacoes/jornal/135-5jornal-05>. Acesso em: 14 jun. 2021.

⁵⁴ CORTEZ, Antonio Celso Aguilár. “O avanço do atraso”. *Folha de S. Paulo*, 1994. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/3/24/cotidiano/8.html>. Acesso em: 14 jun. 2021.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, pasta dos Ministros.

⁵⁶ “Juízes para a democracia promove seminário internacional” *Jornal Juizes para a Democracia*, n. 7, 1996. Disponível em: <https://ajd.org.br/publicacoes/jornal/144-6jornal-07>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁷ MATSUURA, Lijian. “Súmula Vinculante pode tornar o STF um legislador positivo”. *Conselho Jurídico*, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-out-18/sumula_vinculante_tornar_stf_legislador_positivo. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁸ Não sem um desgate considerável. Veja-se, a propósito, notícia sobre a demissão do chefe de gabinete do Ministério da Justiça, o advogado Sérgio Serrulo da Cunha, em resposta à adesão do PT à proposta das Súmulas Vinculantes: “Súmula Vinculante tira assessor da Justiça”, *Folha*, 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/ico105200412.htm>. Acesso em: 15.06.2021; e a crítica do então presidente nacional da OAB, Roberto Bustos, lembrando compromissos de Lula e Marco Thomaz Bustos contra as súmulas vinculantes: “OAB reforça cobrança de promessas de Lula à entidade”, *Conselho Jurídico*, 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-mai-02/oab_lula_esqueceu_promessas_campagna. Acesso em: 15 jun. 2021.

coletivo, mas difusos; de interesses individuais, porém não homogêneos, ou que a multiplicação das partes num mesmo processo traria enorme dificuldade. Boaventura de Souza Santos já havia chamado a atenção para a importância estratégica da “trivialização dos conflitos” para a lógica capitalista⁵⁹ – o mesmo acontecia, de forma muito frequente, com o controle concentrado. No caso do Plano Collor, por exemplo, foram dezenas de milhares de processos buscando a liberação de contas bancárias de um confisco ilegal, que poderiam tranquilamente ter sido substituídos por apenas um, mas o STF optou por não aceitá-lo.⁶⁰

De outro lado, no caso peculiar do controle externo, a distinção ideológica já não explica tão facilmente a situação, porque o mecanismo teve apoio tanto entre os conservadores quanto entre os progressistas. Aliás, o conselho encorpava, como já dissemos, a PEC matriz proposta pelo deputado Hélio Bicudo, que apenas sugeria um conselho, com participação de representante da OAB e do Ministério Público, para apreciar promoções e vitalcimentos.

Voltemos um pouco no tempo, para analisar o nascimento do Conselho.

O Pacote de Abril criou o Conselho Nacional da Magistratura, composto por sete ministros do STF e com a exclusiva finalidade de

⁵⁹ “Segundo a teoria da dialética negativa do Estado capitalista, a função política geral do Estado consiste em dispersar as contradições sociais e as lutas que elas suscitam, de modo a mantê-las em níveis tensionais funcionalmente compatíveis com os limites estruturais impostos pelo processo de acumulação (...). Para tal são acionados, através, sobretudo do direito, diferentes ‘mecanismos de dispersão’ (mecanismos de socialização, integração, trivialização, neutralização, repressão e exclusão...”. SANTOS, Boaventura de Souza. “O Direito e a Comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 10, dez. 1982. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/O_direito_e_a_comunidade_RCCS10.PDF. Acesso em: 14 jun. 2021, p. 12.

⁶⁰ Os exemplos são enormes. Lembro de memória própria da decisão de não se virem nil mandados de segurança que haviam sido interpostos contra uma portaria da secretaria de Estado da Educação do Estado de São Paulo que impedia a matrícula no ensino fundamental a quem ainda não completara sete anos. O Ministério Público tentara uma ação civil pública que pudesse resolver em nome de todos, mas não foi atendido pelo Tribunal de Justiça que, ao final, concedeu o direito um a um e quando dos recursos, julgou milhares prejudicados porque, pelo decurso do tempo, as crianças já haviam, enfim, completado sete anos.

aplicação das penas de disponibilidade e aposentadoria – um primeiro esforço de controle dos juízes, diretamente por parte do STF, com finalidade exclusivamente repressiva. A ausência de membros externos se justificava, segundo os ministros do STF para preservar a “independência dos Poderes” – como se a vigência do AI-5 já não a estivesse turvando suficientemente. Não se marcou pela efetividade, todavia. Como relatou o ministro Moreira Alves, citado por Flávio Dino, “a imensa maioria das representações disciplinares decorriam de atrasos em julgamentos e eram solucionados mediante a notificação para prestar informações”.⁶¹

A ampliação da composição do Conselho Nacional da Magistratura, para incluir outros membros do poder que não apenas os ministros do STF e abri-la também à participação de representante da OAB, foi pautada pelo anteprojeto oferecido pela Comissão Afonso Arinos, prévio aos trabalhos da Constituinte. Como aponta Flávio Dino, já havia por parte dos advogados e de entidades da sociedade civil, a pretensão de criar um órgão de controle externo – com participação de representantes de fora da magistratura (“representantes do Poder Legislativo, do Poder Executivo e da comunidade”). Ambas as pretensões foram rejeitadas no plenário da Constituinte, sobretudo, pelos votos do Centão – apenas os partidos de centro-esquerda e esquerda votaram a favor.⁶²

Enfim, o controle externo sempre foi apoiado pelos partidos de esquerda e grupos progressistas dentro da magistratura, como a Associação Juízes para a Democracia.⁶³ Para Flávio Dino, inclusive, a questão do controle externo era uma das poucas que estavam na confluência dos

⁶¹ COSTA, Flávio Dino. *C. Autogoverno e controle do Judiciário*. Dissertação de Mestrado, UFPE, 2001, p. 56.

⁶² COSTA, Flávio Dino. *C. Autogoverno e controle do Judiciário*. Dissertação de Mestrado, UFPE, 2001, p. 57.

⁶³ À época, seu presidente Dyrrean Caira apresentou em audiência pública na Comissão da Câmara dos Deputados a proposta de criação do Conselho de Planejamento e Ouvidoria. A proposta contemplava um conselho federal e diversos conselhos estaduais e, além da competência de estabelecer metas gerais de política judiciária e de planejamento administrativo, previa manifestação prévia acerca da proposta orgânica e iniciativa legislativa concorrentes aos tribunais. A proposta previa também a instalação da Ouvidoria, com *ombudsmen* estranho aos quadros do judiciário. *Journal Juizes para a Democracia*, ano 5, n. 17, 1999. Disponível em: <https://ajd.org.br/publicacoes/jornal/178-2jornal-17>. Acesso em: 15 jun. 2021.

dois campos da reforma, o *racionalizador* e o *democratizador*. Mas repelida, sobretudo, pela ampla base dos juízes, movimentos corporativistas e com enorme resistência no Supremo Tribunal Federal. Ao final, o Conselho Nacional de Justiça foi criado, mas como parte integrante do Poder Judiciário (não externo) — logo sem poder censório sobre os ministros do STF. Ainda assim, houve ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, tão logo promulgada a Emenda 45. O STF asseitou a constitucionalidade do órgão por maioria (ADI 3367).

Ao final, como mencionado, vários temas acabaram incorporando a Emenda 45, por meio das costuras entre parlamentares e interesses dos atores da justiça. Adicionou-se um direito fundamental, o direito à razoável duração do processo; afirmou-se o quórum constitucional para incorporação de tratados como normas constitucionais (exigindo os mesmos 3/5 das emendas); operou-se um tímido avanço na democratização interna do judiciário (proibição de sessões secretas; eleição de metade dos integrantes dos Órgãos Especiais); um importante condimento para o acesso à justiça, na autonomia das Defensorias Públicas estaduais (que a Emenda 74 alargaria para atingir também a Defensoria Pública da União); uma certa racionalização dos tribunais (extinção dos tribunais de alçada; distribuição imediata de todos os processos; suspensão das férias forenses); algumas disciplinas da carreira da magistratura (inscrevendo a produtividade como elemento do merecimento, exigindo três anos de experiência após a graduação para ingressar em concurso, e criando a quarentena na aposentadoria); ampliação da competência da Justiça do Trabalho⁶⁴ e reconhecimento da federalização dos crimes

⁶⁴ Ampliação mais comemorada do que efetivada, como adverte Manoel Carlos Toledo Filho: “Assim é que, em um primeiro momento, diversas vozes sustentaram que, a partir dali a Justiça do Trabalho seria competente para o julgamento de todas as controvérsias que, direta ou indiretamente, envolvessem uma relação de trabalho, inclusive as que se firmassem entre trabalhadores autônomos, ou, mesmo, entre pessoas jurídicas. Logo, aquela sua função tradicional histórica, fundamentalmente agregada à análise das premissas e consequências de relações de emprego ou de trabalho dependente, pertenceria ao passado. Mas este deslumbramento durou pouco: esqueceram-se aquelas que o compartilharam que o sucesso de suas teses dependeria da adesão a elas de outros segmentos da comunidade jurídica e do próprio Poder Judiciário, e isto pura e simplesmente não se consumou”. TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. “Formação Histórica e Política da Justiça do Trabalho do Brasil”. In: *Revista LTF*, ano 84, 2020, pp.

contra direitos humanos (por intermédio do incidente de deslocamento de competência).

Dada a essa multiplicidade de temas, não é simples fazer um balanço da efetividade da reforma. Vamos nos concentrar, portanto, em seus pilares.

Sobre as Súmulas Vinculantes podemos dizer que não repletaram, ao fim e ao cabo, a extinção dos gargalos, ainda que tenham provocado um efeito positivo no montante de julgamentos do STF. Várias razões explicam o resultado insatisfatório.

Não há um volume expressivo de súmulas, compatível com as questões apreciadas pelo STF (foram 58 súmulas aprovadas em um espaço de 15 anos, bem menos que o montante de súmulas então existentes no tribunal). Nossa capacidade de criar litígios de massa é insuperável. No tempo que leva para a maturação do processo e a edição da súmula, outras tantas questões com potencialidade similar já estão em plena produção. Sem contar o fato de que a existência das súmulas não impede, em si, a interposição dos recursos, considerando que a discussão acerca da aplicação ou não dela para o caso determinado continua municiando apelos.⁶⁵ E não são raras as ações em que a Súmula é apenas uma das questões envolvidas.

Em certas situações, as súmulas foram empregadas, sobretudo, como sucedâneo da legislação — como no caso da SV 13, que vedou o nepotismo nos três poderes, a partir do princípio da moralidade administrativa — após o tribunal ter afirmado a constitucionalidade da interpretação que o CNJ fizera na Resolução n. 7. Mas não era tão simples assim.

934, 946.

⁶⁵ Um exemplo interessante é a multiplicidade de recursos no TJSF acerca da possibilidade/impossibilidade de estabelecimento de exame psicotécnico para o concurso de policiais militares, discussão que sobreviveu à edição da SV 44 (“Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”), porque em várias decisões se compreendia que existiam leis que indiretamente podiam ser aplicadas (como a lei que exige exame psicotécnico para o porte de arma). A redação da Súmula também não deixava expresso tratar-se de lei em sentido estrito, razão pela qual o aproveitamento de decreto regulamentador da lei geral também vinha sendo empregado como justificativa para a legalidade do psicotécnico.

A diferença é a que a decisão do CNJ tinha alcançado administrativo, em relação aos membros do Poder Judiciário, no âmbito de sua competência regulatória. A transposição da proibição aos demais poderes até poderia ser objeto de interpretação judicial do princípio da moralidade, mas a construção das hipóteses e excludentes não era matéria fácil. Todavia, para o objetivo constitucional das Súmulas Vinculantes isso ocorreria somente após a reiteração de decisões em um mesmo sentido, o que tampouco existia no STF neste momento. Lembremos que o objetivo primordial da Súmula era unificar procedimentos, a partir do impedimento da multiplicação de recursos.

O “ativismo do bem” permitiu flexibilizar a exigência, buscando precedentes muito pouco similares. A bem da verdade, dos precedentes referidos pelo STF na formação da Súmula, o único caso julgado em que a proibição decorria do próprio princípio constitucional e não de alguma norma infraconstitucional, era de uma situação que o Supremo viria a descartar como caracterizadora do nepotismo: a nomeação de um secretário de município, irmão de um vereador. A SV 13 não alcançou o nepotismo cruzado entre diferentes poderes e mesmo a proibição de nomeação de parentes tem sido atenuada, quando se trata de representante do primeiro escalão (ministro, secretário) – a existência de uma norma genérica sem os predicados da legalidade, facilita bastante este bailar hermenêutico – um dia pode, outro não.

No caso da SV 11, limitação do uso de algemas, erigiu-se quase um tipo penal, inscrevendo-se nela, “sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal”. A questão que pautou politicamente a edição da Súmula foi a exibição na televisão, com algemas, de presos de notoriedade, como havia sido recentemente o caso do ex-governador Jader Barbalho, em operações da Polícia Federal, típico instrumento de espetacularização do processo.⁶⁶ Os precedentes judiciais anteriores, todavia, eram mais

proximamente ligados ao prejuízo ao réu preso, em um plenário do Juri, de ter sua culpa deduzida pelos jurados, em face de ser apresentado algemado diante deles.⁶⁷ O teor abrangente da súmula impactaria, sobretudo, presos em audiências criminais – caso, é óbvio, tivesse sido aplicada. Em relação a estes casos, pode-se dizer que ela não pegou.

Os debates que ensejaram a criação da SV 11,⁶⁸ por sua vez, deixam claro que, mais do que decidir uma questão reiterada para diminuir litígios, a intenção dos neolegisladores era justamente a de fazer cumprir suas determinações, sobretudo, pelos agentes policiais. Como assentou o ministro Menezes Direito:

O que estarrece é que realmente, diante de uma decisão tomada à unanimidade da Corte Suprema do país, um delegado da Polícia Federal, pura e simplesmente, desqualifique essa decisão do Supremo, entendendo que é normal o uso de algemas, que depende do uso de algemas em uma situação de fato.

Direito foi acompanhado por Marco Aurélio, concordando com esse teor moralizador das Súmulas: “Isso revela o que tenho consignado – e já consigno há uns três ou quatro anos –, que estamos vivendo um período de perda de parâmetros, de abandono a princípios, princípios caros em uma sociedade que se diga democrática”.

Até o preciosismo na preocupação com a linguagem, normal na construção de uma lei, que não pode dizer nem mais nem menos, parecia, como revela a contribuição de Ayres Brito neste debate: “O grande objetivo é dizer que o emprego de algemas é excepcional. Quando a

⁶⁶ Durante o julgamento, ministro Marco Aurélio, relator da ação, citou o exemplo de Jader Barbalho que foi preso e algemado, logo depois de ter renunciado ao mandato de senador. Para o ministro, o uso de algemas em Jader Barbalho foi uma “prescrição”. “Algema em prisão e julgamento é exceção, decide STF”, *Correio Braziliense*, 2008. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2008/08/07/interior_politica_24000/algema-em-prisao-e-julgamento-e-excecao-decide-stf.shtml. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁶⁷ O único “precedente” que versava sobre uso de algemas em audiências de instrução vinha do ano de 1978, e, brevemente, negava a ordem, ao reconhecer que “Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas durante instrução se necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas e como meio de evitar fuga de presos” (HC 56465). Os debates envolvendo a produção das Súmulas estão disponíveis no site do STF em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurispresidencia/SumulaVinculante/SumulaVinculante/SUV_11_12_13_Debates.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

frase começa com o advérbio “só é lícito”, ela ganha em ênfase”.

Por fim, a SV 5 representou uma ducha de água fria para quem acompanhava a maturação da jurisprudência em direção à consolidação da ampla defesa. O texto aprovado (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”) foi de encontro a quase todo o arcabouço garantista que vinha sendo construído pelo próprio STF, e foi provocado por um pedido do então Advogado Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, alegando receio da nulidade de milhares de procedimentos que poderiam provocar a reintegração de servidores públicos, afastados em governos anteriores.⁶⁹ A formação da Súmula também não contou com o requisito primeiro estabelecido na Emenda 45, ou seja, a existência de reiteradas decisões do STF sobre a matéria. A questão chegou a ser aventada pelo ministro Marco Aurélio, mas foi rebatida pelos demais, seja porque afirmavam existir decisões anteriores no mesmo sentido – mas longe de serem precedentes iguais à causa⁷⁰ – seja porque, enfim, era necessário para tornar inócua a Súmula 343 do STF, recém-aprovada, que, justamente exigia a presença de advogado.⁷¹ Como explicou Cezar Peluso, uma

⁶⁹ “Ao defender a posição da União na sessão plenária de hoje, o advogado-geral, José Antônio Dias Toffoli, advertiu para o risco de, a se consolidar o entendimento do STF, servidores demitidos a bem do serviço público, nos Três Poderes, voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza”. Isto porque, para todos eles, o processo administrativo disciplinar é regido pelo artigo 156 da Lei 8.112 (Estatuto do Funcionalismo Público). E a decisão do STF daria ensejo a demandas semelhantes, em que os servidores, além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes. Toffoli informou, neste contexto, que o chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, informou-lhe que, de janeiro de 2003 até hoje, 1.670 servidores da União foram demitidos a bem do serviço público. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/1228/stf-decide-que-nao-e-obrigatoria-defesa-elaborada-por-advogado-em-processo-administrativo-disciplinar>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁷⁰ O mais próximo era o acórdão no Mandado de Segurança 24961/DF que tratava de procedimento no TCU e sua emenda inicial com a advertência “A *Taminda de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar*”, praticamente brandido a inadeguação; os outros dois processos citados tampouco se enquadravam no mesmo figurino fático, envolvendo pessoas jurídicas.

⁷¹ “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”, esta sim com inúmeros precedentes similares no STF (MS 7.078-DF (3ª S. 22.10.2003 – DJ 09.12.2003) MS 9.201-DF (3ª S. 08.09.2004 – DJ 18.10.2004) MS 10.565-DF (3ª S.

Súmula Vinculante seria importante para revogar esta “já que não podemos fazê-lo diretamente”.

Como se imaginava, a Súmula foi objeto posteriormente de pedido de revisão formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil, sendo a ausência de reiterados precedentes o ponto central do pedido. O ministro Marco Aurélio viu, então, configurado o vício formal na edição da SV 5. Mas a proposta de cancelamento acabou derrotada, em novembro de 2016, por 6x5. Celso de Mello, que votou com a maioria nesta oportunidade, embora tivesse estado presente na aprovação da Súmula, optou por manifestar-se sobre o mérito do tema:

Reconheço, Senhora Presidente, que o teor de referido enunciado sumular tem constituído, para mim, motivo de grave inquietação, tanto que, após devida reflexão sobre a matéria ora em análise, já não mais tenho qualquer dúvida de que o conteúdo da Súmula Vinculante n.º 5 efetivamente vulnera o direito ao contraditório e à plenitude de defesa.

A Súmula Vinculante 5 não teria sido aprovada nestas condições; mas o quórum havia sido alcançado na sua edição e isto foi suficiente para deixar a jurisprudência (mal) engessada.

É preciso reconhecer, todavia, que, com instrumentos melhores, a cultura da uniformização de jurisprudência tem se alastrado, seja com o instituto da repercussão geral – que mais do que trava ao recurso extraordinário, serve como forma de solução uniforme dos casos –, seja com o mais moderno instituto de resolução de demandas repetitivas (IRDR) que, graças ao novo CPC, foi estendido a todos os tribunais, não apenas ao STF.

O caráter vinculante destas decisões, pela via da lei, acabou sendo muito menos combatido do que a própria reforma da Constituição, em tese com mais condições jurídicas de estabelecer o mecanismo. Mas esses

08.02.2006 – DJ 13.03.2006) MS 10.837-DF (3ª S. 28.06.2006 – DJ 13.11.2006) RMS 20.148-PE (5ª T. 07.03.2006 – DJ 27.03.2006).

novos mecanismos não representam o mesmo poder dado ao STF na confecção das Súmulas Vinculantes e, como vimos, ainda assim alargados pelo próprio Supremo. Nas repetições gerais e demandas repetitivas, o que se tem é efetivamente a uniformização de temas discutidos em outras instâncias, sem transformar o STF, ao mesmo tempo, em prolator da primeira e da última palavra.

A mesma mudança cultural que permitiu o trânsito das mais recentes soluções para uniformização da jurisprudência também precisa impactar a ideia de ações coletivas, pois quase sempre se está em juízo para demandar direitos iguais. A confirmação da legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de direitos coletivos – fortemente combatida pelas associações do Ministério Público, foi um passo importante.⁷² Se é certo dizer que o Ministério Público é o advogado da sociedade, também é correto inferir que a Defensoria é a advogada de quem ainda luta para entrar na sociedade. O empoderamento constitucional da Defensoria Pública (constitucionalização, implantação, autonomização, universalização, expansão da competência) pode se tornar um fator decisivo, seja na ampliação das ações coletivas, seja na equalização do acesso à justiça, que é efetivamente um problema central.

Dois levantamentos estatísticos realizados pelo CNJ (sobre os maiores litigantes) e pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), sobre o perfil da população prisional, mostram que o problema da justiça não é apenas lentidão, mas como ela se distribui de forma desigual.⁷³

Assim, é possível constatar que no âmbito penal, quem superiora as cadeias é, sobretudo, a população mais vulnerável.⁷⁴ Considere-se,

⁷² OLIVEIRA, Mariana. “STF rejeita embargos e afirma que defensoria pode propor ações coletivas”. *Conselho Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/sf-mantem-decisao-autoriza-defensoria-propor-acoes-coletivas>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁷³ Tenenblat: “(...) percebe-se que o problema reside na péssima distribuição do acesso ao PJ entre a população. Em outras palavras, a mesma justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade”. TENENBLAT, Afonso. “Limites o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça”. *In: Revista CEFJ*, Brasília, ano XV, n. 52, 2011, p. 24.

⁷⁴ 51,3% com ensino fundamental incompleto (só 14,9% com ensino médio completo e 10,5% com ensino superior); 30% até 24 anos; 34% até 29; 63,6% entre presos e presos inteiros.

ai, que algo em torno de 1/3 desta população prisional ainda aguarda decisão definitiva, sendo, portanto, presos provisórios. Isto de certa forma, rebate alguns dos argumentos empregados a favor da chamada “prisão em segundo grau”, com o que se pretendem esvaziar o comando constitucional da presunção de inocência.

Mas se um em cada três presos está nesta situação supostamente “excepcional”, é sinal de que ela não é assim tão excepcional. Nesses casos, de prisão provisória, a demora atinge frontalmente direitos dos acusados. Pesquisa do IPEA constatou que 37% dos réus presos são soltos ao final do julgamento.⁷⁵ Ou seja, como é expressivo o volume de prisões provisórias, em muitas situações, mesmo a absolvição vai ter resultado no cumprimento de alguma pena.

Ademais, se há uma área do direito em que a uniformização da jurisprudência não vem produzindo resultados é justamente no campo penal.⁷⁶ Há uma enorme divergência entre a jurisprudência dos tribunais estaduais e a dos tribunais superiores. Tribunais são refratários a várias decisões já consolidadas no STJ ou STF, o que obriga, muitas vezes a Defesa a acessar os recursos à Brasília, onde têm significativo ganho de

⁷⁰¹⁷. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁷⁵ “Aplicação de Penas e Medidas Alternativas”, IPEA 2015. Disponível em: http://repositoria.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/RP_Aplicacao%20de%20penas%20e%20medidas%20alternativas_2015.pdf. Acesso em: 15/06/2021. Na pesquisa que realizamos para o *Sentenciando Tifloia. O papel dos juizes no grande cracolamento*, a conclusão é que, mesmo em um crime de alta condenação como é o de tráfico de drogas, 18% dos réus que foram julgados culpados, receberam pena de prisão com liberdade – uma outra parte foi colocada em liberdade no curso do processo, muitas vezes depois de meses de prisão –, verificando-se uma média de prisão cautelar excessiva elevada, como se todos os réus fossem pelo menos dois meses presos, mesmo que não tivessem qualquer pena para cumprir.

⁷⁶ Mesmo na renomada Lei Anticrime (Lei 13.964/19), ficou disciplinado que (art. 492, §3º, introduzindo no CPP): “O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória da pena de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo se houver querrela substanciada cuja resolução pelo tribunal ao qual compete o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação”. A par da impropriedade do termo “revisão”, como se fosse recurso – atenta com um neste diploma –, percebe-se que, efetivamente, o processo civil (em que a evasão do precedente compromete a própria decisão) aqui a turca não é sequer estimulada a acompanhar o precedente superior, sendo privativo à “revisão” da condenação, é um despropósito que assim mesmo possa ser julgado.

causas.⁷⁷ A tendência, no entanto, é que a vitória, quase sempre uma diminuição da pena, chegue quando esta já foi inteiramente cumprida. A dificuldade de acesso aos tribunais superiores e a resistência dos tribunais estaduais em segui-los, tende a solidificar aplicações da pena de formas distintas entre os Estados.⁷⁸

De outro lado, a pesquisa do CNJ, com os 100 maiores litigantes dos tribunais superiores, mostra que são os entes públicos e as grandes corporações que entopem o Judiciário.⁷⁹

Primeiro, a enorme resistência do próprio Estado em cumprir com suas obrigações – utilizando o Judiciário como forma de postergá-las, inclusive para que se projetem sobre os próximos governos. Isso faz com que a dívida cobrada em precatórios constantemente se multiplique, especialmente pela continuidade da cobrança de juros. Talvez o país careça de uma Lei de Responsabilidade Judiciária, para impor regras e penalidades para o administrador que, desnecessária e custosamente, posterga pagamentos de decisões judiciais para seus sucessores.

Para grandes corporações, prorrogar gastos pode significar capitalização para investimentos e lucros.⁸⁰ A lógica do apego à litigiosidade,

⁷⁷ AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: Escola de Direito-FGV, 2016.

⁷⁸ Em Sentenciando Tráfico, expusemos também resultados de pesquisa que mostra a dificuldade de fixação de regime inicial em condenação por tráfico de drogas em relação aos diversos tribunais estaduais, na análise de 800 sentenças: São Paulo com taxa de 90% de regime inicial fechado e Maranhão e Bahia, por exemplo, com pouco mais de 30%. Assim concluímos: “A regionalização que se constata com a pesquisa desmente, de certa forma, todos os esforços legislativos de nacionalização da jurisdição, que compreendem: a-) a competência privativa da União para legislar sobre normas penais e processuais; b-) a criação do Superior Tribunal de Justiça para a uniformização da interpretação da lei federal; c-) os mecanismos de verticalização instalados com a reforma do Judiciário, cumprindo a vocação de um caráter essencialmente nacional (entre eles, a própria criação do CNJ, a as súmulas vinculantes etc.). SEMER, Marcelo. *Sentenciando Tráfico: o papel das juries no grande enarcamento*, 2ª edição. São Paulo: Tirant, 2020, p. 320.

⁷⁹ “100 maiores litigantes: 2012”, *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁸⁰ E não só, como aponta Sadek: “Pesquisa conduzida pelo Idesp junto a empresários, em 1996, revelava que, embora a principal crítica dirigida ao Judiciário fosse a falta de agilidade, esta deficiência nem sempre era avaliada como prejudicial para as empresas. Muitos empresários admitiram que a morosidade é por vezes benéfica, principalmente na área trabalhista”. SADEK, Maria Tereza. “Judiciário: mudanças e reformas”. In: *Revista*

no caso, favorece empregadores e fornecedores, e se aparenta como mais vantajoso deixar de cumprir normas para toda a coletividade e responder em juízo apenas a uma parcela – prática muito comum em relação a direitos trabalhistas, considerando-se, ademais, que parte significativa dos trabalhadores não ingressa com ação por medo ou desconhecimento. Isso ocorre também na esfera do direito do consumidor, porque grandes fornecedores se aproveitam de normas mal cumpridas e apenas uma pequena parte dos atingidos reclama. Para cada infração que causa reclamação, existem milhares de outras que passam em branco.

Em boa medida, podemos caracterizar a enorme litigiosidade, muitas vezes, como uma escolha do réu e não propriamente de quem demanda. A forma de resolvê-la não se dará com súmulas vinculantes ou mecanismos que assegurem julgamentos repetitivos por repercussão geral. Mesmo nestas condições, a criação de novas demandas será sempre mais rápida do que a forma, ainda que abreviada, de resolvê-las. Em relação a grandes empresas de massa, que absorveram os serviços públicos nas privatizações, e que são hoje, em regra, as mais processadas na área do consumo, o que falta, sobretudo, é a ação reguladora. Não são raros os casos em que a ideia de “regulação independente” acabou significando uma regulação dependente das próprias empresas que se regula, de onde saem parte significativa dos executivos das agências. A tolerância na regulação, o esvaziamento do poder de polícia que se deu com o enxugamento do estado neoliberal – mais aprofundado, ainda, desde que inicia o governo Bolsonaro, aliás –, é que projeta tantas demandas para o horizonte judiciário. Menos Estado não está repercutindo em mais estabilidade de negócios – apenas em redução de encargos das empresas sobre os mais vulneráveis, como trabalhadores e consumidores. Para o Judiciário, esta substituição é, para dizer o menos, dramática.

Concentrar os problemas da justiça na lentidão, tal como no passado se elegia domar o *dragão da inflação* como objetivo primordial, é restringir o âmbito de análise e ocultar, em ambos os casos, o caráter que efetivamente nos distingue: a desigualdade. Nesse sentido, como bem concluiu Tereza Sadek:

de Estudos Avançados, vol. 18, n. 51, 2004, p. 86.

Resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: demandas de menos e demandas de mais. Ou seja, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro lado, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.⁸¹

A outra aposta forte da reforma foi a criação do Conselho Nacional de Justiça. O CNJ representou, não se pode negar, um inequívoco avanço na gestão do Poder Judiciário, sobretudo, na construção de bons indicadores e, a partir destes, de metas que paulatinamente foi impondo aos membros do Judiciário, bem como a padronização de rotinas – mesmo com sistemática oposição de tribunais pela manutenção de seus próprios métodos.

O CNJ ganhou praticamente todas as quedas de braço com os tribunais, como a resolução do nepotismo, a imposição do teto salarial ou a competência concorrente na atividade disciplinar. Isto, todavia, não representou um enfraquecimento do corporativismo, que, passo a passo, foi sendo alimentado pelo próprio órgão de controle (como a universalização do auxílio-alimentação e a gambiarra do auxílio-moradia). O CNJ se popularizou por evidenciar e cassar excessos quase folclóricos, como auxílios não previstos nas leis ou em suas próprias resoluções, ou situações teratológicas, como a recente antecipação do recebimento em dinheiro de férias ainda não gozadas, durante a pandemia, mas manteve, de forma geral, as estruturas de pagamentos dos tribunais dos Estados. Enfim, reúne também um lado paradoxal: os grupos que mais se opuseram à sua criação, são os mais presentes em sua composição, como membros das cúpulas do Poder e representantes das associações nacionais.

⁸¹ SADEK, Maria Tereza. “Judiciário: mudanças e reformas”. In: *Revista de Estudos Avançados*, vol. 18, n. 51, 2004, p. 86.

E embora tenha se notabilizado pelo afastamento de alguns desembargadores, casos de grande repercussão, no campo geral não tem sido mais punitivista do que os próprios tribunais. Ao disciplinar a questão temporal da disponibilidade, por exemplo, o CNJ acabou por forçar o reaproveitamento aos quadros da magistratura de diversos juízes que haviam sido afastados com a pena máxima. Curiosamente, também não rompeu com a lógica do foro privilegiado interno, pela qual juízes de primeiro grau são fiscalizados pelas Corregedorias (dotadas de expertise e pessoal), mas desembargadores apenas pelas Presidências dos Tribunais (com assessorias mais enxutas e focadas no gerenciamento). O CNJ tampouco se preocupou com a democratização interna da carreira, por uma crença ingênua, de que seria possível modernizar o Judiciário, sem abri-lo. Sem acreditar na racionalidade que a democracia tem condições de trazer. Do mesmo modo tem demonstrado pouco interesse na questão da independência do juiz – para a preservação do princípio do juiz natural seria indispensável. Inexoravelmente, a preferência do órgão tem convergido para as medidas de eficiência.⁸²

De outra parte, vale o registro acerca da explicitação de diversos temas que formataram a resposta judiciária, a partir de soluções elaboradas no próprio CNJ, como a criação das audiências de custódia, a regulamentação do casamento homoafetivo e facilitação do registro tardio de nascimento, entre outros.⁸³

Enfim, se havia alguma insatisfação governamental com a judicialização da política, a partir do excesso do controle difuso de constitucionalidade, pelos juízes das primeiras instâncias, o gradativo

⁸² A Associação Juízes para a Democracia levou ao CNJ, por exemplo, um questionamento em relação aos juízes auxiliares/substitutos dos Capitais, que se vian sem o predomínio da inamovibilidade e podiam ser movidos sem processos administrativos, inclusive por atributos ideológicos. A resposta do CNJ foi a de que não poderia superar as leis locais – legislação que ignorou para uma pleiade de outras regulamentações. A inamovibilidade não é apenas uma regra, mas o instrumental que pode reduzir a prestação interna. SEMER, Marcelo. “Princípio do Juiz Natural é malferido com juiz sem cargo fixo”. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-nov-03/princípio_juiz_natural_ferido_juiz_cargo_fixo. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁸³ PAE KIM, Richard. “O Conselho Nacional de Justiça e suas políticas judiciais garantidoras de direitos fundamentais”. In: *Federalismo e Poder Judiciário, Cadernos da Escola Paulista da Magistratura*, 2019.

empoderamento do STF fez, com certeza, o receio ser expandido ao extremo. A judicialização da política não diminuiu com a concentração de poderes nos órgãos de cúpula, apenas tornou-se muito mais poderosa. A ideia de concentrar poderes nos órgãos superiores derivava certamente da maior proximidade política de seus membros, haja vista a própria forma de nomeação – todos indicados pelo presidente da República. Mas não considerou que o empoderamento de juízes como quase legisladores poderia aumentar e não reduzir o espaço de controvérsia.⁸⁴ A soma de ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito fundamental, mandados de injunção, súmulas vinculantes, enfim, expandiu o poder do STF tanto internamente, quanto em relação aos demais poderes. *Pari passu*, a composição do STF também foi incorporando a lógica da nova hermenêutica constitucional, reconhecendo a normatividade dos princípios e a eficácia imediata das normas referentes a direitos humanos. Ou seja, assumindo funções que ficaram adormecidas por décadas de submissão.

Um STF empoderado, porém, ampliou os limites da judicialização na política, mas é preciso compreender que, voluntária ou imprudentemente, muito tem contribuído para isso a ação dos demais poderes. A criação das súmulas vinculantes foi um exemplo de concessão parlamentar de atividade legislativa; o incremento do Judiciário nas contendas eleitorais aumentou fortemente através da aprovação do projeto da Ficha Limpa.

A influência de uma decisão não definitiva ampliou severamente as restrições às candidaturas e, pode-se dizer, definiu ao menos uma

⁸⁴ O alerta foi dado por Koerner, criticando a provável aprovação das Súmulas de efeito vinculante em um sistema de nomeações concentradas e ainda com a reeleição: "(...) ao longo do tempo, a consequência negativa da concentração de poderes no tribunal é a politização da nomeação dos ministros. Dados os seus poderes políticos e as limitadas possibilidades de renovação, é incentivada a nomeação de pessoas com perfil mais abertamente político-partidário e menos 'jurista' para minimizar os riscos de decisões judiciais contrárias às políticas governamentais. Assim, ao invés de eliminar a judicialização das políticas governamentais, a reforma criaria a politização, facéiosa, de nosso mais alto tribunal". "As Súmulas de efeito vinculante e as futuras crises institucionais do judiciário brasileiro", *Jornal Jilizes para a Democracia*, nº 19, p. 3. Disponível em: <https://ajd.org.br/publicacoes/jornal/180-ajornal-19>. Acesso em: 15 jun. 2021.

eleição presidencial, de larga convergência para o atual momento de crise. Não bastasse a ampliação natural dos efeitos das decisões do Judiciário sobre a escolha dos candidatos – principal combustível para a criminalização da política, a disputa no tapetão –, a Ficha Limpa eleveia ainda outras condições restritivas, como, por exemplo, a rejeição de contas de um prefeito por uma Câmara Municipal, ou a punição de conselho de classe, ambas reversíveis por decisões judiciais provisórias. Nunca a eleição ficou tão condicionada ao deferimento de uma hinãria.

A Ficha Limpa foi vendida como uma imersão ética na política, uma espécie de limpeza de candidatos moralmente problemáticos, e está no centro da ideia de que a decisão judicial pode ser mais efetiva ou importante do que a vontade popular – base, aliás, de parte significativa da judicialização da política, como veremos. E, recuperando o fio da história, antes da aprovação do projeto Ficha Limpa, houve uma série de indeferimentos judiciais de candidaturas baseados justamente em uma avaliação de desatendimento ao princípio da moralidade, no âmbito das Justiças Eleitorais das primeiras instâncias. A propósito, a declaração do então presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, após reunião em que acertou, com juízes eleitorais do Estado, a medida de indeferir registro para candidatos com vida pregressa que atenuasse contra a moralidade administrativa: "É preciso que o político tenha moralidade para o exercício do cargo que disputa". E para mostrar a suposta ponderação e razoabilidade dos juízes que pretendiam se substituir ao legislador, indicou escala de valores tão subjetiva quanto questionável: "Obviamente, não vai se negar candidatura por brigas de casal ou desentendimentos de vizinhos, mas por casos que impliquem potenciais riscos à administração pública".⁸⁵

A interpretação não foi aceita pelo TSE e insistida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que a levou ao Supremo com a ADPF 144, fulminada por 9x2, com a consideração do ministro Cezar Peluso, que disse "ter estranhado o fato de uma associação de juízes

⁸⁵ "TSE-RJ poderá barrar candidatos por falta de moralidade". *A Tande digital*, 2007. Disponível em: <https://www.aramde.uol.com.br/politica/noticias/1152286-ter-ji-poder-barrar-candidatos-por-falta-de-moralidade>. Acesso: 15 jun. 2021.

abracar uma causa pouco compatível com a Constituição”.⁸⁶ Enfim, em 2010, foi aprovada a Lei Complementar 135 (Ficha Limpa) prevendo a inelegibilidade após decisão colegiada. Mesmo a lei, depois de aprovada, nunca teve uma aceitação pacífica entre os juristas, porque ultrapassava, supostamente pela aplicação de um “princípio de prudência”, a cláusula pétra da presunção de inocência.

Enfim, a despeito de uma efetiva racionalidade na gestão e um equacionamento mais razoável dos recursos, a reforma não resolveu as crises que a motivaram, e acabou por aguçar uma outra que é o tema do próximo item.

1.2 A judicialização da política

A expansão dos tentáculos do Judiciário para decisões habitualmente de competência de outros poderes, naquilo que se acostumou a chamar de judicialização da política, não é característica exclusiva do Brasil. Ao revés, um *modus operandi* que se espalhou mundo afora, ainda que cada experiência guarde características distintas. Cabe ver então o que justifica e como se internacionalizou a judicialização da política para depois voltarmos ao caso brasileiro e suas nuances.

Há um certo consenso de que o pós-guerra ajudou a expandir os instrumentos que ensejariam a tonificação do Judiciário. A primeira mudança digna de nota é que a reação à barbárie nazista instigou a elaboração de um sistema internacional de direitos humanos – da Declaração Universal em dezembro de 1948 aos Tribunais Internacionais. Com o tempo, a jurisdição foi se tornando mais internacional e, como avala Garapon, “abriu-se a porta para um certo ativismo judicial, inclusive porque o direito não está mais completamente à disposição da vontade popular nacional”.⁸⁷

⁸⁶ HAIDAR, Rodrigo. “Só condenação definitiva impede candidatura, decide Supremo”, *Consultor Jurídico*, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-ago-06/condenacao_definitiva_impede_candidatura_decide_sif. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁸⁷ GARAPON, Antoine. O guarda das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 41.

Deve-se considerar também a disseminação do modelo do Welfare State,⁸⁸ sobretudo na Europa nos chamados *trinta anos gloriosos* – que se sucederam ao fim da Segunda Guerra. A incorporação do Estado Social, sobretudo nas Constituições, destaca parte significativa das prestações estatais para o âmbito do jurídico – portanto, acessível ao Judiciário. Werneck Vianna vai mais além para indicar que um dos impactos da legislação “welfareana” sobre a ordem jurídica “foi fazê-la incorporar a vagueza e a imprecisão das normas de sentido promocional prospectivo, afetando a neutralidade do judiciário e ampliando a criatividade do juiz no ato da interpretação”.⁸⁹

O novo constitucionalismo se aproveita das premissas anteriores para consolidar a positivação dos direitos naturais e o reconhecimento do poder normativo dos princípios – do qual, as principais referências teóricas são Ronald Dworkin e Robert Alexy. A relação da valoração dos princípios com a atividade judicial é bem descrita por Gisele Cittadino: “os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas”, ou seja, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.⁹⁰

Enfim, o Estado de Direito foi se transmutando em Estado Democrático de Direito,⁹¹ com incorporação de direitos sociais e, sobretudo, a caracterização de democracias constitucionais. As Constituições foram

⁸⁸ Vianna: “os sindicatos e os partidos de extração popular passam a pressionar em favor da institucionalização dos direitos sociais, criando-se o que Mauro CapPELLATI denomina um Welfare de ‘estado legislativo’, convertido, a seguir, no Welfare State com seu formato administrativo-burocrático. É o welfare que introduz na legislação um sentido promocional prospectivo, deslocando temporariamente o direito do tempo passado – de onde se extrai a norma formalizada de caráter geral e abstrato, fundamento da chamada certeza jurídica – para o tempo futuro, quando a promoção social estipulada pela lei deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado”. VIANNA, Luiz Werneck. “Poder Judiciário, ‘positivação’ do Direito Natural e política”, *Revista Justiça e Cidadania*, vol. 9, n. 18, 1996, p. 266. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revh/article/view/2033/1172>. Acesso em: 14 jun. 2021.

⁸⁹ “Poder Judiciário, Positivção do Direito Natural e Política”, in: *Revista Estudos Históricos*, n. 18, p. 266.

⁹⁰ CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário: ativismo judicial e democracia”. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campinas*, ano III, n. 3, 2001/2, p. 135.

⁹¹ Ou, como anota Barros, “a passagem do Estado legislativo de Direito para o Estado constitucional de Direito”. BARROS, Luís Roberto. “A Razão sem Voto. A função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais”. In: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, 2016, p. 522.

se tornando não apenas mais analíticas como mais principiológicas e a nova hermenêutica que acompanhou esse processo foi dando a ela uma natureza de documento jurídico a par do sentido político e simbólico que ostentava. A concretização desta democracia constitucional trouxe como protagonista os juízes incumbidos de interpretá-la, fundamentalmente pela possibilidade, cada vez mais crescente, de impor essa interpretação às decisões majoritárias.

Este novo constitucionalismo é inédito em seu conjunto, mas atributos essenciais à sua caracterização lhe são precedentes, como o reconhecimento, sobretudo na jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, do controle de constitucionalidade, pedra angular do exercício político do Judiciário – no que ficou caracterizado como *judicial review*.⁹² A tripartição dos poderes sugerida por Montesquieu, já tinha como suporte a ideia da regulação mútua como obstáculo à tirania:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz

seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁹³

Mas não há dúvidas que a conformação da mecânica de freios e contrapesos se evidencia primeiro mais fortemente na sociedade norte-americana. Até porque na França pós-revolução, o prestígio do Judiciário era bem diminuto – sobretudo pela atávica vinculação dos magistrados à nobreza. As apostas para a contenção do poder absoluto se dirigiam ao próprio Legislativo; juiz deveria ser o “boca-da-lei”.⁹⁴ Portanto, o reconhecimento do controle de constitucionalidade, a que se atribui a partir da decisão *Marbury x Madison*,⁹⁵ não podia mesmo ser produzido nos calcanhares da Revolução Francesa.

O controle de constitucionalidade seria apenas uma das peças a se montar gradativamente neste quebra-cabeça da judicialização: necessário, mas não suficiente. Pelo menos não na dimensão que a judicialização vai tomar nos diversos países. A expansão de conteúdo das Constituições, a internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, vai puxar o controle de convencionalidade –, o reconhecimento

⁹² Tate e Vallinder, que perscrutaram a expansão da judicialização na política, atribuem como um dos fatores a circunstância de que muitos doutrinadores fizeram cursos nos EUA. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: NYUP, 1995, p. 3. Da mesma forma, Vallinder atribui o prestígio do *judicial review* norte-americano, após a guinada liberal da Suprema Corte, sobretudo no período Warren (1953-1969), sem esquecer, todavia, do enorme obstáculo em que havia se transformado, nos anos 1930, às políticas sociais de Roosevelt. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: NYUP, 1995, p. 22. Para Zaffaroni, algo similar aconteceu com a decisão do Reichsgericht assumindo o exercício do controle constitucional com o argumento de que a Constituição de Weimar não o proibia. “Esta sentença... costuma ser ingenuamente celebrada como a *Marbury vs Madison* alemã. Na realidade, além do argumento antirrepublicano com que assumia essa função, esteve bem longe de ser uma sentença progressista e liberal, pois a intenção do Reichsgericht ao atribuir-se essa função foi sabotar as reformas sociais da República”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina Penal Nazista*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 81.

⁹³ MAQUIAVEL. *O Espírito das Leis*, Ed. Pimenta de Mello [Lindell], p. 217.

⁹⁴ Aliás, como sugere Garapon, a França ostenta *hostilidade secular* em relação aos juízes (O *Quantão das promessas*, p. 27).

⁹⁵ Decisão da Suprema Corte dos EUA, de lavra do *Chief of Justice* John Marshall, que envolvia a suspensão da nomeação de juízes feita pelo então presidente John Adams, no apagar das luzes de sua gestão. *Marbury* era um dos juízes ainda não diplomados, cuja nomeação fora cassada pelo novo secretário de Estado James Madison, a quem levou aos tribunais. Mais importante que a solução em si é a fundamentação de Marshall, que reconhece a supremacia da Constituição sobre as leis posteriores e assenta a competência da Suprema Corte para esta análise, podendo, inclusive, invalidá-la. Para uma crítica ao mito da construção individual do controle de constitucionalidade: CONTINENTINO, Marcelo Cassab. “História do judicial review: o mito de *Marbury*”. *Revista de Insignificância Legislativa*, n. 209. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/til/edicoes/53709/til_53_n209_p115. Acesso em: 15 jun. 2021.

do poder normativo dos princípios e uma nova forma de interpretar os textos constitucionais — privilegiando a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre a teoria das normas programáticas — tonificaram o percurso institucional.

Mas ainda faltariam as questões conjunturais, o que tornaria a judicialização um fenômeno multifacetado, aparecendo em cada lugar de forma e intensidade diversa. Para começar, atentemos para o fato de que, se a criação dos Estados de Bem-Estar Social foi um contribuinte essencial para o fortalecimento das democracias constitucionais, vai ser justamente a sua desconstrução que fornecerá a matéria-prima para a decisiva ampliação do poder do Judiciário. É que, como explicou Garapon, a desconstrução do Estado foi crucial para a colocação do juiz como o *guardião das promessas*, destinatário das frustrações com a fragilização dos equipamentos estatais. Isso significa dizer que o fato de a Constituição incorporar o direito integral à saúde, por exemplo, vai se mostrar mais relevante à medida que a desconstrução dos equipamentos públicos se torna evidente.

Portanto, de forma aparentemente paradoxal, tanto a construção de uma sociedade previdenciária, com a consolidação dos direitos sociais, quanto sua imploração, com a ascensão do neoliberalismo, são combustíveis para uma procura maior e mais intensa do Judiciário e, com isso, a expansão de suas próprias competências. Mais do que apenas afastar decisões da maioria que se chocam com a Constituição — característica básica do controle de constitucionalidade original —, o Judiciário também passa a determinar a realização de políticas públicas que concretizem os princípios constitucionais, e a interpretar não mais como normas programáticas, mas como obrigações exigíveis.

Não à toa, Ran Hirschl vai apontar que o conceito de supremacia constitucional é na atualidade compartilhado por mais de uma centena de países ao redor do mundo, nos quais a primeira manifestação tem sido justamente o recurso “cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”.⁹⁶ Como se vê, o espectro da

judicialização não é assim tão simples de ser encapsulado.

Tate e Vallinder classificaram a judicialização da política em duas categorias: a situação na qual decisões majoritárias são substituídas por decisões judiciais; e a incorporação pelos órgãos administrativos e políticos de mecanismos similares ou aproximados aos empregados judicialmente. Ou seja, uma judicialização direta, que represente a assunção de competências pelo Judiciário; outra indireta, que é a incorporação da lógica do Judiciário (ou suas formas e ritos) na tomada de decisão administrativa e política.⁹⁷

E embora se discuta eventual fissura no equilíbrio dos poderes com o acanharmento de competências pelo Judiciário, Tate e Vallinder indicam que a judicialização é, por assim dizer, uma característica típica das sociedades democráticas. Não há judicialização, dizem, sem democracia, sem separação dos poderes, sem grupos de interesse ou de oposição habilitados a demandar nos tribunais — as diversas formas como esses elementos vão se integrar carimbam o caráter multifacetado desta intervenção. Parafraseando Tolstói, pode-se dizer que na separação de poderes, as sociedades se parecem; mas cada país judicializa a política à sua própria maneira.

A fragilidade dos partidos e o déficit no sistema representativo, para Tate e Vallinder, seriam elementos importantes para viabilizar a judicialização, sobretudo pela percepção, por exemplo, de paralisia (ou podemos acrescentar corrupção) das instituições majoritárias. Mas este é, justamente, um dos pontos centrais da crítica de Ingeborg Maus, que produziu um célebre libelo contra o expansionismo do Tribunal Constitucional alemão: “O Judiciário como o superego da sociedade.”

Para Maus, a centralização no Judiciário como *mais alta instância moral da sociedade* apresenta aspectos psicanalíticos, em que o Tribunal vem a ser reconhecido como o pai da pátria; ou com *contornos de veneração religiosa*. Desse mal certamente não padecemos, mas o risco a que ela adverte é a possibilidade de, a partir da ideia despolitizada de superioridade moral, inviabilizar-se sobre o Judiciário qualquer

⁹⁶ HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política para no

munido”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2009, p. 140.

⁹⁷ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: NYUP, 1995, p. 13.

mecanismo de controle social, ao qual normalmente deve subordinar-se toda instituição do Estado. A rejeitura própria da Constituição, ou a concepção de direitos supraconstitucionais, produz o que a autora denominou de *teologia constitucional* – que vai transformar o tribunal em um guardião da própria história jurisprudencial, a qual se remete de modo autorreferencial – ou seja, as decisões se justificam, sobretudo, pelas próprias decisões anteriores. Nem a lei estaria servindo para esse controle: “As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias.”⁹⁸

Hirschl faz a crítica de outra perspectiva, de que a expansão da judicialização vai muito além do conceito, que se tornou corrente, de elaboração de políticas públicas: “A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver”. Hirschl está se referindo ao que denominou *mega-política*, controvérsias políticas centrais que definem – e muitas vezes dividem – comunidades inteiras. Nessa categoria incluiu a judicialização dos processos eleitorais, planejamento macroeconômico ou segurança nacional. Chamou a atenção o crescente recurso aos tribunais para contemplarem a própria definição da comunidade – como nos casos da histórica decisão da Suprema Corte canadense na consulta sobre a secessão do Quebec ou nos julgamentos da Suprema Corte de Israel acerca da questão de “quem é judeu”.

Curiosamente, a judicialização encontraria limites nas questões socioeconômicas:

(...) se por um lado tem havido uma crescente penetração judicial nas prerrogativas de legislaturas e executivos a respeito de relações exteriores, segurança nacional e política fiscal, os tribunais têm no geral permanecido passivos no que se refere a políticas sociais e de redistribuição de riqueza e recursos. Com

98 MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superpoder da Sociedade: Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfa”. *In: Revista Novos Estudos CEBRAP*. N. 58, nov. 2000, p. 193.

pouquíssimas exceções (principalmente na África do Sul e na Índia), os tribunais têm sido tímidos quando se trata de promover noções progressistas de justiça distributiva em áreas como distribuição de renda, erradicação da pobreza e direitos relacionados à subsistência (educação básica, saúde e moradia), cuja implementação requer maior intervenção estatal e mudanças nas prioridades dos gastos públicos. Assim, pode-se dizer que a judicialização de questões envolvendo poderes fundamentais do Executivo não tem sido exatamente uma bênção para kenyasianos e progressistas.⁹⁹

A judicialização da política no Brasil tem, como já adiantado, certas particularidades. A primeira delas é a pré-existência de uma duplicidade de controles de constitucionalidade: a) o controle direto de constitucionalidade, privativo do Supremo Tribunal Federal e em determinadas ações; b) controle difuso de constitucionalidade, acessível em praticamente todas as instâncias e processos.¹⁰⁰ Pelo controle difuso, é possível afastar a aplicação de uma lei a considerando inconstitucional, mas essa “declaração” só vale para o caso em julgamento. O controle direto é aquele que permite ao STF que afaste a vigência de lei, em decisão de caráter vinculante. Essa duplicidade, e ainda de ampla disponibilidade, coloca o juiz brasileiro com um instrumento às mãos, mais comum do que internacionalmente se verifica.

De outro lado, como já frisamos anteriormente, a Constituição de 1988 alargou os legitimados a ajuizar ações diretas de

99 HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2009, p. 152.

100 Embora não a todos os juizes; nos tribunais, mesmo o controle difuso de constitucionalidade, não pode ser suscitado nos órgãos fracionários. Traduzindo: Câmaras ou Turmas regulares de tribunais não tem competência para afastar a aplicação de uma lei, direta ou indiretamente, pelo reconhecimento de sua constitucionalidade. É preciso suscitar o Tribunal Pleno (toda a sua composição), ou, onde exista, o Órgão Especial que exerce suas funções. Curiosamente, isso significa que os desembargadores (juizes de segunda instância) não podem aplicar, mesmo no seu colegiado, interpretação que está acessível ao mais jovem juiz ingressante na carreira.

inconstitucionalidade, aumentando de forma exponencial, o volume destas ações junto ao STF. Mas, e esta é outra particularidade brasileira, mesmo em considerando a produção de decisões vinculantes, partindo do Supremo Tribunal Federal, as ADIs não são a única possibilidade de exercer-se o juízo constitucional sobre as decisões majoritárias. O espectro de instrumentos se multiplicou com os movimentos de reforma a partir da década de 1990 e as mudanças contemporâneas, como narramos.¹⁰¹

Como apontam Leandro Ribeiro e Diego Arguelhes, o caso brasileiro propicia a ocorrência do fenômeno da judicialização em inúmeras situações, “tendo em vista a elevada lista de classes processuais que permitem o acesso de diversos atores ao STF”.¹⁰² Além dos instrumentos coletivos indicados, o STF ainda é suscitado por demandas individuais, e também decide, não raro, por medidas liminares monocráticas, o que torna o fenômeno da judicialização ainda mais imprevisível. O empoderamento do STF, como dissemos anteriormente, pensado para combater a imprevisibilidade dos juízes das primeiras instâncias, foi, assim, um tiro que saiu pela culatra.

A análise de Rogério Arantes agrega interessante consideração sobre a judicialização da política puxada pelo empoderamento de outro importante ator, frequentemente esquecido neste campo: o Ministério Público. Sua relevância é ainda mais notada considerando que a judicialização da política, sobretudo na esfera de apreciação de políticas públicas, é espraiada às demais instâncias do Judiciário. Ou seja, judicializa-se no cotidiano em todas as instâncias.

Arantes chama a atenção para a inserção da ação civil pública

¹⁰¹ Acresce-se às narradas anteriormente, a guinada de posição do STF quanto ao mandato de injunção. No julgamento dos mandados de injunção MI 670 e MI 708, o Supremo Tribunal Federal ao declarar a ação procedente, determinou que fosse aplicada a lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos, por analogia. Inclusive, mandou que a lei de greve fosse aplicada a todos os servidores públicos do Brasil e não apenas aqueles cujos interesses estavam sendo defendidos na ação – diversamente do entendimento anterior, que apenas assinalava o atraso do legislador ou, no máximo, lhe impunha um prazo para legislar.

¹⁰² RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. “Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico”. In: *Revista Direito CIV*, vol. 15, n. 2. São Paulo, 2019, p. 13.

nas leis orgânicas nacional do MP e estadual (de São Paulo), mesmo antes da criação legal do instituto –ambição institucional que Arantes denominou de estratégia “dois passos para a frente nenhum para trás”. Por intermédio desse instrumento, assinala: “o MP tem a possibilidade de atuar o Poder Judiciário para promover a defesa de direitos transindividuais, recorrentemente instilados por lei e mais conhecidos como direitos difusos e coletivos”. Arantes, aqui, atribui fortes traços endógenos:

(...) os próprios integrantes do MP, imbuídos da convicção de colocar a instituição a serviço da construção da cidadania, têm desenvolvido ações dentro e fora de seu círculo normal de atribuições visando a mudanças legais e constitucionais capazes de alterar profundamente seu papel institucional, e isso pelo menos desde o início dos anos 80.¹⁰³

A este movimento, Arantes atribuiu ao voluntarismo político: a perspectiva de que os integrantes da carreira, tal qual da Magistratura, consideram-se reféns dos poderes políticos e que estes seriam os principais responsáveis pelas mazelas da sociedade, estímulo que legitima a criação de instrumentos processuais que permitam demandas sociais e transformem o Judiciário em um lugar privilegiado para a solução de conflitos coletivos. A somatória da degeneração dos poderes políticos e da hipossuficiência da sociedade civil é que legitimaria a invasão dos representantes do MP e Magistratura na seara das políticas públicas.

Conclui Arantes:

(...) a politização de suas atribuições e o voluntarismo de seus integrantes transformaram o Ministério Público em um dos agentes principais do processo político no país. Seu combustível, embora reciclado, tem alto poder de explosão: a criação de

¹⁰³ ARANTES, Rogério Bastos. “Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, n. 39, 1999, p. 83. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>.

que a sociedade civil é hipossuficiente, de que os poderes políticos estão degenerados, e alguém precisa fazer alguma coisa”.¹⁰⁴

De certa forma, a crítica ao voluntarismo do MP e à distinção moral entre políticos e atores jurídicos representa exatamente o comportamento a que se referia Ingeborg Maus: a ideia de que repousa nos braços de promotores e juízes qualificações técnicas e morais superiores para decidir as mais importantes questões institucionais, aí incluídas as políticas públicas. Para Arantes, isso tem origem no que chamou de *visão titelar da sociedade* e como consequência provocaria o esvaziamento da política, com todos os seus deletérios reflexos para a democracia. Juntam-se aqui dois polos explosivos: a depreciação da figura do político e a sobrevalorização das personalidades do direito que, mais ainda do que expandir a judicialização da política, tende a provocar um segundo reflexo incômodo, a politização da justiça, que será melhor analisada no próximo capítulo. Observo que, em contraponto, os mecanismos de ausculta das Defensorias Públicas – como planificação aberta à sociedade civil e ouvidoria de participação externa – mitigam essa substituição: há uma nítida compreensão de que quem deve representar a sociedade civil, deve fazê-lo em sua companhia, a partir das prioridades que assinalam – o que não impede que a sobrerepresentação da opção jurídica continue sendo a que enfraquecer a via política também nessa esfera.

A dinâmica do empoderamento do STF resultou em críticas profundas dos setores mais conservadores. As decisões que reconheceram a união homofetiva, agregaram a anencefalia como causa legitimadora do aborto e adicionaram a homotransfobia na lei do racismo sofreram fortes reações de grupos tradicionalistas e religiosos. A elas se podem agregar outras decisões “progressistas”, como a validação da política de cotas raciais, a permissão da Marcha da Maconha,

¹⁰⁴ ARANTES, Rogério Bastos. “Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos”. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, n. 39, 1999, p. 90. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>.

a invalidação da Lei de Imprensa, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a proibição da condução coercitiva e, mais recentemente, a interdição de operações policiais nas comunidades carentes, no curso da pandemia do novo coronavírus.

Em grande medida, a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é que viabilizou esse encontro entre os pleitos progressistas e uma maior ambição legítima do STF. O conservadorismo acentuado das instâncias inferiores do Judiciário estimulou setores mais progressistas a buscar determinadas medidas, sobretudo de garantias processuais ou liberdades públicas, e aquilo a que se convencionou chamar de *pausa civilizatória*, diretamente junto ao STF.

De um lado isso permitiu pular as instâncias que, indiferentes aos princípios da Constituição de 1988, permaneceram atadas a um positivismo jurídico enquanto método e a um rigor autoritário enquanto ideologia. De outro lado, encontrou o STF do século XXI aderindo à nova hermenêutica constitucional – que rompeu com década de jurisprudência defensiva – e tomando contato com os instrumentos que o empoderavam.¹⁰⁵ As pautas garantistas e civilizatórias permitiram esse encontro, com que o STF passa a fazer aquilo que Luis Roberto Barroso denomina de *empirismo na história*, justamente nas situações em que a reação parlamentar conservadora impede qualquer avanço social.¹⁰⁶ Como previram Tate e Vallinder, a conjugação de uma sociedade civil organizada com a paralisa decisória dos poderes majoritários tinha efetivamente condições de contribuir para a expansão do poder judicial.

¹⁰⁵ Evocando algumas decisões proferidas com a composição a partir de 2003, como a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos (LCH) e a inaplicabilidade da prisão civil para depositário infiel, Denival Silva observa o relato atropado para incorporação do espírito da CF/88 no STF: “Ao que parece, a presença do Ministro Moreira Alves na Corte (decano durante vários anos) impedia que os demais fossem uma análise desses temas de forma consentânea com a Constituição Democrática”. SILVA, Denival Francisco da. *De guarda a vista. A construção do Poder Judiciário no desmonte da ditadura no Brasil*. Florianópolis: EMais, 2018, p. 245.

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. “A Razão sem Voto. A função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais”. In: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, 2016, p. 533.

Mas as contingências jamais deram um de influenciar o tribunal com as pressões políticas da imprensa – com o que se desferiram os “pontos fora da curva” da decisão da Ação Penal 170 (Mensalão) e posteriormente o recrudescimento penal derivado dos estímulos da Operação Lava Jato, sobretudo o cavalo de pau jurisprudencial em relação à interpretação da presunção da inocência.

De outro lado, como advertiu Hirschl, os tribunais têm se mostrado demasiadamente tímidos em relação a questões de justiça distributiva. No que se refere ao STF, isso seria um enfraquecimento a se considerar a forma como têm dado suporte à desconstrução das proteções sociais, por exemplo, com a aceitação sem restrições da terceirização, a adesão às reformas trabalhistas e previdenciária.

Mas, enfim, em que medida este espraçamento do judiciário sobre os demais poderes produz ganhos e em que medida é um risco para a sociedade?

A doutrina não delimitou os espaços precisos entre ativismo judicial e judicialização da política, tratando ora como coincidentes, ora como expressões dissonantes. Ativismo evoca, sobretudo, a lembrança histórica da superação da segregação racial que se deve à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, a partir dos anos 1950. A chamada Corte Warren supera a antiga jurisprudência que legitimava juridicamente a segregação com a fórmula *Separate but Equal*. Segundo esta proposição, desde que os serviços fossem prestados em igualdade de condições, era legítima a legislação que distinguisse os seres humanos pela cor de pele; se o ônibus era acessível a todos, não havia afronta à Constituição em separar uma parte dos assentos para brancos e outra parte para os “colored”.¹⁰⁷ O mesmo em relação a banheiros, assentos em restaurantes, espaços escolares etc. – o que, na prática, jamais aconteceu. A superação desse paradigma racista significou a maior afronta jurídica à chamada legislação Jim Crow, e foi contemporânea e influenciada pela forte mobilização pelos direitos civis.

Recuperando-se historicamente o conceito de ativismo, sob o manto do novo constitucionalismo, normatividade dos princípios e hermenêutica que garante eficácia à Constituição, haveria aí não um direito, mas um dever judicial de impedir que por ações nocivas e por

omissões dolosas, os direitos fundamentais previstos na Constituição simplesmente não saíssem do papel. A função judicial então seria a de evitar a desconstitucionalização de fato dos direitos, operada sobretudo pela omissão regulamentadora dos demais poderes.

Assim, compreendido, o ativismo judicial tem como limite o cumprimento dos direitos fundamentais, ou seja, a Constituição no que tem de mais essencial. Esse ativismo provoca, sem dúvida, uma invasão judicial no espectro das políticas públicas, justamente para determinar a realização de políticas designadas constitucionalmente. Isso vai influir tanto na esfera do Legislativo, como do Executivo, eis que reprovável que a paralisa política (premeditada ou causada pelos impasses partidários) obstruza a fruição de direitos que a Constituição assegurou.

O ponta-pé inicial desta judicialização das políticas públicas se dá a partir de dois direitos básicos, que são a essência da democracia social, que a Constituição de 1988 consolidou: o direito à educação e o direito à saúde. Assim, a determinação de criação de vagas em creches para crianças carentes¹⁰⁷ ou a responsabilização, por parte do Estado, da provisão de medicamentos e/ou procedimentos indispensáveis à preservação da vida.¹⁰⁸ Muitas outras políticas públicas foram sendo paulatinamente englobadas pela judicialização, sobretudo, como sublinhou Rogério Arantes, pela facilitação da ação civil pública – e, do que se depreende de sua análise, com os excessos que uma ideia

107 STF, RE 956475/RJ, relator Celso de Mello: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a elas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito de alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta (...), o efetivo acesso e atendimento (...) sob pena e configurar-se inaceitável omissão governamental.”

108 STF, Agr. no RE 271286-6, relator Celso de Mello: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionally tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.”

salvacionista podia provocar.

Isso explode em dois níveis distintos: primeiro nos juízes de primeira instância, submetidos a um novo tipo de processo, muitas vezes de interesses coletivo ou difuso, e acerca de matérias cuja tensão sobre a conveniência e oportunidade é evidente; em outro nível, uma tempestade perfeita se forma sobre o Supremo, no qual a alteração de sua composição, a incorporação de instrumentos para antecipar decisões vinculantes, e a superação do positivismo jurídico acontecem mais ou menos ao mesmo tempo.

Os excessos são evidentes, quando a judicialização da política se torna um fim em si mesmo. Levar o princípio da igualdade – principal vetor da Constituição – a cumprir seu papel equalizador é, sem dúvida, uma missão que a Constituição outorgou ao Judiciário. Por isso, reconhecer a igualdade para as uniões homoafetivas ou a desigualdade que autoriza ações afirmativas como as cotas raciais, estão claramente inseridas no cardápio do ativismo e de sua função contributiva de preservar a integridade e a eficácia dos direitos fundamentais. O mesmo se pode dizer do reconhecimento da efetividade da dignidade humana, que guiou a decisão acerca do aborto de feto anencefálico, ou a concretização da presunção de inocência, por intermédio do reconhecimento da legalidade das audiências de custódia.

Mas não se pode dizer o mesmo, por exemplo, da ânsia legislativa de regulamentar, sem mandato, a fidelidade partidária¹⁰⁹ ou discriminar o número de vereadores de cada Câmara Municipal. Vejamos como, nestas duas questões, o Judiciário efetivamente ultrapassou diversos semáforos.

No caso dos vereadores, a primeira decisão foi do STF, em março de 2004 (RE 197.917/SP). Por via do recurso extraordinário, o tribunal restabeleceu a sentença de primeiro grau que havia dado provimento à ação civil pública ajuizada pelo MP visando reduzir o

número de vereadores da cidade de Mira Estrela (SP), fixado em onze por sua Lei Orgânica. Como a Constituição previa que o número de vereadores fosse proporcional à população do Município, e estabelecia diversas faixas, sendo que a menor era de “mínimo de 9 e máximo de 21 nos Municípios até um milhão de habitantes”, impugnava-se a Lei Orgânica de Mira Estrela que fixara o número de 11 vereadores, para uma população de aproximadamente três mil habitantes. Embora fosse competência da Lei Orgânica do Município fixar este número e, ainda que o volume estivesse dentro dos limites constitucionais (entre 9 a 21), o STF entendeu que fixar em 11 vereadores para um município tão pouco povoado, descumpria o princípio que norteia o constituinte: a proporcionalidade.

A partir desta decisão, em controle difuso de constitucionalidade – em que o STF reconheceu inconstitucional uma norma editada segundo a competência e os limites da própria Constituição – o então presidente do TSE, ministro Sepúlveda Pertence, que fora um dos três ministros vencidos na votação (ao lado de Marco Aurélio e Celso de Mello), ainda assim entendeu que era o caso de se unificar a situação para todos os municípios. E isso foi realizado por intermédio da resolução 21.702/04, do TSE, com base “no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, IX, do Código Eleitoral”. Com isso, o TSE simplesmente criou uma nova tabela, com valores diversos daquela estipulada pela Constituição, muito mais detalhada, como exemplo:

¹⁰⁹ Debate Barroso a crítica de “excesso de ativismo”, com a justificação em si mesmo do excesso de ativismo: “(...) é fora de dúvida que a decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta do Congresso”. BARROSO, Luís Roberto. “A Razão sem Voto. A função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais”. In: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, 2016.

Nº DE HABITANTES DO MUNICÍPIO	Nº DE VEREADORES
até 47.619	9 (nove)
de 47.620 até 95.238	10 (dez)
de 95.239 até 142.857	11 (onze)
de 142.858 até 190.476	12 (doze)
de 190.477 até 238.095	13 (treze)
de 238.096 até 285.714	14 (quatorze)
de 285.715 até 333.333	15 (quinze)
de 333.334 até 380.952	16 (dezesseis)
de 380.953 até 428.571	17 (dezesete)
de 428.572 até 476.190	18 (dezoito)
de 476.191 até 523.809	19 (dezenove)
de 523.810 até 571.428	20 (vinte)
de 571.429 até 1.000.000	21 (vinte e um)

Do ponto de vista matemático, não há dúvidas de que a tabela providenciada pelo TSE possibilitava uma diferenciação mais proporcional; na verdade, criava uma distribuição proporcional a mais além daquela prevista, em linhas gerais, pela Constituição. E o fazia, supostamente, “*no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, IX, do Código Eleitoral*”. Ocorre que a competência inserida no Código Eleitoral apenas disciplinava a possibilidade de “*expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código*”. Mas a fixação do número de vereadores nem de longe seria necessária à “*execução do código*”. O TSE estava, na verdade, completando a Constituição e não o Código Eleitoral, que não tinha disposição alguma sobre limites de cargos de vereador.

A Constituição formulara duas regras para esta fixação: a-) competência da Lei Orgânica do Município para definir o número de vereadores; b-) limites materiais para essa fixação. As decisões judiciais não respeitaram nenhum destes parâmetros.

Prevedo a confusão que seria a amputação dos mandatos dos vereadores depois de iniciados, o STF na decisão paradigma modulou os efeitos para só atingir aos mandatos posteriores. No caso da resolução do TSE, no entanto, ela foi emitida em abril de 2004, seis meses antes da

eleição municipal do mesmo ano. Em razão disso, discutiu-se, inclusive, a infringência à regra da anualidade, segundo a qual, regras eleitorais só valem se editadas pelo menos um ano antes da eleição. O TSE repeliu também este obstáculo, com a seguinte fundamentação: “a resolução não altera o processo eleitoral, uma vez que o número de cadeiras do Legislativo não se confunde com o procedimento para seu preenchimento”.

Contrariados com a amputação de milhares de cargos de vereador Brasil afora, parlamentares aprovaram, enfim, uma emenda constitucional estabelecendo outra tabela também detalhada acerca da proporcionalidade, embora com parâmetros distintos daquela elaborada pelo TSE. A Emenda Constitucional 58 foi aprovada em setembro de 2009, mas determinava a retroação de seus efeitos à eleição do ano anterior. O STF, todavia, concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4507) para assentar a impossibilidade de retroação, justamente em face do art. 16, da Constituição – com o que voltara a considerar, para efeitos da anualidade, a questão da fixação do número de vereadores.

Importante assinalar que a argumentação do STF, que acabou por servir de base à resolução do TSE, externada pelo relator Maurício Correa, era a de que “a aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores, sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população, configura excesso de poder de legislar”. Ou seja, o STF entendeu que para além da relação de proporção expressa na Constituição, havia uma outra que era “cogente” (ou seja, obrigatória), embora não estivesse expressa. Em resumo, o STF achou que deveria ter uma norma mais detalhada de proporcionalidade, porque a norma de proporcionalidade que o constituinte escolheu era muito frouxa e, portanto, não dava à proporcionalidade o devido prestígio. Essa avaliação da insuficiência do texto constitucional, para fazer jus a seu “espírito” foi também o que norteou outra polêmica decisão judicial: a criação da regra da fidelidade partidária.

O então Partido da Frente Liberal (hoje DEM) consultou o TSE acerca da titularidade dos mandatos em eleição proporcional, nestes termos: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (Consulta 1398)”.

Por unanimidade, o TSE respondeu à consulta de forma afirmativa: ou seja, caso o parlamentar, eleito por um partido, o abandone, o cargo deve permanecer no partido (perdendo ele, portanto, o mandato). Embora não houvesse uma regra explícita na Constituição – e a perda de um mandato jamais pudesse ser objeto de uma interpretação extensiva – chamou atenção, entre os votos, a consideração do ministro Cezar Peluso:

Arriuso a diagnosticar que (...) uma das causas da debilidade dos partidos políticos reside, precisamente, na indiferença oficial e popular quanto à desenfreada transmigração partidária que se observa nos parlamentos. (...) o reconhecimento e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado.

Mais uma vez, o que transparece é a avaliação dos ministros acerca da conveniência da medida, sobretudo, como forma de *fortalecer a vida partidária*. A judicialização da política se repete, na medida em que a análise do texto constitucional cede ao impulso reformador, ou seja, a visão dos juízes acerca da fragilidade da vida partidária, na ausência da cláusula de fidelidade. Mas é exatamente isso o que acontece, consoante esclarece José Afonso da Silva, não apenas um dos principais constitucionalistas do país, mas um assessor presente nos trabalhos constituintes:

Mas a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, de- clara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.¹⁰⁰

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 407.

A solução, então, foi buscar uma chave-mestra que, como se verá, será o principal condutor da judicialização da política: o princípio da moralidade administrativa. Consta da argumentação do relator, ministro Cesar Ásfor Rocha:

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si – e exercer como coisa sua – um mandato eletivo, que se con- figura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado. O princípio da moralidade, inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática.

Recapitulando, a reprovável troca de legenda após a eleição, deixou de ser causa de perda de mandato segundo a Constituição de 1988, no corpo de uma decisão política, tomada por quem havia sido eleito para tomá-la; não obstante, considerando que esta medida causaria danos à integridade dos partidos políticos, ela reingressa no texto constitucional por quem não fora eleito para aprová-la. O ministro relator deixou ainda mais claro os motivos pelos quais a decisão era imperiosa:

Um levantamento preliminar dos Deputados Federais, eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a partidos políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram (...). Não tenho dificuldade em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquantum a higidez dessa movimentação, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade

de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga.

E assim o fazendo, o TSE, posteriormente abonado pelo STF, prosseguia em uma dinâmica que ganharia corpo mais adiante: a realização da reforma política via decisões judiciais, invadindo, sem pudores, o campo legislativo – ainda que, reconheça-se, com o estímulo dos próprios partidos, que se acostumaram a buscar nas decisões judiciais sucedâneos para as derrotas políticas. E, com base em uma suposta interpretação de princípio constitucional, esvaziou direitos da própria Constituição, ao acrescer regra então inexistente acerca de perda de mandato.¹¹¹

Enfim, o Judiciário criou a regra da fidelidade partidária como mecanismo de defesa do eleitor, mas logo se abriria em exceções: não vale para os cargos majoritários, como senador; não vale se houve motivos para a desfiliação (mudança ideológica do próprio partido); não vale se for para ingressar em nova legenda, nas chamadas janelas de transferência – todas exceções criadas pelo próprio Judiciário, considerando que a norma paradigma também não era descrita na Constituição. Ou seja, abriu-se, como em outras oportunidades, uma espécie de norma constitucional dependente de decisão judicial.

Do ponto de vista histórico, observe-se que a infidelidade partidária como condição de perda do mandato é novidade inserida na Constituição pela Emenda 1/69, no período da ditadura, e foi uma das primeiras cláusulas a ser revogada por emenda constitucional após posse do governo civil, em 1985 (Emenda 25), certamente porque a própria transição dependeu da infidelidade partidária dos então membros do PDS, que passavam a se constituir em Partido da Frente

¹¹¹ Como explicam Thales e Camila Cerqueira, por força do Código Eleitoral e da Lei 9.504/97, a Resolução do TSE até poderia ter força de lei ordinária, “jamais status constitucional”. Em resumo: atuou como legislador positivo constitucional, adiantando a reforma política, criando uma hipotrofia e invadido espaço do Poder Legislativo”. CERQUEIRA, Thales Tácito e CERQUEIRA, Camila. *Fidelidade Partidária e Perda de Mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 251.

Liberal.¹¹² A Constituição de 1988 não ignorou a questão da fidelidade partidária, mas relegou expressamente para os partidos, não trazendo de volta a regra criada na ditadura que, posteriormente, retorna pela interpretação constitucional do TSE, abonada pelo STF.

O avanço do STF também se revela na interferência sobre competências exclusivas da Presidência da República, como a decisão política da extradição ou a concessão de indulto;¹¹³ mais ainda a vedação a nomeação de ministros com base em supostos desvios de finalidade. Nestes casos, e tantos outros que estão povoando o cotidiano forense, até de pequenos municípios, o que se verifica é uma expansão exagerada de poder, quase exclusivamente fundamentada, como já adiantamos, no princípio da moralidade administrativa.¹¹⁴

¹¹² Como lembra Rocha: “Na composição, Marco Maciel era o preferido da ala dos autênticos para ocupar a candidatura de vice-presidente na chapa do PMDB. A Emenda Constitucional 11, de 1978, no entanto, impunha perda de mandato ao candidato que disputasse eleições depois de trocar de legenda partidária. O voto atinga Maciel, mas não alcançava José Sarney, que havia sido eleito senador em 1978 - e era o preferido de Tancredo”. ROCHA, Antônio Sérgio. “Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização”. *In: Lina Nova*, n. 88. São Paulo, 2013, p. 51. E continua: “No início de 1985, às vésperas da posse do novo governo, o Congresso Nacional instalou uma Comissão Interpartidária sobre Legislação Eleitoral e Partidária. O Objetivo era dar os primeiros passos rumo à nova institucionalidade democrática, por meio da eliminação de alguns dos principais entraves legais postos na ordem pública pelo autoritarismo. Tratava-se do que a época se chamou ‘remoção do emulho autoritário’. Nesse movimento, que contou com extensão do direito de voto aos analfabetos, a abolição da sublegenda (que viera do Pacote de Abril), a supressão do voto vinculado, a volta à legalidade dos partidos casais, entre outros dispositivos, estava contida também a volta à legalidade dos partidos casais”.

¹¹³ No caso da extradição, venceu por dimínuta margem (6x5) a tese de que a decisão judicial da extradição era mesmo uma condição necessária, embora não suficiente, para presidência da República, inclusive pelas consequências diplomáticas, sempre foi de Bartsis, cuja concessão acirrada deu-se acerca da extradição de Cesar base do princípio da moralidade administrativa. Diversa foi a posição tomada pelo STF em três oportunidades em que impediu, liminarmente, a posse de ministros nomeados pelo presidente da República: Lula, no governo Dilma; Cristiane Brasil, na presidência de Michel Temer e Alexandre Ramagem, por Bolsonaro. Em nenhum dos casos, houve finalidade, ou seja, a probabilidade de que ao nomear o ministro, o presidente tivesse intenção de satisfazer outro desejo (conceder o foro privilegiado, no caso de Lula; patiar advocacia administrativa em prol dos filhos do presidente, no caso de Ramagem).

¹¹⁴ Como afirma Perez Tremps, preocupante é o fato de que a importância da justiça

O que está em jogo aqui não são direitos fundamentais sonegados, a que o Judiciário não pode se omitir em efetivar; mas subjaz uma certa lógica de superioridade moral, partindo de quem, com isenção, delimita a forma justa e ideal de administração, sobre a forma corrupta e predatória que estaria dilapidando os bens públicos, sem reconhecer que a política é, por excelência, um produto de escolhas, inviável de ser exercida sob uma base abstrata.

Assinalando os percalços da representação – a *difficuldade do sistema representativo de expressar efetivamente a vontade majoritária da população* –, Luís Roberto Barroso faz uma distinção entre juízes e políticos que ajuda a compreender em que se funda essa ideia de supremacia judicial:

Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. (...) o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz uma inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade.¹¹⁵

no processo de legitimação do Estado democrático acaba sendo por vezes excessivo, sobretudo porque vem “cobrir” as lacunas que outras instituições, uma instituição tirada de seu lugar natural, com todos os riscos que isso comporta, em especial a invasão em outros poderes. Por tudo isso, sugere que o juiz constitucional esteja ele mesmo inibuído do “self-restraint” (op.cit). Preocupação que não parece ter o ministro Barroso, para quem este papel já tem sido exercido pelo STF com “razoável parcimônia”.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “A Razão sem Voto. A função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais”. In: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, 2016. Em grande medida pelo fato de terem sido aprovados em concursos públicos, o que estaria valendo inclusive para o STF, sobretudo em sua então composição (o texto foi escrito em 2016): “Na prática, porém, a quase integralidade dos Ministros integrantes da Corte é composta por egressos de carreiras jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos”.

A construção do modelo ideal de política, sem política, tende a produzir um desgarre sobre o que mais se pretende defender, a democracia. É esse aliás o principal subproduto da judicialização da política, a despoliticização da sociedade – dos movimentos sociais aos partidos – e, conseqüentemente, o desprestígio pela própria democracia.¹¹⁶ Quem se locupleta com a antipolítica, ao final, são aqueles que não dependem da democracia para o exercício do poder.

Entre o ativismo que garante direitos fundamentais e é inscricível e a judicialização que apenas substitui os executores de políticas, com base em premissas morais, existe uma classe de ações, cuja simonia de equilíbrio não é simples de ser encontrada. Um exemplo disso é a judicialização no campo da saúde. O desabrigo de quem não consegue comprar medicamentos ou realizar procedimentos urgentes para a preservação da vida dificilmente é recusado em juízo, o que muitas vezes pode resultar, face ao vultoso com que o mecanismo ganhou, em uma repartição orçamentária que não prime pela eficiência ou pela justiça. A questão central é que as demandas individuais atingiram um volume tão expressivo que hoje são determinantes das políticas públicas – ainda que sem uma prévia escolha política. De lado a lado mecanismos têm sido pensados para lidar com uma situação que já saiu do controle.

Pelo lado do Judiciário, tem havido constante crescimento dos paradigmas de restrições (critérios de suficiência econômica, vedação à utilização *off-label*, concentração de competência nos casos de medicamentos experimentais¹¹⁷). Pelo legislador, a inserção do constitucionalismo como medida de contenção, na LINDB. Mas é fato que ainda

¹¹⁶ Denival Silva: “(...) quanto menor a participação do Judiciário na solução das questões ligadas à vida democrática, maiores são suas qualidades”. SILVA, Denival Francisco de. *De guardião a vilão. A construção do Poder Judiciário no desmoronar da democracia no Brasil*. Florianópolis: EMais, 2018, pp. 236-237.

¹¹⁷ Tema 106 do STF (em repercussão geral): “A concessão dos medicamentos não inseridos em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos barmecidos pelo SUS; ii) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

carecemos de mecanismos mais permeáveis de soluções de conflitos que envolvem políticas públicas, cujo cumprimento e acompanhamento nem sempre pode-se conter na chave *deferre-indefere*.

Deve-se levar em conta também os efeitos do princípio da inércia, segundo o qual a iniciativa de suscitar o Judiciário é sempre de uma parte – do cidadão desenganado com a omissão do Poder Público, do líder da minoria, em face de manobras da Casa Legislativa etc. Como lembra Da Ros, abrir mão destas funções de “elevada saliência política” não é algo que dependa exclusivamente dos juízes:

Convém observar, contudo, que se afastar dessa lógica não é uma tarefa fácil para o STF, eis que esta em grande medida independe de decisão própria do tribunal. Não apenas o desenho institucional do órgão, mas também seus usos pelos diversos proponentes (especialmente partidos políticos), acabam obrigando o tribunal a ter de analisar a constitucionalidade de praticamente todo tipo de legislação e política pública adotada em âmbito nacional e mesmo estadual, aproximando-se mais do que afastando o STF de temas com imediatos reflexos político-partidários.¹¹⁸

Mas esta também é uma meia-verdade, porque também pressupõe a aceitação de uma competência que abre portas para um semi-número de processos que, segundo as práticas mais antigas de *self-restraint*, nem sequer seriam suscitados.

Na análise dos diversos modelos de judicialização, em *The Global Expansion of Judicial Power*, Tate e Vallinder chamaram atenção para o caso italiano, que vivia a *transformação jurídica mais significativa desde o fascismo*, no qual líderes seriam “juízes” (na verdade o que reconheceríamos aqui, e também nos Estados Unidos, como promotores, no modelo

italiano integrados na mesma carreira da magistratura). Referindo-se às consequências então visíveis da Operação Mãos Limpas, afirmam que a política italiana teria sido massivamente judicializada. E, em companhia dos analistas italianos, apontam que “a expansão do poder de juízes quase completamente independentes e irresponsáveis está causando sérios danos às liberdades dos italianos”.¹¹⁹ Isso sem ainda contabilizar a ironia histórica da chegada ao poder de Silvio Berlusconi, em face da degradação dos partidos tradicionais na “luta contra a corrupção”.

No âmbito do sistema penal, a judicialização da política se opera em uma espécie de *ativismo persecutório* – a superação de regras tradicionais do processo para supostamente aumentar a eficácia do sistema repressivo. A busca em atender uma vontade popular, todavia, não consubstanciada na Constituição. Poucos institutos serviram tão bem de exemplo quanto a utilização da condução coercitiva dos indicados não intimados, no bojo da Operação Lava Jato. A ideia da coerção na condução só faz sentido jurídico na resistência do intimado ao comparecimento a determinado ato. Mas segundo as novas regras, a condução coercitiva era determinada pelo juiz para que o indicado fosse levado à delegacia para prestar declarações, de surpresa, ao mesmo tempo em que eram cumpridos mandados de busca e apreensão, em endereços a ele vinculados. A coerção, que na lei se destina a romper a desobediência, a reverter a contumácia, tinha na verdade o objetivo de embaraçar a defesa, dificultar acesso à orientação jurídica, e turbar o conhecimento do indiciado acerca de eventuais apreensões. Enfim, esvaziar e não prestigiar a ampla defesa, de status de direito fundamental.

Mais do que uma “condução coercitiva”, o ato representava uma espécie de prisão de curfíssima duração, construída, sobretudo, para fragilizar a defesa. Para justificar, a explicação de que a condução coercitiva seria *relição de danos*, evitando a decretação de uma prisão preventiva, cuja cautelariedade, por óbvio, tampouco se demonstrava.

A ilegalidade desta fúria persecutória, louvada anos a fio pela imprensa que glorificou a imagem de todos aqueles que nela se

¹¹⁸ ROS, Luciano da. “Difícil hierarquia: a avaliação do STF pelos magistrados da base do Poder Judiciário”, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 9(1), 2013, pp. 55-56. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdiretgv/article/view/20889/19613>. Acesso em: 14 jun. 2021.

¹¹⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: NYUP, 1995, p. 521. [Trad. Ivrcj].

empenharam, só foi efetivamente reconhecida anos depois. O STF em decisão por maioria (ADPF 395 e 414), adotou o art. 104 do CF (Súmula de Processo Penal, para repular inconstitucional o artigo 104 do CF “para *interrogatório*”). Mesmo quem votou no sentido contrário, como por exemplo, a ministra Carmen Lucia, deu voto que a condução coercitiva poderia ser realizada se derivada de uma recusa de comparecimento a intimação – o que nunca fora o caso ventilado na Operação Lava Jato. Mais adiante, Gilmar recomeçaria essa inovação da Operação Lava Jato como um dos indícios da parcialidade do juiz Sérgio Moro, no contexto de sua atuação como juiz e acusador.

De toda a forma, mesmo reputando a condução coercitiva como inconstitucional, o STF cometeu a imprudência de não anular os processos em que ela teria ocorrido, pois não viu “necessidade de debater qualquer relação dessa decisão com os casos preferíveis”. A modulação apenas para o futuro deixou, em desabrigo, a tutela da ampla defesa, cuja *pausa democrática*, ou uma forma mais palatável de descrever o estado de exceção, foi indiretamente reconhecida. Difícil de explicar do ponto de vista jurídico, a decisão de anular os processos tinha, à época, um enorme custo político que apenas o tempo atenuaria. Essa também pode ser uma explicação para a decisão de reconhecer a incompetência da 13ª Vara da Justiça Federal (e assim anular todos os processos) anos depois da arguição das Defesas, monocraticamente pelo ministro Edson Fachin. A importância do componente político da decisão judicial é uma das questões centrais que move este ensaio, sobretudo o difícil equilíbrio entre protagonismo e submissão, mas deixemos no seu escaquinho para discuti-lo no próximo capítulo.

Enfim, a impossibilidade de permitir este ativismo persecutório de que se falou, se dá justamente pelo fato de que não há, na decisão judicial, nenhum intuito de preservar ou garantir direitos fundamentais. Ao revés, a ampla defesa sai dele sempre esfacelada. Como assinalam Melchior e Casara:

(...) o ativismo judicial em matéria criminal é absolutamente prejudicial à tutela dos direitos fundamentais por várias razões. Ao transformar o Estado-Juiz em agente de uma suposta “quest-

ra contra o crime”, o ativismo desloca o local constitucionalmente demarcado para o discurso do julgador (lugar da imparcialidade), possibilitando/sugerindo a atuação abusiva do poder jurisdicional, ao mesmo tempo em que fragiliza o regime das garantias constitucionais (que, nesse quadro, passam a ser percebidas como óbices à eficiência bélica).¹⁹⁰

Não à toa, os autores defendem um *passivismo judicial*, uma espécie de *self-restraint* no âmbito criminal, de modo a, pelo menos, minorar as arbitrariedades.

Um outro exemplo do ativismo no âmbito criminal é a interpretação a partir de uma suposta *evolução constitucional* com que o STF chegou a esvaziar a cláusula pétreia da presunção de inocência, permitindo a chamada “prisão em segundo grau” – ainda que depois tenha voltado atrás, por uma diminuta margem, conforme será apreendido no próximo capítulo.

Entre os argumentos empregados, um suposto *repúdio social à impunidade* que, reconhecido sem a mediação de norma legal, representaria a judicialização da política em estado bruto – ou seja, a autorização para que o Judiciário busque por si só traduzir desejos na sociedade, que ainda não foram transformados em leis pelo Congresso. Essa recolla direta da vontade popular, a par de ser de impossível realização justamente pelo corpo técnico e “apolítico” do Estado, tende a dinamizar a função contramajoritária do juiz. E aqui a solução do paradoxo pode causar um problema ainda maior: se é ruim a situação de descrédito no juiz (o que, todavia, não impede que as pessoas depositem neles sua esperança), pior ainda é a do juiz que corre atrás para corresponder ao anseio popular.

Essa ânsia de legitimação às avessas põe em risco o que o juiz tem mais particular, a natureza de seu trabalho, inconciliável com a forma de decisão dos demais poderes, ou seja, submetidos às maiorias,

190 CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileira: Dignidade e Crítica: conceitos fundamentais*, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 193.

CAPÍTULO I – A COMIDA DO ASILO

portanto, aos apelos populares. A indistinção da atuação judicial será, como veremos a seguir, justamente o seu calvário.