

CADERNOS



O STF no processo político brasileiro 2: do Golpe à Eleição de 2018

Andrei Koerner

n. 126

Dezembro de 2018



O STF no processo político brasileiro 2: do Golpe à eleição de 2018

Andrei Koerner

Cadernos Cedec nº 126

Dezembro de 2018

CONSELHO EDITORIAL DOS CADERNOS

André Botelho, Angélica Cuellar (UNAM, México), Cícero Araújo, Eucaris Olaya (UNAL, Colômbia), Germán Silva Garcia (ILAE, Colômbia), Iram G. Rodrigues, Miguel Chaia, Pedro Meira Monteiro (Princeton, EUA), Raquel Kritsch, Reginaldo Moraes, Sebastião Velasco e Cruz, Tullo Vigevani

DIRETORIA

Presidente: Andrei Koerner

Vice-presidente: Bernardo Ricupero

Diretor-tesoureiro: Eduardo Garuti Noronha

Diretor-secretário: Cecilia Carmem Pontes Rodrigues

Diretor de Publicações: Bruno Konder Comparato

EDITORES

Maria Rita Aprile

William Torres Laureano da Rosa

Cadernos CEDEC / Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. – n. 1,
(1983)– . – São Paulo: CEDEC, 1983–

Irregular, 1983 (1)–2017(122); quadrimestral, 2017(123-)

ISSN 0101-7780 (impresso)

A partir do n.123 somente online (impressão apenas sob demanda).

I. Centro de Estudos de Cultura Contemporânea.

CADERNOS CEDEC – NOVA SÉRIE

Cadernos Cedec é publicação seriada, de periodicidade trimestral, que tem o objetivo de divulgar resultados de estudos e pesquisas sobre temas diversos de interesse do CEDEC, realizados por seus associados, por pesquisadores convidados e pela comunidade acadêmica.

Iniciada, em 1983, a publicação dos *Cadernos* chegou a 121 números, em 2016. A partir de 2017, os *Cadernos Cedec* iniciam Nova Série, com redefinição de seus objetivos, modelo e forma para adequar a divulgação do conhecimento às condições atuais das mídias digitais.

Trata-se da publicação de trabalhos com escopo e extensão mais amplos que artigos de periódicos científicos. A ênfase se refere à apresentação detalhada de problemas e objetivos de pesquisas, sua formulação teórico-metodológica, dados levantados e análises ampliadas dos resultados alcançados. Os *Cadernos* também incluem dossiês temáticos e a memória de seminários e debates sobre temas da atualidade e de outros eventos realizados pelo CEDEC e/ou por instituições parceiras.

O Conselho Editorial passa a integrar novos membros, brasileiros e estrangeiros. Com isso, será possível assegurar a pluralidade de temáticas e de perspectivas teóricas e metodológicas, mantendo a diretriz institucional que privilegia a qualidade da pesquisa em temas prioritários.

Os *Cadernos Cedec* passam a ser publicados exclusivamente em mídia digital. Sua identidade visual e projeto gráfico foram remodelados e as publicações serão inseridas em plataforma de editoração eletrônica (SEER) para facilitar o acesso aos leitores e sua indexação em bases de dados.

Os *Cadernos Cedec* adotam as mesmas normas de publicação que a Revista Lua Nova (<http://www.cedec.org.br/luanova/artigos/>), mas com extensão de 35 a 80 páginas ou de 75 a 175 mil caracteres.

Dado o seu caráter institucional, os *Cadernos Cedec* recebem apenas propostas de publicação apresentadas por integrantes de seu Conselho Editorial e de seus associados.

Sumário

Apresentação	5
A Sociologia Política das Instituições Judiciais no Brasil	7
O direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora	12
O direito como racionalidade prática	14
Do conservadorismo constitucional ao elogio do ativismo judicial	15
Da denúncia da corrupção e o seu combate como armas políticas	17
O Judiciário como arena de moralização da política?	18
Bibliografia	22
O poder independente das instituições judiciais como solução e como problema para a democracia brasileira	24
Rumo a um impasse? Limitação das atribuições constitucionais e fim do insulamento	27
Críticas e problemas atuais	27
A necessária discussão sobre instituições judiciais e juízes na democracia brasileira	29
Os tempos da jurisdição e as lógicas sociais	31
O habeas corpus de Lula, a fala de Rui e o silêncio de Carmen	35
O jogo político do STF e o golpe	38
Introdução	38
O Poder Judiciário no estado de direito: o imperativo institucional de consistência das decisões judiciais.	40
Oscilação de decisões do STF e política oligárquica: exemplos e análise	43
Coalizões políticas e estabilidade jurisprudencial	45
O sentido da oscilação jurisprudencial na crise de 2015-6: apoio ao golpe	47
A Constituição de 1988 faz trinta anos?	50
Direitos Humanos, Democracia, Constituição e Judiciário	55
Jurisdição constitucional e crise no Brasil: questões para a pesquisa política	60
Introdução	60
Instabilidade política e incerteza do marco constitucional objetivo	60
Como analisamos a jurisdição constitucional	63
Existe jurisdição constitucional no Brasil?	66
A produção normativa pela jurisdição constitucional em situações tensas	68
Conclusão	70
O STF e a erosão da democracia constitucional no Brasil	72

Apresentação

Os Cadernos Cedec n^os 125 e 126 trazem artigos e outros trabalhos produzidos entre 2012 e 2018 sobre o STF na política brasileira⁰¹. Para adequar a publicação dos textos às diretrizes editoriais dos Cadernos, eles foram divididos em dois números, que compreendem os períodos de 2012 a 2016, da campanha pela moralização da política ao golpe parlamentar do *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff e de 2017 a 2018, do após golpe à eleição presidencial.

Neste número, analisam-se os problemas da independência judicial para a política democrática, a atuação do STF no golpe parlamentar, os efeitos da política tensa na dinâmica interna do Tribunal e as implicações da atuação dos ministros para o processo político e a eleição de Jair Bolsonaro. Manteve-se o foco nos eventos imediatos e processos de curta duração, combinando análise conjuntural, reflexões históricas e discussões sobre a pesquisa acadêmica sobre a jurisdição constitucional.

A experiência dos últimos tempos coloca-nos diante de questões que pareciam superadas: qual a relevância de pesquisar tribunais, doutrinas e outros materiais jurídicos no Brasil, uma vez que eles se mostram permeados por polaridades políticas e sociais? Em outros termos, pode-se afirmar que justiça, direito, jurisdição constitucional existem no Brasil? Se existem, o que seriam e como se exercem? Qual seria o ponto de vista adequado para pesquisar e refletir sobre o tema?

O jurídico – tribunais, juristas, suas técnicas e lógicas de ação – deve ser pensado a partir da singularidade da nossa formação social e pesquisado em suas relações com outras dimensões da política e da sociedade. Da mesma maneira, os conceitos derivados dos modelos de democracia constitucional são inadequados para pesquisar a jurisdição constitucional no Brasil. Nessas condições, não se deve tomar como dadas as funções, as identidades e os recursos dos agentes nem, sobretudo, atribuí-las em função de seus papéis ou posições institucionais. Enfim, é preciso realizar a análise de situações ambivalentes, conjunturas fluidas, reversões de tendências por meio de um jogo de escalas que combine macro e micro-análises para gerar hipóteses e informações mais densas para responder às questões de pesquisa.

Os textos não elaboram teoricamente essas proposições, pois neles a busca por no-

01 Nossas pesquisas se beneficiam de financiamentos do CNPq, no quadro da bolsa de produtividade em pesquisa nos períodos 2012-2015, 2015-2018 e 2018-2021, com os projetos *Mudança institucional e pensamento constitucional I, II e III*, e de bolsa da Capes de estágio sênior no exterior no IHEAL-Universidade Paris 3, no ano de 2015-16.

vas formas de pensar situa-se na sua forma de expressão, nas dobras dos argumentos e nas implicações das análises realizadas. Em suma, recoloca-se o problema – ‘antigo’ – da própria pertinência das questões, conceitos e esquemas de análise que usamos, diante de uma sequência de eventos aparentemente mais próxima de um realismo fantástico. A reflexão sobre a relevância teórica e a adequação semântica de nossa pesquisa deve estar sempre presente.

Foi mantida a forma original dos textos, escritos como roteiros de aulas, artigos acadêmicos ou artigos de opinião publicados nos sites Carta Maior (www.carta.maior.com.br) e Jota (www.jota.info). Agradeço a Joaquim Palhares e Felipe Recondo, editores dos sites, e a Fernando Fontainha e Cristiano Paixão, coordenadores das colunas no site Jota. A Alvaro Bianchi, Fabiano Engelmann, Samuel Barbosa, Paulo Endo, Katya Kozicki e Cláudia Maria Barbosa pelos convites para publicações, aulas públicas e participação em seminários. E a Celly Cook Inatomi, coautora de dois artigos.

A Sociologia Política das Instituições Judiciais no Brasil⁰¹

☞ Mas quem se interessaria em pesquisar um assunto como esse?” Em julho de 1991 eu estava em Buenos Aires para o Encontro da IPSA e fazia o passeio, obrigatório numa época anterior à Internet, pelas livrarias da cidade em busca de obras de ciência política e sociologia sobre o Poder Judiciário. A resposta enfática do livreiro me desencorajou. De fato, não deveria haver muita coisa, ao menos publicada, pois mesmo nas sessões temáticas sobre o Judiciário do Encontro havia apenas pesquisadores dos Estados Unidos (e um ou outro canadense) discutindo o tema em seu país. Sem dúvida, pesquisa sócio-política sobre o assunto era algo que só interessava os norte-americanos, pois – e o senso comum formado a partir da experiência do autoritarismo confirmava – todos sabíamos que Judiciário, bacharéis e, em geral, o direito, não tinham importância alguma em nossas sociedades capitalistas periféricas, a não ser o de servirem de instrumento de dominação e exploração. O livreiro repetia com a verve típica dos portenhos algo que eu conhecia bem, pois era o que ouvia em – quase – toda parte quando falava qual era o tema dos meus estudos. Estudos, mesmo jurídicos, sobre o tema eram raros e os cientistas sociais não o conheciam: não sabiam quais as fontes e onde encontra-las, quais eram as teorias, métodos e técnicas de pesquisa então em voga, e muito menos se e como elas poderiam ser utilizadas para pesquisar as instituições judiciais brasileiras.

Seria o caso de, um dia, fazer uma história longa das obras com análises sócio-jurídicas e políticas sobre o direito e o Judiciário no Brasil. Como simples apontamentos, lembremos que argumentos sociológicos, marcados pelo positivismo, o evolucionismo e o culturalismo, foram centrais na luta contra o Império e a escravidão. Talvez se possa sugerir que uma compreensão sócio-política do direito no Brasil é inaugurada com o *Abolicionismo* de Joaquim Nabuco, e não nos estudos de polêmica doutrinária de Tobias Barreto. Na Primeira República, o discurso jurídico era permeado por argumentos “sociológicos”, e os cursos de direito incorporaram nos seus currículos a sociologia e a história do direito, com a produção de alguns manu-

⁰¹ Artigo de dezembro de 2016. Este texto reproduz em parte o prefácio da coletânea *Sociologia Política das Instituições Judiciais*, organizada por Fabiano Engelmann.

ais, como a *História do Direito Nacional*, de Martins Júnior. Nos anos vinte, análises sociais discutiam o papel do Judiciário e do direito na formação da nacionalidade, o papel do Estado na direção da sociedade e da economia e a crítica ao caráter de classe das instituições jurídicas.

Nos anos trinta, reflexões importantes – e muito distintas – sobre o tema estão nas obras dos sociólogos-historiadores clássicos sobre o Brasil: Sérgio Buarque, Caio Prado Júnior e Gilberto Freyre. Este, por exemplo, considerava que as regras do direito civil sobre a propriedade e os contratos eram aplicadas de forma benevolente pelo fato de os índios e escravos não conhecerem tais noções, interpretação que, aliás, já havia sido proposta por Clóvis Bevilacqua. Caio Prado Júnior faz inúmeras referências às relações entre legislação colonial e poder local dos proprietários rurais e a sua obra tem implicações para a pesquisa sobre as articulações entre jurisdição, estrutura social e poder político. Orlando Gomes realiza análises do direito civil brasileiro com referências ao marxismo. Noutro polo do espectro político, não se pode omitir a obra de Oliveira Vianna, que valoriza a efetiva independência dos juízes para a realização da liberdade civil no país, e a de Miguel Reale, cuja filosofia articula direito com a experiência social e, portanto, com história e a cultura.

No Estado Novo, realismo sociológico e o sentido instrumental do direito são omnipresentes nas discussões para a renovação da legislação, a unificação do Judiciário, e, especialmente, a legislação social. A mesma concepção mantém-se depois da redemocratização de 1946 quando são publicadas as obras de referência, *Coronelismo, Enxada e Voto*, de Victor Nunes Leal, e *Os Donos do Poder*, de Raymundo Faoro, cujas análises sobre as relações entre poder estatal e sociedade trazem importantes desenvolvimentos e tem implicações para a discussão sobre o direito na nossa formação social e o papel nela desempenhado pelo Judiciário.

Uma concepção instrumental e realista de direito estava, por certo, nos planos de juristas reformadores desde a década de cinquenta, alguns dos quais se aliaram aos militares no golpe de 1964, como Themístocles Cavalcanti e Oswaldo Trigueiro. Sobre esse assunto, a referência é o livro *Legal Imperialism*, de James Gardner. Nos anos sessenta e setenta, não se pode omitir autores, com maior ou menor distância em relação ao regime como Aliomar Baleeiro, Lênine Nequete, Leda Boechat Rodrigues e Alberto Venâncio Filho publicaram estudos sobre tribunais e as faculdades de direito. Temos também os livros de Stuart Schwarz e de Thomas Flory, assim como o clássico *Homens Livres na Ordem Escravocrata*, de Maria Sylvia de Carvalho Franco.

Nos anos oitenta, houve diversos trabalhos na área, como os de Boaventura de Sousa Santos, Joaquim Falcão, Augusto Thompson, Eliane Botelho Junqueira, Wanda Capeler, Roberto Kant de Lima, Sérgio Adorno e, na antropologia, Marisa Corrêa, Margarida Moura, Alba Zaluar entre outros, sem contar trabalhos monográficos sobre temas que envolviam e implicavam o judiciário e o direito. A produção em direito incorporava dados, argumentos ou teorias sociológicas, ou assumia uma postura francamente crítica, como a obra de Roberto Lyra Filho (UnB) e o grupo “Direito Achado na Rua”, a de Luiz Fernando Coelho (UFPr) e a de Tarso Genro (UFSM). Ao longo dos anos oitenta, o debate sobre a transição envolvia a reflexão crítica sobre o marxismo e as perspectivas para a democratização, com a valorização do estado de direito. Sob esse aspecto, lembramos pesquisadores como José Maria Gomez (PUC-RJ), Luís Alberto Warat e Leonel Severo Rocha (UFSC). Na Unisinos, Antônio Carlos Wolkmer começava sua trajetória de pesquisador, com ampla produção em sociologia e história do direito, associando-se ao movimento do direito alternativo, que se tornou relevante no início da década seguinte. Na UFPE, Luciano de Oliveira analisava as relações da esquerda com os direitos humanos e a democracia. Na USP, sob a influência de Luhmann, Tércio Sampaio elaborou uma reflexão sobre a dogmática jurídica, enquanto Eduardo Faria procura produzir uma sociologia funcionalista sobre as relações entre direito, judiciário e modernização no Brasil.

É dos anos oitenta o grupo de trabalho “Direito e Sociedade” na ANPOCS, que reunia pesquisadores de diferentes campos do direito e das ciências sociais. Depois de sua dissolução, parte de seus integrantes continuaram a participar da ANPOCS e mantiveram pesquisas em sociologia e antropologia sobre relacionados à violência e movimentos sociais, enquanto outros investiam na criação do CONPEDI, onde apresentavam suas pesquisas em sociologia do direito, filosofia do direito, criminologia etc. Cheguei a participar das reuniões do grupo em 1988 e a sua extinção foi sentida por todos os que tinham interesse no tema, pois não havia espaços específicos na ANPOCS nem noutras associações de ciências sociais para o diálogo entre pesquisadores.

Nesses trabalhos, o problema do autoritarismo era central e o conhecimento do Brasil não era estudo de caso, mas algo imposto pela experiência, e a reflexão se fazia de modo a ter implicações para as escolhas e a ação. O problema levantava uma agenda ampla e multidisciplinar de pesquisas, dado que ele supunha analisar o peso da trajetória histórica e de fatores estruturais, as suas dimensões culturais, as suas formas organizacionais, as suas consequências para a participação

e a efetividade dos direitos, bem como para a instabilidade das instituições liberais-democráticas. A partir de então, embora o problema continue presente, outros passaram ao centro da agenda.

Em ciência política, o interesse pelas instituições judiciais certamente começa no final dos anos oitenta e início dos anos noventa, com questões relacionadas à Constituição de 1988, à consolidação da democracia, à dinâmica institucional e a efetividade dos direitos. Mas, no início dos anos noventa, a agenda passa a ser marcada por questões relacionadas à globalização, a governabilidade e a judicialização da política, em que o Judiciário e o direito eram analisados do ponto de vista das políticas públicas com foco em problemas como a legitimidade e eficiência da gestão governamental e uma preocupação com as reformas institucionais, em linha com a agenda posta pelas agências financeiras internacionais. A partir do fim da década de noventa, o neoinstitucionalismo já começava a se difundir no estudo do direito e do Judiciário, e ser a marca da formação de boa parte de novos pesquisadores. São recentes as pesquisas centradas em processos institucionais, em perspectiva comparada, que formulam problemas abstratos de pesquisa e adotam métodos estatísticos sofisticados para elaborar explicações gerais. Nossas pesquisas estiveram na contra-corrente, pois, em conjunto com amigos e colegas, mantivemos o enfoque crítico na singularidade das instituições judiciais brasileiras em função de nossa trajetória histórica. Para isso, investimos numa espécie de sócio-história das instituições judiciais e do pensamento jurídico, em que questões colocadas por Foucault são examinadas com estratégias de pesquisa e instrumentos de análise da ciência política, utilizando-se conceitos da teoria da ação weberiana e das relações estruturais entre economia e política do marxismo.

Ao longo dessas décadas, muita coisa mudou, a começar pela percepção sobre a relevância política e social das instituições judiciais na democracia, o que está associado sem dúvida à ampliação da sua capacidade institucional, o profissionalismo dos bacharéis e a independência dos agentes judiciais – embora não seja raro que o viés político e as arbitrariedades que costumam confirmar o senso comum do passado. Do ponto de vista da pesquisa, a situação também mudou, pois formaram-se grupos de pesquisa especializados, há publicações numerosas e encontros regulares nas principais associações internacionais. Desse modo, se as instituições judiciais e o papel social do direito se tornaram problema público nas últimas décadas, pesquisadores de diversas áreas das ciências sociais, história e direito têm trabalhado para conhecê-lo e discuti-lo.

É crescente o número de trabalhos sobre o tema no Brasil. Das publicações recentes, de Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

stacamos o dossiê “Direito, História e Ciências Sociais”, da Revista *Estudos Históricos*, do CP-DOC-FGV, organizado por Luciana Heynmann, Marco Aurélio Vannucchi e Paulo Fontes⁰², e “Para além do ativismo e da Judicialização, da revista *Mediações*”⁰³, da UEL. Em vias de publicação, a coletânea *Sociologia Política das Instituições Judiciais*, organizada por Fabiano Engelmann, e editada pelo do CEGOV- Centro de Estudos sobre o Governo da UFRGS; a coletânea *Política e Direito na Suprema Corte Norte-Americana: Debates Teóricos e Estudos de Caso*, organizada por Andrei Koerner, e publicada pela UEPG; e o dossiê “Movimentos Sociais e o Direito” do *CADECS - Cadernos Eletrônicos de Ciências Sociais*, da UFES, organizado por Cristiana Losekann.

A crise política atual, e o papel nela desempenhado pelo STF, as instituições judiciais e os juristas, redefinirá a nossa agenda de pesquisas. Romperam-se, novamente, as aparências: quebrou-se o verniz de liberalismo político do Judiciário, esvaiu-se a aparente autonomia do campo jurídico, o discurso da centralidade dos princípios na prática jurídica e judicial mostrou-se letal arma retórica, e o profissionalismo dos juristas mostra-se impostação ou impostura, nova figura vazia dos casacas e do bacharelismo. A arbitrariedade, o conservadorismo e o viés autoritário do direito dos bacharéis no Brasil voltam a ser as questões centrais a serem discutidas.

02 http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0103-218620160002&lng=pt&nrm=iso

03 <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/issue/view/1128/showToc>

O direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora⁰¹

Nota dos autores

O texto que segue foi escrito e publicado em agosto de 2015 (Koerner e Schilling, 2015), quando ainda não estavam claras para o público as motivações da ativação das instituições judiciais e policiais para a moralização da política e seus impactos sobre a democracia no Brasil. Desde então, houve um *impeachment* à presidenta Dilma Rousseff e a prisão e condenação seletiva de líderes da coalizão governamental liderada pelo Partido dos Trabalhadores, por meio de decisões judiciais contraditórias, porém com objetivos precisos. No mês de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou um *habeas corpus* ao ex-presidente Lula, autorizando sua prisão sem provas. Isto foi possibilitado pela manipulação da agenda do tribunal, realizada por uma manobra conduzida pela sua presidenta. O discurso da moralização da política por parte do direito e dos tribunais foi instrumental para destruir uma coalizão popular. Porém, os tribunais estão divididos, as regras foram manipuladas e os direitos, violados. Criminalizada a política e fragmentado o direito, a democracia é colocada em xeque. Afastado o principal candidato popular para as eleições de outubro, se acentuam a polarização ideológica, a violência, a intimidação da população para bloquear a vontade popular. Ao campo popular caberá reorganizar suas forças para, no fio da navalha, lutar pela reconstrução de democracia.

A utilização do discurso do direito para a regeneração da República por meio do combate à corrupção tem sido um dos motes principais da política brasileira nos últimos anos. Conjunto de práticas heterogêneas, agrupadas sob uma denominação que comporta um forte apelo moral, o tema da corrupção vem sendo usado como arma nas disputas políticas.

A constituição da corrupção como um problema social e central e seu uso como uma arma na luta política tem longa história em nosso país. Usada reiteradamente desde os inícios da Repú-

01 Em coautoria com Flávia Schilling. Versão publicada na revista Voces em el Fenix. La revista del Plan Fénix, Buenos Aires, ano 8, número 69, jun/2018, pp. 56-63.

Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

blica, a denúncia de corrupção reaparece em momentos-chave: no segundo mandato de Getúlio Vargas, no golpe de estado contra João Goulart, no início da democratização, desvelando práticas corruptas durante a ditadura militar, e desde a redemocratização, com as denúncias de corrupção de representantes na Presidência e no Congresso. Nessas ocasiões, parece que há um roteiro com papéis e atores definidos: a denúncia, alimentada por informações de oponentes, dissidentes, arrependidos; o escândalo, vocalizado e amplificado pela imprensa; a condenação moral e política, formulada pelas lideranças ‘responsáveis’; e a condenação purificadora, que, embora rara, seria realizada por juízes imparciais que viriam a restaurar a ordem. Dentre os atores, a imprensa desempenhou papel central, pois ela constrói um clima no qual os agentes parecem imersos em uma crise sem fim. Hoje, a imprensa, em suas formas tradicionais ou novas, promove a sistemática difusão das manchetes negativas sobre a situação do país, gerando o clima que reforça a desconfiança sobre a possibilidade de as instituições do Estado Democrático de Direito apresentarem as respostas à crise produzida.

Cria-se, neste cenário, uma demanda crescente pela condenação penal, em que a entrada em cena do Poder Judiciário permitiria encontrar as respostas às questões que a política seria incapaz de resolver. O direito, representado pelos tribunais, regenerará a República? Cercado de holofotes, os tribunais são colocados como salvadores da pátria “em perigo”.

O processo atual de mobilização do preconceito pelo direito assenta-se em mudanças gerais da racionalidade jurídica e da organização do Estado nas democracias contemporâneas. No Brasil, vê-se algumas inflexões no discurso da direita sobre o direito, em comparação com momentos anteriores, notadamente a adoção de um discurso principista e moral e a defesa da ampliação do domínio e dos efeitos da atuação das instituições judiciais sobre a política.

Em linha com a agenda e forma de atuação dos partidos de centro e direita, o discurso jurídico da direita alterou a concepção conservadora de uma prática legalista e prudencial que adotava desde o início da transição. A partir de meados dos anos 2000 passou a fazer o elogio do ativismo judicial, propondo-se realizar o programa da Constituição, contra determinados representantes eleitos. Porém, é de se notar o contraste entre o registro geral do discurso regenerador e o escopo das ações, assim como a sua afinação com os objetivos e tempos da política. Isso provoca diversas indagações sobre os desdobramentos do atual movimento: para o Estado de direito, a continuidade do combate à corrupção e, em última análise, a própria estabilidade da democracia.

O direito como racionalidade prática

A recente inflexão principista do discurso jurídico da direita no Brasil deve ser entendida como uma das possibilidades abertas pela racionalidade jurídica das democracias atuais. Se tomarmos o direito de uma dada sociedade, com sua estrutura social, formato institucional, configuração de forças políticas e racionalidade governamental (Koerner, 2015), o direito pode ser considerado como uma racionalidade prática. Esta compreende três dimensões: a teórica, a empírica e a da legitimidade, nas quais se dão tensões internas insuperáveis (Coutu, 1995).

A dimensão teórica refere-se à coerência lógica do direito. Nela se dá a contraposição entre, por um lado, a coerência formal de conceitos, técnicas e formas de interpretação do direito construídas apenas em função de critérios e exigências internos ao campo jurídico e, por outro lado, a adequação a exigências materiais externas, de caráter valorativo, contextual, político.

A dimensão prática refere-se à capacidade de o direito produzir efeitos para os indivíduos, permitindo-os calcular as suas ações. O direito contemporâneo pode produzir esse efeito tanto pela sua racionalização formal, em que regras e técnicas gerais oferecem um quadro geral para os indivíduos, quanto pela sua plasticidade material, em que a flexibilidade e adaptabilidade permitem a compatibilização das decisões às situações e interesses concretos. Nos dois sentidos há tensão, pois a racionalização pode atender apenas aos critérios e interesses dos juristas, descolando o direito de suas finalidades práticas, ou, complementarmente, ao ser permeado por elementos materiais, o direito não permite a previsão e cálculo dos agentes.

Enfim, quanto à legitimidade, a validade formal-racional da ordem jurídica, que funda o poder de decisão da burocracia, está em tensão com os elementos carismáticos da política de massas. A burocracia detém a expertise para tornar a ação estatal estável e regular, mas pode usar seus recursos para fins próprios e é incapaz de assumir a responsabilidade necessária para a ação política. Por sua vez, lideranças carismáticas adotam propósitos e formas de ação contrárias ao caráter legal-racional da ordem jurídica.

As alterações na estrutura do Estado, da economia e das relações sociais modificaram as formas e práticas do direito. O Estado contém organizações que combinam organização burocrática e espaços politizados, com a participação de representantes políticos e grupos sociais. Os burocratas controlam espaços de decisão dentro do Estado e utilizam sua expertise para promoverem objetivos

próprios, fragmentando a direção política do Estado. Eles se organizam em grupos de interesse que atuam em aliança com outros grupos sociais e políticos, e se valem do seu acesso aos espaços de tomada de decisão e conhecimento especializado para alcançar seus fins particulares, de grupos ou de seus aliados. Abre-se campo fecundo para o que se denominaria de trocas corruptas, ou seja, a troca de uma decisão favorável a determinado grupo de interesses por algum tipo de benefício pessoal ou partidário.

O que vem sendo chamado judicialização da política e das relações sociais pode ser considerado um aspecto particular dessas mudanças. Os atores sociais valem-se das possibilidades do direito material e das oportunidades abertas pelos tribunais para promoverem seus interesses em nome de direitos, deslocando a luta política do parlamento para outros espaços. Os tribunais têm instrumentos incongruentes e com objetivos amplos e indeterminados, que lhes dão capacidade de tomar decisões de amplo alcance. Essa tendência é incentivada pelas legislaturas, que delegam a instâncias não eleitas a atribuição de decidirem sobre conflitos insolúveis de valores, matérias a respeito das quais seu eleitorado está dividido ou, ainda, temas em que os próprios legisladores são incapazes de reger, por não alcançarem consenso (Lowell, 2003; Whittington, 2007).

Os tribunais passam a decidir sobre as grandes questões políticas, respondem a demandas e ampliam seu escopo de ação, no que vem sendo chamado “ativismo judicial”. Aumentam as tensões em relação às instituições de representação política e se cria espaço para que se amplifique a desconfiança em relação a estas e à própria ideia de política.

Do conservadorismo constitucional ao elogio do ativismo judicial

Em artigo anterior, analisamos a posição da direita como a que procurava bloquear a efetivação do sentido normativo e social da Constituição de 1988 (Koerner, 2005). Desde então, a direita tem usado um discurso principista para assumir postura militante de luta contra a corrupção, em seus vários lócus. Nesse processo, a direita mira principalmente o governo federal, e suas denúncias e ações encontram forte repercussão na imprensa. No entanto, esse mesmo discurso é leniente com violações de direitos. Seu caráter (neo)conservador evidencia-se no que dissemina a desconfiança em relação à política e à ação social e econômica do poder público.

Desde a transição democrática, os juristas alinhados com a direita adotaram uma perspectiva

formalista sobre a Constituição, restritiva da ampliação dos direitos e garantias individuais e coletivos, e à mudança no papel e formas de atuação das instituições judiciais (Koerner & Freitas, 2013). Interpretaram os dispositivos progressistas da Constituição de 1988 a partir daquela perspectiva, limitando a efetividade das inovações constitucionais por meio de uma combinação de legalismo e prudência. Consideravam socialmente ineficazes os princípios do direito postos na Constituição e nas leis, pois pressupunham que há instrumentos e mecanismos de poder que neutralizam leis e decisões judiciais que contrariam pessoas com dinheiro, poder político ou influência. A concepção prudencial assume uma atitude ‘realista’ e se antecipa a essas reações, enquanto a legalista mostra-se aparentemente indiferente a elas, apoiando-se em outros mecanismos que mantêm as coisas no seu devido lugar. Aposta que outros agentes garantirão a preservação da ordem e a restituição do equilíbrio à configuração das relações sociais, caso elas venham eventualmente a ser atingidas por suas decisões.

Vê-se o misto de racionalidade prudencial e legalista nas decisões do STF sobre a estabilização da economia e de reforma do Estado nos anos noventa, em que, por ação ou omissão, os ministros apoiaram as reformas neoliberais e promoveram uma visão neutra do Estado e individualista dos direitos. Ele está na prática cotidiana, quando as decisões judiciais ponderam regras formais e apreciação do impacto, e se valem de regras e exceções segundo o caso, as partes e as circunstâncias.

O direito da direita é a maneira pela qual uma parcela importante dos juristas, enquadrados pelo seu sentido comum teórico (Warat, 1981) e movidos pelos seus interesses corporativos, ou das classes sociais e grupos políticos aos quais são afins, põem em prática as leis, os procedimentos e as organizações do Estado tendo em vista a manutenção da ordem. Ele encontra em nossa tradição jurídica e política recursos para se revigorar e renovar nas novas condições econômicas. A combinação de duas concepções aparentemente contraditórias de direito aparece como um jogo sutil da técnica jurídica, no qual é posta em ação uma mesma racionalidade mitigadora dos direitos sociais e bloqueadora do potencial transformador do direito. As duas concepções e sua combinação perversa coincidem no que a elas falta: o compromisso com os princípios do direito social e democrático, com os instrumentos e os objetivos de transformação social, incorporados à Constituição de 1988 e à legislação.

Quanto ao Judiciário, havia convergência entre o programa do governo Lula e os interesses de juízes e outros juristas, que resultou no amplo programa de reformas do Judiciário iniciado em 2004. Porém, a aliança tinha muitos aspectos táticos, uma vez que gov-
Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

erno e elites jurídicas não compartilhavam afinidades políticas, interesses e posições sobre questões substantivas. Os juristas e juízes poderiam promover sua própria agenda, objetivos e lógica de atuação, apropriando-se do neoconstitucionalismo, adotado pelo discurso progressista desde a transição, para reorientar a jurisprudência e investir em outros domínios.

O ponto de maior tensão passou a ser o da moralidade política. As denúncias de corrupção envolvendo o governo federal em 2005 significaram a inversão de papéis nesse campo, dado que a oposição política tomou a iniciativa no combate à corrupção, apoiada por movimentos cívicos, juristas e elites judiciais. Movimentos progressistas no campo jurídico afastaram-se do governo Lula e se aproximaram de grupos conservadores, tais como políticos da oposição, mídia e elites judiciais reativas às reformas, na promoção da luta contra a corrupção. Essa nova aliança passou a investir em espaços institucionais do Judiciário, procurando reforçar seu papel nesse domínio, e os tribunais mostraram-se receptivos a essas demandas, tanto quanto à polarização do campo político.

Da denúncia da corrupção e o seu combate como armas políticas

A questão da corrupção tem sido tema central do debate público brasileiro desde a transição. O combate à corrupção tem forte conotação positiva, pois se baseia num consenso genérico e difuso pela moralidade política, daí seu uso como mobilizador da opinião pública. A denúncia, quem denuncia, o que se denuncia, e, principalmente, o que terá acolhida nas investigações policiais e no Judiciário, não comporta nenhuma neutralidade. Tema controverso, nunca unívoco, parece conter, quando em busca de uma sociedade com maior participação democrática, a crítica à discricionariedade, ao segredo e a mentira na gestão política, veiculando reivindicações de novos arranjos nas relações entre governantes e governados, assim como uma tentativa de nova definição do que pode ser o “bem comum”, e o significado da “vida justa em comum”. Tem um potencial na busca de um novo modo de governar, que critica o arbítrio, a inefetividade das leis e a impunidade, questiona a distribuição desigual de poder e demanda a participação democrática na definição do bem público. Envolve, como no atual momento, menos a busca pelo fim da discricionariedade e das indefinições das relações entre a política, a administração e o poder econômico, mas novos arranjos político-partidários em função de interesses econômicos. É uma arma na disputa por

poder e pela distribuição da riqueza entre grupos de interesse (Schilling, 1998a, 1998b e 2010).

Mas a crítica à corrupção produz adesão imediata dos interlocutores, que se veem compelidos a se manifestarem favoravelmente a iniciativas que visem combatê-la. Adotam-se metáforas que remetem à luta e à urgência, para o combate contra uma doença, assalto, invasão, catástrofe. Acusações de corrupção, abuso ou desvio de poder são armas políticas de alto calibre que produzem efeitos certos sobre a reputação e perspectivas de carreira política, e tendem a limitar os apoios aos que delas são alvo.

Nos últimos anos, foram adotadas inúmeras iniciativas para coibir práticas de corrupção, como a lei para o financiamento de campanhas políticas, o controle de lavagem de dinheiro, a controladoria geral e a recente lei de acesso à informação. A lei anticorrupção (Lei 12.846, de 07/2013) prevê a responsabilização objetiva (que dispensa comprovação de dolo ou culpa); a delação premiada; a consagração de entendimento frouxo do conceito de domínio do fato.

A participação do Judiciário nas iniciativas contra a corrupção é significativa, como se vê no caso da “Lei da Ficha Limpa” (Caldeira, 2010; Iorio & Duarte, 2012). O caso é significativo pelo engajamento de associações de juristas e magistrados, coligadas a outros movimentos sociais visando a promoção da moralidade política, e que encontrou ressonância entre os ministros do TSE e do STF. Produziu fortes incertezas sobre o processo eleitoral, potencializadas pelos próprios tempos e procedimentos de decisão dos tribunais. Embora a decisão final tenha sido aceita e considerada correta pelas lideranças políticas, é significativo que cinco ministros votaram em bases principistas, querendo fazer prevalecer o princípio da moralidade sobre o princípio da anualidade, que é um dos pontos fundamentais dos pactos para a eliminação de casuísmos eleitorais desde a Revolução de Trinta. Isso indica um engajamento dos ministros em uma política genérica de moralização da política, distanciando-se da tradição que fez consolidar a estabilidade das normas e procedimentos eleitorais, garantidas pelo Judiciário, como um imperativo da ordem política eleitoralmente competitiva no Brasil.

Assim, abriu-se espaço para se redefinir o papel do Judiciário na competição política, e a mobilização passou a visar a promoção de valores substantivos pelas decisões judiciais.

O Judiciário como arena de moralização da política?

Outro ponto são os impactos institucionais provocados pela Ação Penal nº 470. Não é Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

necessário lembrar aqui as inovações nos procedimentos, as violações do direito de defesa e os critérios no mínimo controvertidos de exame das provas e atribuição da culpa nas condenações. Neste caso, evidenciou-se não tanto uma aliança dos ministros do STF com a oposição política, mas a sua permeabilidade a demandas de moralidade na opinião pública. Para alcançar condenações “exemplares” os ministros assumiram de forma aberta a adaptação/moldagem de técnicas jurídicas ao caso, baseados em princípios, inovações doutrinárias e de objetivos de reforma moral. Isso apesar de o caso se situar num campo estrito de técnica formal-racional, que é o do direito penal e processo penal.

O STF permanecerá saturado de mobilizações e expectativas, e se mostra incapaz de adotar orientações consistentes no combate à corrupção, como se viu no chamado “mensalão mineiro” -- ao contrário do que fez na AP n° 470, o STF deixou de julgar o caso e o transferiu para a justiça de primeira instância, onde ele ainda aguarda julgamento há vários anos.

Os próprios procedimentos para casos desse tipo por uma alta corte de justiça de instância única são inadequados, pois padecem, entre outros, de dois problemas contrários: a insuficiência e o excesso de publicidade. Não se adotam procedimentos de produção pública de provas, tal como nos júris do *common law* e tribunais internacionais. Isso é essencial para que as partes e o público possam certificar-se da qualidade e da validade das evidências produzidas e para restringir as possibilidades de seu uso tópico e seletivo pelas partes e pelos julgadores. Mas quando se considera como foram tomadas as decisões sobre procedimentos para a organização e andamento das sessões, questão técnica a ser decidida administrativamente pelo tribunal, vê-se que há excesso de publicidade. Ela teatralizou as tomadas de posição e o enfrentamento entre ministros, configurando uma arena polarizada antes mesmo do início da apreciação substantiva do caso. As questões de liderança institucional e de relacionamento entre os ministros vieram a primeiro plano, tornando-se uma arena de enfrentamento de ‘egos’.

A concentração de poderes do STF torna-o uma arena privilegiada para a polarização dos conflitos políticos. Isso tem implicações relevantes, pois é difícil que se aceite a imparcialidade e objetividade de um tribunal que é, ao mesmo tempo, cúpula do Judiciário, que representa um poder do Estado; corte constitucional e, nessa condição, coparticipe da produção normativa; e alta corte de justiça, que julga acusações penais contra altos responsáveis políticos. Suas relações com os dirigentes políticos tendem a ser conflituosa quando promove interesses dos magistrados, de cujo apoio depende; interfere nas decisões sobre políticas e realiza de forma frequente a responsabilização penal, atingindo um número

expressivo de políticos, incidindo nos conflitos partidários e na própria composição do Legislativo.

As relações entre ministros do STF, parlamentares e a Presidência da República tendem a permanecer tensionadas. A relação do Tribunal com o público se modifica, na medida em que decide em função das pressões da opinião pública e adota estratégias de comunicação para preservar o apoio da população. É pouco provável que essa via seja suficiente e adequada para alcançar os objetivos virtuosos de reforma dos costumes políticos, propugnados por juízes e juristas, movimentos cívicos e lideranças políticas.

O direito e seus efeitos na política e na democracia

Até o início dos anos 2000, a direita procurava bloquear o sentido normativo e social da Constituição. Hoje ela usa o discurso principista para sua postura militante e de luta contra a corrupção. No entanto, a ação das instituições judiciais até o momento tem como alvo, sobretudo, governos de centro-esquerda, principalmente os do poder executivo (tanto federal como estadual ou municipal) liderados pelo PT. O processo assume um caráter (neo)conservador no que dissemina a desconfiança em relação à política e à ação do poder público no âmbito econômico.

É evidente o contraste entre o registro moral do discurso regenerador, no que propõe objetivos globais e objetos indeterminados, e as ações focadas, seletivas, estrategicamente planejadas e que estão em fase fina com os tempos da política. A campanha atual de combate à corrupção combina o foco único das investigações, a concentração das ações num único grupo de operações e as falhas nos controles sobre os seus atos. A seletividade dos alvos é expressão do caráter aberto e fragmentado do direito, as mudanças nas técnicas de trabalho dos juristas e a ampliação das atribuições dos tribunais. A concentração das operações deixa a impressão de que as forças da ordem, a polícia, o Ministério Público e o Judiciário não têm quadros, ou capacidade técnica, para se dedicarem a outros casos ou a ampliar o escopo das investigações em curso, apresentando-se alinhadas na sustentação da Operação Lava-Jato. Diante das ações dos últimos meses, os tribunais superiores têm estado silenciosos e passivos - não acolheram questionamentos dos recursos usados para manter as investigações no Paraná, não bloquearam os excessos contra os direitos dos acusados e nem anularam as manobras arbitrárias realizadas pela Câmara dos Deputados.

Outra constatação é a de que as forças políticas que apoiam essa mobilização são as mesmas cuja prioridade é barrar a continuidade e extensão das investigações, dada a implicação pessoal de suas

principais lideranças, ou de seus aliados, em outros casos conhecidos, que envolvem o uso de recursos públicos, relações com empreiteiras e outra empresas etc. Afinal, o impeachment da Presidente Dilma é promovida por lideranças acusadas de corrupção e que têm sua base de apoio em parlamentares que são réus ou suspeitos de práticas corruptas. Foram recorrentes as pressões dos presidentes da Câmara e do Senado para que a Presidência da República “enquadrasse” a Polícia e o Ministério Público Federal para bloquear as investigações, numa explícita alusão ao controle político da administração pública para objetivos particularistas ou facciosos, que remetem à Primeira República ou ao engavetamento de processos investigativos durante os mandatos de Fernando Henrique Cardoso.

A questão é, pois, a de que, apesar do apoio da mobilização do preconceito junto à opinião pública e à população, a Operação Lava-Jato encontra apoios políticos em forças que são as mesmas que, se vitoriosas, promoverão o seu desmonte. A arma da denúncia de corrupção, ao ser usada seletiva e agressivamente, com fins político-partidários, bloqueia o debate sobre os meios para controlar a própria corrupção e realizar a reforma política, de modo a ampliar a efetiva transparência dos processos decisórios dos governos. Assim, coloca-se a questão das relações entre o combate à corrupção, Estado Democrático de Direito e democracia.

A mobilização atual para o combate à corrupção incita os sentimentos de indignação da população, sustenta-se e é sustentada pela mídia anti-governista e um leque amplo de partidos, desde os conservadores até algumas agremiações de esquerda. Ela dissemina a desconfiança em relação à política, às formas de representação instituídas, às instituições do Estado Democrático de Direito, à ação do poder público no âmbito econômico e se contrapõe fortemente às políticas sociais implementadas nos últimos anos.

A criminalização da política propugna a moral e o reforço dos controles jurídicos sobre as práticas políticas, e promove uma concepção despolarizada de bem público. Visa fundamentalmente o projeto político instituído em torno de Lula e o PT, com novos arranjos político-econômicos ultra-neoliberais e ultra-conservadores, mas atinge o cerne da formação de coalizões políticas estáveis, de alianças partidárias e de apoios eleitorais da política brasileira. Incide sobre as formas de articulação entre Estado e sociedade, tanto nas relações com o empresariado quanto nos programas sociais e organizações da sociedade, bloqueando a ação social e desenvolvimentista do Estado, difundindo uma concepção “neutra” de governo que tem por modelo o Estado mínimo. Em nome do bem público viola regras e princípios de defesa e atua central-

mente nos processos de formação de opinião pública e, com isso, violando a própria democracia.

É de se indagar quais as perspectivas dessa mobilização do preconceito, do ponto de vista de seus efeitos para as instituições e procedimentos do Estado Democrático de Direito, precária e estreitamente implantado entre nós, pois é apenas no Estado Democrático de Direito que esta luta contra a apropriação privada do bem público pode acontecer. É na democracia em que se torna concreta a possibilidade de uma denúncia de um mal feito, em que há garantias que essa denúncia seja investigada e exista alguma possibilidade de se pensar em uma nova relação entre governantes e governados.

Bibliografia

- Caldeira, C., 2010. “Regras da disputa eleitoral: quem decide o quê, quando e como”. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v.14, n.1, p.1-316, nov.2010.
- Coutu, M., 1995. *Max Weber et les rationalités du droit*. Paris: LGDJ.
- Iório Filho, R.M. and F. Duarte (2012). O Supremo Tribunal Federal e a Lei da Ficha Limpa: uma questão de déficit democrático. *VIII Encontro da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política*. Porto Alegre.
- Koerner, A., 2005. O Direito pelo Averso. *Caros Amigos Especial*. São Paulo, v.26, p.20-21.
- _____, 2015. Direito e Tecnologias de Poder. *Estudos de Sociologia*. Araraquara: n° 39, no prelo.
- _____. & L. B. Freitas, 2013. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, v.88, p.141-85.
- ____ e F. Schilling. O direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora. In: S. V. Cruz, A. Kaysek e G. Cotas (Ed.). *Direita, volver!: o retorno da direita e o ciclo político*. SP: Fundação Perseu Abramo. 2015, p. 75-90. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/Direita-volver-Final.pdf>
- Lovell, G., 2003. *Legislative deferrals. Statutory ambiguity, Judicial Power, and American democracy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Schilling, F., 1998. Governantes e governados, público & privado: alguns significados da luta contra a corrupção, o segredo e a mentira na política. *Revista USP*, São Paulo, v.37, março-maio/98, p.20-33.
- _____, 1999. *Corrupção: ilegalidade intolerável? CPIs e a luta contra a corrupção no Bra-*
- Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

- sil (1980-1992)*. São Paulo: Editora do IBCCrim/ Centro Jurídico Damásio de Jesus.
- _____, 2000. O estado do mal-estar: corrupção e violência. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, vol.13, n.3, p.47-55
- _____, 2010. Corrupção e modos de governo: desafios para a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 13, p.241-260.
- Warat, L. A., 1981. El Sentido Común Teórico de los Juristas, *Contradogmática (ALMED)*. Florianópolis, v. 1, p.43-71.
- Whittington, K. E., 2007. *Political foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. New Jersey: Princeton University Press.

O poder independente das instituições judiciais como solução e como problema para a democracia brasileira⁰¹

Na crise política atual, as instituições judiciais passaram ao centro da cena midiática e do palco político. Os atores políticos incorporaram, nos seus cálculos de curto prazo, a consideração dos lances e estratégias de juízes, promotores, advogados e outros juristas. Mas se evidenciaram as debilidades das instituições judiciais: o uso e abuso de prerrogativas profissionais transformadas em privilégios pessoais, a falta de rigor técnico, as práticas violadoras de direitos fundamentais e criminalizadoras de adversários políticos, os limitados instrumentos de *accountability*. As críticas públicas têm visibilidade e alcance sem precedentes na ordem constitucional de 1988, e colocam em questão o modelo das instituições judiciais e o papel dos juristas na sociedade brasileira.

Essa situação marca uma inversão de um padrão de longa duração da atitude das elites políticas e da opinião pública em relação às instituições judiciais. O poder independente das instituições judiciais foi visto como garantia contra arbitrariedades da monarquia, como engrenagem para equilibrar as relações entre oligarcas e para assegurar a incorporação controlada da plebe no espaço público. Elas seriam condição para a construção dos mercados, para assegurar a competição política pacífica, para garantir direitos sociais, e assim estariam na base da construção de uma ordem democrática social no país.

As origens históricas da aposta podem ser situadas nas relações entre despotismo ilustrado e as elites da colônia. Os magistrados letrados assegurariam, por meio de uma prática prudencial, a calibragem entre os interesses da Coroa e os da colônia, e a mediação dos conflitos locais.

Esse esquema é renovado no Segundo Reinado, em que os magistrados atuam como mediadores entre os interesses centrais e locais. No final da década de 1860, os liberais, liderados por Nabuco de Araújo, atribuem aos magistrados o papel de assegurar as liberdades públicas, garantir a lisura das eleições, promover a ordem de mercado e assegurar a transição gradual da escravidão para o trabalho livre. Contra essa proposta, os conservadores monárquicos e republicanos ultrafederalistas defendem

⁰¹ Em coautoria com Celly Cook Inatomi. Texto de outubro de 2018, é versão resumida de A. Koerner e C.C. Inatomi. Juristas entre oligarcas e plebeus: o poder independente das instituições judiciais como solução e como problema para a democracia brasileira. *Revista Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Portugal, Tomo LXVII, 2018, n.º 347, pp. 190-222.

que as relações sociais hierárquicas fossem mantidas pela ordem ‘natural’ da sociedade escravista.

Com a queda da monarquia, a Constituição de 1891 quebra a unidade do direito e da magistratura, e os juízes e outros juristas incorporam-se aos esquemas oligárquicos locais e estaduais. A ativação política da plebe urbana coloca o problema do reconhecimento de seus direitos civis, políticos e sociais. Os federalistas conservadores querem manter os juristas nos esquemas oligárquicos sem intervir nas convenções sociais produzidas pelas relações sociais ‘naturais’. Liberais, como Rui Barbosa, defendem instituições judiciais com independência e capacidade para construir a ordem de mercado, a política competitiva e, na década de vinte, os direitos sociais. Corporativistas, como Oliveira Vianna, defendem que as instituições judiciais e os juristas letrados sejam agentes do Estado, independentes em relação às elites locais e estaduais, para a promoção de mudanças e a incorporação social da plebe. Enfim, com menor capacidade de influência, socialistas e social-democratas propõem a participação ampla dos cidadãos num Judiciário unificado.

Entre 1930 e 1964 as instituições judiciais passaram a organizar a competição eleitoral, reduzindo a violência das disputas e a garantindo os direitos das oposições. Também passaram a mediar os conflitos sociais e do trabalho. Mas o exercício da jurisdição torna-se monopólio de juristas letrados, que desqualificam a participação popular. Desconfiam de uma democracia ativa e bloqueiam lideranças e organizações políticas populares. Mantêm-se padrões patrimonialistas, acomodações com interesses locais e práticas jurídicas indiferentes ou produtoras de arbitrariedades, particularmente no campo penal.

Os governos militares produzem efeitos ambivalentes, pois, por um lado, a independência judicial é precária numa situação de autoritarismo político, mas, por outro lado, se ampliam as atribuições das instituições judiciais. O debate sobre a reforma judiciária no governo Geisel é crucial nas relações entre os juristas e o regime. No início de seu mandato, em março de 1974, o presidente anuncia a reforma do Judiciário para ‘adequá-lo às necessidades do desenvolvimento’ e incentiva os dirigentes das instituições judiciais a elaborarem propostas. Mas o governo tem um projeto centralizador para o Judiciário que é rejeitado pelo MDB e os juristas. Dado que seu projeto não foi aprovado pela Câmara, o governo decretou o fechamento do Congresso e outorgou as reformas judiciária e política pelo “Pacote de Abril” de 1977. Nesse processo, as entidades de juristas se organizaram e se aproximaram da frente pela redemoc-

ratização. Associam o fortalecimento e a independência das instituições judiciais à volta ao estado de direito e, com isso, promovem os interesses dos juristas em nome do bem coletivo.

No processo constituinte, as forças de centro-direita defendiam atribuições limitadas e insulamento institucional do Judiciário, enquanto as de centro-esquerda propugnavam a ampliação das atribuições e a participação popular e o controle democrático do Judiciário. A Constituição, cuja base é o projeto do “Centrão”, ampliou as atribuições das instituições judiciais para o controle dos outros poderes do Estado e das decisões em políticas públicas, e as vantagens das carreiras jurídicas. Manteve e ampliou o insulamento burocrático e o monopólio dos juristas no exercício da jurisdição, uma vez que as emendas de participação popular e controle democrático foram rejeitadas pelo plenário.

Ao longo da constituinte e no início dos anos noventa, o impasse resultante do relativo equilíbrio de forças com racionalidades governamentais distintas bloqueou transformações mais profundas do Estado. O desfecho desse impasse foi o governo neoliberal de Fernando Henrique Cardoso, em que predominou um enfoque gerencial de reforma judicial, preservando os padrões patrimonialistas e práticas repressivas.

A Emenda nr. 45, de 2004 acabou por criar frágeis mecanismos de controle que nunca funcionaram. O discurso da eficiência e o investimento da mídia e da oposição no papel salvacionista das instituições judiciais para restaurar a virtude da República estiveram no centro do golpe parlamentar, da desqualificação da política e da criminalização de adversários. O processo evidencia não só os efeitos políticos deletérios do ‘ativismo judicial’, mas também colocam em primeiro plano os problemas históricos das instituições judiciais.

Rumo a um impasse? Limitação das atribuições constitucionais e fim do insulamento⁰¹

O investimento pela mídia e a oposição de instituições judiciais independentes, investidas no papel salvacionista de restaurar a virtude da República, está no centro de um golpe parlamentar em que se promoveu a desqualificação da política e a criminalização de adversários. Mas o processo coloca em primeiro plano o problema político das instituições judiciais e dos juízes na (re)construção da democracia constitucional brasileira.

Críticas e problemas atuais

Alguns analistas continuam a discutir temas pontuais sobre o Judiciário, como se a questão atual fosse resultado de questões como o desequilíbrio nas relações entre os poderes ou o excesso do número de processos e pudesse ser resolvida com ajustes técnicos. Nos últimos anos, os críticos mostram a natureza e a extensão do problema. Juízes denunciam abusos de poder de seus superiores hierárquicos⁰² e a incapacidade do Conselho Nacional de Justiça de controlá-los⁰³. Critica-se a promoção da imagem do Judiciário pela mídia⁰⁴, o caráter seletivo da operação Lava-Jato, o abuso

01 Em coautoria com Celly Cook Inatomi. Texto de junho de 2018, é a conclusão de A. Koerner e C.C. Inatomi. Juristas entre oligarcas e plebeus: o poder independente das instituições judiciais como solução e como problema para a democracia brasileira. Revista Scientia Iuridica, Universidade do Minho, Portugal, Tomo LXVII, 2018, n.º 347, pp. 190-222.

02 Carta pública da Associação dos Juízes para a Democracia, de 2013. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Politica/Juizes-para-a-Democracia-o-povo-nao-aceita-mais-o-coronelismo-no-Judiciario/4/29641>.

03 Entrevista de João Ricardo dos Santos Costa, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, em 3/4/2014. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Estado-Democratico-de-Direito/Joao-Ricardo-dos-Santos-Costa-Judiciario-nao-pode-deixar-que-as-maldades-feitas-contr-a-sociedade-brasileira-sejam-esquecidas/40/30651>.

04 Artigo de Hamilton Octavio de Souza para o site Carta Maior, “Adendo ao artigo ‘Show do Mensalão é pura distração’”, publicado em 30/9/2013. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Adendo-ao-artigo-%27Show-do-mensalao-e-pura-distracao%27/29106>.

da independência judicial por juízes que contrariam o Estado de direito no combate à corrupção⁰⁵ e as violações de direitos praticadas por seus agentes⁰⁶. Arno Wehling⁰⁷, ao concluir a sua pesquisa sobre o Tribunal da Relação do Rio entre a segunda metade do século XVIII e o início do século XIX, notava a continuidade de problemas como a morosidade dos processos, as decisões conflitantes, o absentéismo e atos irregulares dos desembargadores, as dificuldades em responsabilizá-los.

A glorificação dos juízes para a salvação da República potencializou os efeitos da combinação do insulamento institucional, o consequencialismo do enfoque gerencial e os poderes discricionários dos instrumentos das autoridades policiais e judiciais no combate à corrupção. O insulamento institucional impede a responsabilização dos juízes e permite que eles mantenham alianças com lideranças políticas e classes dominantes para que utilizem os espaços e recursos judiciais para promoverem seus interesses privados. Juízes e juristas continuam a praticar ilegalidades, associam-se a esquemas de poder informais, acomodam-se com a violência e arbitrariedades estatais, o patrimonialismo na administração pública e o clientelismo eleitoral⁰⁸

O enfoque gerencial amplia o poder de decisão dos agentes judiciais, ao focar os controles nos resultados de sua ação. O juiz torna-se um gestor de processos sob sua responsabilidade e atua para manter o ‘estoque’ sob controle, por um conjunto de medidas que aumentam a eficiência de sua vara e decisões judiciais voltadas a atender às expectativas dos seus superiores. Ele contrasta com o constitucionalismo democrático, no qual poderes dos juízes são ampliados tendo em vista a concretização dos direitos. Os riscos de arbitrariedade são controlados por padrões técnicos e éticos, segundo os quais a objetividade dos juízos é buscada pela apuração

05 Ele foi levantado, inclusive por observadores internacionais, como Herta Däubler-Gmelin, ex-ministra da Justiça da Alemanha. Ver <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Politica/A-luta-do-Judiciario-brasileiro-contra-a-esquerda/4/39225>.

06 Ver entrevista com Raúl Zaffaroni: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Politica/O-Judiciario-brasileiro-e-seletivo-contra-o-PT-14/36096>; e artigos de Marco Weissheimer: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Politica/Desembargador-critica-adocao-de-estado-de-excecao-pelo-Poder-Judiciario/4/36896>; Roberto Amaral: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Politica/Judiciario-um-ponto-fora-da-curva-democratica/4/37010>; e Dalmo de Abreu Dallari: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Estado-Democratico-de-Direito/Condenacao-sem-prova-degradacao-do-judiciario/40/39268>.

07 A. WEHLING/M. J. WEHLING, *Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, cit., pp. 587-588.

08 R. B. ARANTES, “Polícia Federal e Construção Institucional”, in L. Avritzer e F. Filgueiras (ed.), *Corrupção e sistema político no Brasil*, RJ, Civilização Brasileira, 2011, pp. 99-132; L. ZAFFALON, *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*, (doutorado), Administração de empresas FGV, São Paulo, 2017.

técnica da linguagem, a apreciação exaustiva das provas, a justificação de escolhas, o exame argumentado de alternativas, o escrutínio crítico e público pela “comunidade de intérpretes”, etc.

Enfim, o fortalecimento das instituições de controle policial reforça práticas jurídico-penais da tradição inquisitorial, usadas para fins privados⁰⁹. Na crise atual, autoridades policiais e judiciais utilizam seus poderes para produzir efeitos precisos no jogo político, segundo suas alianças facciosas. Esse viés não apenas evidencia a fragilidade dos instrumentos jurídicos de proteção aos direitos, dos mecanismos de responsabilidade funcional, mas também os problemas na construção do *ethos* profissional de juízes, policiais e outros juristas na democracia brasileira.

A atuação dos juristas brasileiros é criticada como governo dos juízes, ativismo judicial, etc. Parece-nos que, ao invés de supremacia, o processo mostra a imersão dos juízes no jogo político-partidário, com o embaralhamento das fronteiras das esferas política e jurídica¹⁰. A crise redefiniu essas fronteiras e é provável que os conflitos permaneçam frequentes, produzindo repetidas situações de incerteza jurídica em casos de alta relevância, que podem levar a propostas de limitação das atribuições do Judiciário e a formas punitivas de responsabilização dos juízes.

A necessária discussão sobre instituições judiciais e juízes na democracia brasileira

Instituições judiciais dotadas de amplas atribuições políticas e alta capacidade organizacional, com profissionais qualificados tecnicamente, dotados de instrumentos poderosos para a promoção de bens públicos. Ao invés de promover direitos e garantias fundamentais, reproduzem e ampliam a escala de práticas que os violam, e assim produzem efeitos inversos aos objetivos manifestos para os quais foram criadas.

Na crise atual, o poder independente das instituições judiciais deixa de ser parte da solução da democracia brasileira para se tornar o problema central para a sua reconstrução. O desafio é pensar o problema em todas as suas dimensões constitucionais, políticas e sociais, levando em conta o caráter historicamente arraigado das práticas e convenções em que eles se sustentam.

A reconstrução da democracia brasileira depende da formação de uma ampla coalizão política capaz de promover mudanças políticas e sociais de grande alcance. Uma questão política de

09 R. K. LIMA/G. MOUZINHO, “Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas”, in *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n. 3, pp. 505-529, 2017.

10 M. DOBRY, *Sociologia das Crises Políticas*, São Paulo, Editora da Unesp., 2013.

primeiro plano é a redefinição da independência judicial e das atribuições do Judiciário, a criação de formas de controle e de gestão democrática do Judiciário. Ela é indissociável da discussão do modelo de prática judicial responsável e do *ethos* dos juízes. É preciso revalorizar concepções que pensam formas mais dialógicas de deliberação nos processos judiciais, a pluralização dos julgadores, que sejam indivíduos com outros perfis do que os juízes togados ou profissionais, que buscam compromissos efetivos para a realização dos direitos sociais, em cooperação com outras agências do Estado, com as outras organizações jurídicas e com organizações e movimentos da sociedade.

Os tempos da jurisdição e as lógicas sociais⁰¹

Os modelos predominantes na reflexão sobre a jurisdição minimizam as múltiplas dimensões temporais nela presentes, e essa questão é relevante para a análise política do pensamento jurídico. Na doutrina jurídica, o tempo aparece como uma linha unidirecional e progressiva, como pressuposto da atualidade. Esta seria o ponto final e superior, o resultado de uma evolução de longa duração. Daí que ele aparece como pressuposto, mas excluído de análises especializadas sobre teorias e conceitos jurídicos, e, quando se trata de temas como o direito intertemporal e da mudança constitucional, é neutralizado e uniformizado. Processualistas e gestores dos tribunais reduzem o tempo a valor, e empenham em resolver impasses entre a legitimidade e a eficiência dos processos judiciais. Em ciência política, teorias de interação estratégica tomam as normas como dadas, e o tempo relevante é apenas o que envolve as jogadas dos atores; e outras perspectivas, como análises de processo e o institucionalismo histórico, tentam dar uniformidade e direção ao tempo para construir modelos formalizados de mudança.

Mas é nas situações críticas que as temporalidades sociais parecem se unificarem. Nos períodos de mudança, mutação, crise, ruptura ou inauguração de nova ordem ou de regime, o acirramento dos conflitos polariza os atores políticos e condensa os atores e atividades das diversas esferas sociais. O conflito político se acelera e se expande para as diversas esferas sociais, que se tornam mais porosas e se esfumam as fronteiras de sua estruturação “normal”. As temporalidades sociais parecem se sincronizar num ritmo uniformizado⁰².

Esses momentos são importantes para se examinarem as convergências entre juízes, juristas com as lideranças partidárias na sua tentativa de dirigir o processo político. Eles afinam suas táticas e evidenciam as articulam de seus projetos constitucionais com interesses de elites, grupos soci-

01 Artigo de maio de 2017. Publicado em www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/os-tempos-da-juris-dicao-e-as-logicas-sociais-18052017 Este texto reproduz trechos do artigo “Os tempos da ordem constitucional – controle da constitucionalidade e continuidade legal na transição democrática no Brasil” que será publicado na coletânea *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*, organizada por Cristiano Paixão.

02 Dobry, M. *Sociologia das crises políticas*. SP: EdUnesp, 2013.

ais e setores de classe. As posições se tornam mais nítidas, os conflitos se exacerbam, mas com os eventos acelerados e os limites poucos nítidos entre as esferas sociais, o valor tático das tomadas de posição torna-se menos calculável. As alianças se evidenciam na mesma medida em que as modalidades dominantes de interpretação constitucional perdem força, as decisões judiciais se embaralham em seus fundamentos, soluções convencionais produzem consequências surpreendentes – ou inaceitáveis –, ou elas nunca são tomadas, perdendo-se na montanha de papéis que se acumulará com a passagem dos dias. Juízes saem dos seus gabinetes para intervir na esfera pública e, como opinadores constitucionais, fuzilam questões complexas na mídia e noutras tribunas. São vistos em conversas com políticos, lideranças empresariais, jornalistas, líderes de movimentos sociais, assumindo uma espécie de ativismo fora dos autos que não é captado pelos que utilizam o termo.

Na atual crise política, a unificação do tempo pelos conflitos políticos se apresenta, no campo jurídico, como a dispersão dos tempos dos processos, em virtude do evidente uso estratégico dos atos processuais por parte de juízes e promotores, na diversidade de destinos de processos idênticos que envolvem partidos opostos, ou nos misteriosos bloqueios que se verificam no andamento de investigações nas operações de combate à corrupção. A inversão dos tempos dos processos judiciais é efeito da unificação do tempo produzida pela crise política.

Numa perspectiva mais geral, as relações entre os tempos da jurisdição e os das disputas políticas da crise atual remete a crises anteriores da ordem constitucional. Como num ciclo político, as formas constitucionais passaram a ser tensionadas pelos setores dominantes quando, dentro das regras do jogo democrático, a organização política popular começava a ultrapassar os compromissos e acomodações que permitiram a formação e reprodução de uma ordem social desigual indecente em nosso país.

Quando a situação política é estabilizada e se restaura a ordem constitucional, as temporalidades sociais diferenciam-se, assumindo seus ritmos e dinâmicas próprias. A maneira pela qual essa ordem diferenciada e conflituosa se reconstitui resulta dos compromissos alcançados entre elites, grupos e setores de classe da sociedade a partir dos seus conflitos. Na prática judicial, esses compromissos se manifestam como ecos dos conflitos e composições que sustentam a ordem constitucional. Mas, dado que eles estão imersos na lógica e temporalidade própria da esfera judicial, eles são menos claramente identificáveis para os seus contemporâneos.

Na inauguração da ordem constitucional pós-1988, essas relações foram nítidas. A juris-

Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

dição constitucional impôs tempos inversos às ações para a instauração do novo ou a continuidade do autoritarismo. Isso se evidencia pela simples comparação das decisões do STF sobre inconstitucionalidade superveniente e mandados de injunção. A Adin nº 2 tratou, como se sabe, a questão da “inconstitucionalidade superveniente” e decidiu que não era possível utilizar o controle concentrado para controlar a constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição de 1988, mantendo, portanto, em vigor todos aqueles adotados pelo regime autoritário civil-militar, a menos que sua revogação, ou inconstitucionalidade, viesse a ser decidida por juízes singulares. Ao mesmo tempo, nas decisões sobre mandado de injunção, o STF eliminou a possibilidade de este produzir efeitos imediatos, mesmo para o autor da ação, limitando-se, em nome da separação dos poderes, a comunicar o Congresso de sua mora na adoção de uma norma para o caso.

A abordagem dos ministros do STF sobre os tempos da mudança constitucional é oposta nas duas questões: na Adin nº 2 assumem a postura rígida de defesa da continuidade da jurisprudência e do rigor lógico das decisões para minimizar os impactos da nova ordem constitucional sobre a legislação e os atos cometidos no passado. Por sua vez, nas decisões sobre o mandado de injunção assumem uma postura pragmática, ou realista, de antecipação das suas consequências futuras, procedendo à adaptação e minimização dos seus efeitos. Mas, em conjunto, as abordagens têm o mesmo sentido político, o apoio à estratégia de limitação do alcance das mudanças promovidas pela transição democrática.

Apesar de as questões constitucionais, os instrumentos jurídicos, os argumentos e os resultados das decisões serem distintos, a lógica é uma só, pois a continuidade da legislação do autoritarismo e a suspensão da implementação das novas garantias e instrumentos constitucionais, mantinham em suspenso a aplicação da nova Constituição. Nas duas situações, a efetividade da nova Constituição era vinculada à colusão de forças políticas que apostavam no continuísmo do regime autoritário, na limitação da transição democrática e voltada à formação de uma coalizão política capaz de reescrever a Constituição na revisão constitucional de 1993. Formada a coalizão neoliberal em torno da candidatura de Fernando Henrique Cardoso, o transformismo político e o reformismo econômico se combinariam para promover mudanças por meio de emendas constitucionais, medidas provisórias e projetos de lei ao longo do seu primeiro mandato presidencial. Atualização do passado autoritário e bloqueio da democratização faziam parte do jogo no qual as forças políticas conservadoras se rearranjaram e investiram em mudanças profundas nos

compromissos alcançados na Constituinte de 1987-8. Esse padrão não se explica pelos termos habituais de ativismo versus auto-contenção, de decisão segundo normas ou consequencialista etc.

A lógica da jurisdição constitucional dos últimos anos ainda está para ser pesquisada. Para além dos contrastes apontados, ver-se-á que a dispersão dos seus tempos tem uma lógica seletiva e enviesada. Ver-se-á que a celebração do ativismo judicial e das doutrinas pós-positivistas em alguns domínios, como as políticas sociais e a legislação eleitoral, teve como contraparte a omissão, a parcialidade e o facciosismo de decisões em outros, como o combate à corrupção. Não será surpresa se nos dois lados encontrarmos os mesmos personagens visando produzir efeitos vantajosos para os mesmos grupos. É o que ficou evidente com a formação da coalizão oposicionista que promoveu o golpe de 2016, e que com a dispersão de suas decisões, sustentada de seus compromissos facciosos, aprofunda a instabilidade e as tendências críticas da ordem constitucional pós-88.

O habeas corpus de Lula, a fala de Rui e o silêncio de Carmen⁰¹

A justiça constitucional no Brasil parece inaugurar-se com um retumbante fracasso. Fracasso do STF em dar resposta à demanda de proteção de presos políticos. No célebre *habeas corpus* n° 300, de abril de 1892, o STF negou liminarmente a ordem demandada em favor de treze generais contrários ao governo do marechal Floriano Peixoto⁰². Os detidos sequer tiveram a oportunidade de se fazerem presentes na sala do STF para serem ouvidos sobre o seu caso.

O STF tomou a decisão sob ameaças veladas do vice-presidente em exercício, de declarações do ministro da guerra e boatos na imprensa. Atribui-se ao marechal uma frase como: se os ministros concederem a ordem de *habeas corpus*, não sei quem há de lhes conceder a ordem de que terão necessidade.

A crônica histórica e a interpretação jurídica esforçam-se em explicar o recuo dos ministros. O fracasso da justiça constitucional em seu ato inaugural dever-se-ia a fatores externos: a situação política crítica, as ameaças do marechal, as pressões e ameaças da imprensa governistas, ou a fatores internos, tais como a ignorância do novo sistema constitucional por velhos oriundos da tradição imperial...

Mas o STF decidiu. E com apenas um voto vencido, do ministro Piza e Almeida. A crônica relata que Rui Barbosa teria beijado a mão do ministro, para homenageá-lo pelo seu voto. Nos dias seguintes, Rui Barbosa faz uma campanha na imprensa contra a decisão do STF. Ele procura evidenciar a debilidade, a covardia dos ministros, sua convivência com as arbitrariedades, sua acomodação preguiçosa com a situação ditatorial.

A fala de Rui Barbosa, no plenário do STF, na bancada do Senado e nas colunas da imprensa, demanda, argumenta, indaga, provoca, ao colocar questões como: qual o fundamento da decisão? Ela é válida perante a Constituição e ao compromisso político-constitucional? Quais são as suas implicações negativas? Como prevenir a sua repetição? O relator do caso, o ministro e antigo conselheiro do Império, Costa Barradas, passa a responder a essas questões

⁰¹ Artigo de março de 2018. Publicado em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-habeas-corpus-de-lula-fala-de-rui-e-o-silencio-de-carmen-16032018>

⁰² Sobre o caso, ver o artigo “Abril...” nos Cadernos CEDEC n. 125, outubro de 2018.

pela imprensa, inicialmente por meio de artigos anônimos e, em seguida, por artigos assinados.

O debate mostra que a negativa implica uma face pública do Tribunal: a prisão, o pedido de *habeas corpus*, a decisão do STF, o seu questionamento, a crítica aos seus fundamentos, o debate sobre as consequências na ordem constitucional brasileira. Neste sentido, o fracasso do STF em atuar para proteger as liberdades civis tem como contraponto a defesa pública de uma jurisdição constitucional capaz de exercer esse papel.

Então, a justiça constitucional no Brasil inaugura-se não como afirmação, mas como problema posto pela decisão negativa da maioria do STF. Naquele momento, o STF é incapaz de realizar, como instituição, a justiça constitucional, pois ele deixa de realizar as suas plenas consequências. Mas a decisão do STF que impede a efetivação da justiça constitucional realiza um “ato de fala” que é contestado e discutido, o que a coloca como problema no espaço público e a insere no horizonte da política e da cidadania no Brasil. Ao evidenciar sua debilidade pela inação, o STF torna visível a justiça constitucional como potencialidade. O voto dissidente e a crítica pública de Rui Barbosa revelam a situação aviltante em que estão os pacientes aprisionados e colocam na ordem do dia as virtualidades da justiça constitucional para a cidadania no país.

Assim, o momento inaugural da justiça constitucional brasileira não ocorre com o fracasso institucional do STF. Mas no movimento em que ela se coloca como problema posto pela defesa da liberdade, reconhecida pelo voto dissidente e a tornada pública pela crítica aberta da campanha de Rui Barbosa e o apoio da imprensa, justificada e confiante na proteção das liberdades públicas em nosso país.

A proteção resoluta do Judiciário ao direito de qualquer cidadão manifestar o desacordo, o dissenso, a oposição é seu papel elementar em qualquer estado de direito. A proteção dos direitos civis de opositoristas, dissidentes e quaisquer outros contestadores da situação política é tarefa indiscutida, incontestada, incontornável de todo juiz. Todo juiz que mereça esse nome numa sociedade fundada nos princípios básicos de direito deve exercê-la sem hesitação. Ao desempenhar esse papel, corre o risco de desagradar governantes, de contrariar compromissos de lideranças políticas, de provocar a ira da imprensa e outras mídias, de enfrentar hostilidades de elites e concidadãos de classe média. Mas juízes juram fidelidade à Constituição e às leis e não às conveniências e compromissos do momento.

O caso dos treze gerais de 1892 parece longínquo e minúsculo em comparação com a violação atual, em que o ex-presidente Lula foi condenado sem provas e corre o ris-

co de prisão sem fundamento constitucional, permitida por decisão tomada por uma maioria ocasional do STF em 2016, que considerou legítima a prisão preventiva de condenado em 2ª instância antes do trânsito em julgado da sentença. A norma constitucional voltará a ser respeitada? O STF irá decidir sobre o significado da norma? Ele será capaz de superar as suas divisões internas e, principalmente, o bloqueio de silêncio imposto pela sua presidente?

A ministra Carmen Lúcia se notabilizou ao afirmar que o ‘cala a boca já morreu’, por ser contrária à censura às mídias. Mas, há várias semanas, ela impede que o STF decida sobre a questão da legitimidade da prisão em segunda instância. Ela impede que Lula tenha a proteção da justiça constitucional contra arbitrariedade praticada pelos próprios juízes. Ela pretende aplicar um ‘cala a boca’ sobre a oposição, a imprensa e, em geral, todos os brasileiros, porque afasta o exame judicial e público do problema posto pelo *habeas corpus* de Lula, e facilita o caminho dos que pretendem vê-lo afastado das eleições presidenciais.

Ela assume o risco da consumação de um ato que significaria a desclassificação pública do ex-presidente Lula: a sua prisão ao vivo e em cores por uma polícia militarizada, apoiada por todo o aparato midiático a fabricar narrativas desqualificadoras. Isso sem falar no risco pessoal que ele corre de ser posto sob a custódia de autoridades carcerárias incapazes de controlar violências praticadas nas instituições prisionais.

A omissão ativa da ministra Carmen Lúcia pretende eliminar os direitos do cidadão Lula e impedir o eleitorado de se manifestar sobre ele. Mas ela acaba por aniquilar a justiça constitucional da maneira pela qual ela está institucionalizada em nosso país. Ela bloqueia o plenário, nulifica o Supremo Tribunal, reduz os demais ministros à impotência, denigre o tribunal perante o público.

A ministra Carmen pretende infligir uma silenciosa sentença de morte não só a Lula, mas também à justiça constitucional, à cidadania e à vida. A sua ativa inação converge com os que pretendem bloquear ou suprimir a democracia na sociedade brasileira, controlando as instituições ou dirigindo-as por interesses privados para a conservação dos privilégios e hierarquias. Mas o cala-boca já morreu e as vozes da democracia se afirmam contra esses interesses. São falas que reivindicam a justiça constitucional, no caso Lula e em todos os outros, e que, portanto, ultrapassam as formas instituídas e se afirmam para a (re)construção da democracia constitucional brasileira.

O jogo político do STF e o golpe⁰¹

Ementa: O Poder Judiciário no estado de direito: o imperativo institucional de consistência das decisões judiciais. Oscilação de decisões do STF e política oligárquica: exemplos e análise. Autocontenção: do bloqueio à democratização à sustentação das reformas neoliberais. O elogio ao ativismo nos governos Lula e Dilma. Guardiões da virtude republicana ou justiceiros midiaticizados? O sentido político da oscilação jurisprudencial na crise política de 2015-6: apoio ao golpe.

Introdução

Começo com alguns comentários sobre o julgamento do *habeas corpus* em favor do presidente Lula, julgado pelo STF há três semanas. O *habeas corpus* envolve uma questão constitucional controversa em que há divisão no STF, expressa pelo resultado daquela e de outras decisões: 6 a 5. A questão constitucional controversa é a da prisão depois da condenação em segunda instância em que, até 2016, a orientação jurisprudencial considerava que era a prisão era vedada pela Constituição. Naquele momento, a maioria do STF decidiu, por 6 a 5, que seria possível, desde que justificada, a prisão depois da condenação em segunda instância. Em favor da nova jurisprudência, o raciocínio é de política criminal: a maior efetividade das condenações asseguraria o direito de todos à segurança e seria relevante para o combate à corrupção. Ela se contrapunha ao raciocínio da garantia dos direitos dos cidadãos acusados, em que a pena só pode começar a ser cumprida após o trânsito em julgado da decisão judicial. Evidentemente, a nova orientação é mais gravosa para os direitos do cidadão do que a anterior.

Porém, a maioria que se formara em 2016 não mais existia, porque o ministro Gilmar Mendes mudou publicamente de orientação e passou a defender uma terceira alternativa, a da possibilidade de prisão após decisão de recurso especial pelo STF. Pressionada para colocar na pauta do

01 Roteiro da aula pública ministrada em 24 de abril de 2018 no curso sobre o Golpe de 2016 oferecido pelo IFCH/Unicamp.

Tribunal a questão da prisão em segunda instância, dado que é conhecida a mudança de maioria e a relevância da questão para os direitos de condenados, a presidente do Tribunal decidiu colocar em julgamento o caso, o *habeas corpus* em favor do ex-presidente Lula, ao invés da regra, as ações de constitucionalidade sobre o tema. Essa pauta inverteu a ordem temporal de recebimento dos casos em mesa e, dado que o julgamento dos *habeas corpus* é prioritário, nada impedia que as diversas ações fossem colocadas em julgamento na mesma sessão. No julgamento do *habeas corpus* para o presidente Lula, houve dois incidentes, a questão de ordem sobre o não conhecimento do pedido, por razões processuais, e a suspensão do julgamento do pedido por duas semanas, para o qual foi concedido salvo-conduto para Lula, dado o risco iminente da decretação da sua prisão nesse interregno.

Como se sabe, a decisão final foi por seis a cinco, com um voto contraditório da ministra Rosa Weber. Em respeito ao princípio da colegialidade do tribunal cuja maioria havia admitido, contra o seu voto, a prisão após a segunda instância, e para manter a orientação que ela adotou desde então, em que negou em decisões monocráticas os pedidos de *habeas corpus* em casos semelhantes, ela votou contra o pedido do presidente Lula. Ela sabia da mudança de maioria, não só pelas declarações públicas do ministro Gilmar Mendes ao longo de 2017, mas pelo próprio voto deste ministro, que foi proferido no início da sessão de julgamento. O voto de Rosa Weber caía contradição porque ela votava contra o seu entendimento pessoal em respeito a uma maioria que só existia em virtude de seu próprio voto. Empatado o julgamento, a ministra Carmen Lúcia deu o seu voto. Ela não o fez como presidente de um tribunal que dava o voto de minerva, mas como integrante do colegiado, pois na primeira condição deveria seguir os princípios do iluminismo no direito penal e, dado o empate, votar em favor do réu. Como integrante do tribunal, votou segundo seu entendimento pessoal e negou o pedido de *habeas corpus* ao presidente Lula. Então, a maioria que manteve a prisão para o condenado em segunda instância se formou sem que a dúvida do entendimento dos julgadores viesse beneficiar ao condenado e contra o primado do princípio da liberdade do cidadão. E essa dúvida entre os julgadores era a respeito da aplicação de um direito constitucional que até então era mais favorável aos cidadãos e passou a ser mais gravoso.

Ao trazer esse caso, meu objetivo não é fazer a sua análise. Este caso, como muitos outros julgamentos dos tribunais nesse período de instabilidade política desde 2014-5, tem sido objeto de análise e discussões detalhadas. Destaco apenas alguns pontos associados à com-

preensão corrente de justiça num estado de direito, em que igualdade se relaciona a regra, regularidade. Do ponto de vista do cidadão, isso significa respeito aos seus direitos, regularidade dos procedimentos, não discriminação. Do ponto de vista dos tribunais, pode-se colocar quatro pontos: primeiro, a prioridade da proteção dos direitos substantivos dos cidadãos; segundo, a regularidade das práticas e procedimentos adotados na instituição; terceiro, a estabilidade temporal da orientação jurisprudencial; quarto, a coerência interna do entendimento de cada juiz.

A respeito dos determinantes políticos do caso, destaco apenas dois pontos:

1. o de que o quórum (6 a 5) e a distribuição dos votos, assim como a sua persistência em outros casos desafiam explicações genéricas baseadas seja nas concepções doutrinárias dos ministros a respeito do protagonismo do tribunal ou do viés punitivo no direito penal, seja no viés de classe dos ministros ou dos juristas (o que é, de um modo geral, evidente). As posições e alinhamentos dos ministros devem ser explicadas segundo fatores políticos e contextuais.
2. a explicação do comportamento da ministra Rosa Weber, envolve não só questões atitudinais (sua concepção legalista e de autocontenção do tribunal) e contextuais (pressão dos militares, da mídia, mas por que os outros não mudaram seus votos?), mas também como a racionalidade estratégica da presidente do Tribunal encampou e usou instrumentalmente a orientação racional-formal da sua colega.

O Poder Judiciário no estado de direito: o imperativo institucional de consistência das decisões judiciais.

Se adotarmos uma noção formal de justiça, vejamos as suas implicações para as instituições e a prática judicial.

Em « A Justiça », Chaim Perelman (1945)⁰² oferece uma definição que, para além de critérios adotados por definições concretas de justiça, tem como base uma determinada relação de igualdade, que ele chama de justiça formal. A justiça formal consiste num princípio de ação segundo o qual os

⁰² Perelman, C., 1996. « A Justiça », _____. Ética e Direito. SP, Martins Fontes, p. 3-67.

seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma (p. 19). A igualdade de tratamento dos seres de uma mesma categoria fundamental é a aplicação correta da regra, pois não se distingue entre os que a regra não distingue (p. 42). Nesse sentido, a igualdade de tratamento não é o fundamento da justiça; mas a consequência lógica da aplicação de uma regra aos membros de uma mesma categoria. « A justiça formal se resume pois, simplesmente, à aplicação correta de uma regra » (p. 44) Esta regra tem forma universal, afirmativa ou negativa, contendo a obrigação de tratar de certa maneira todos os seres de determinada categoria (p. 45). Enunciada deste modo, a regra tem por um lado o caráter de uma medida, um cálculo para a distribuição dos bens e ônus entre os indivíduos, e por outro lado, tem o sentido de uma igualdade entre os indivíduos da mesma categoria essencial, a sua permutabilidade relativamente à regra (pp. 68-9). Daí que ele oferece nova definição da justiça formal: « observar uma regra que enuncia a obrigação de tratar de uma certa maneira todos os seres de uma determinada categoria ». (p.45) O formalismo desta definição permite que o ato justo seja a dedução correta de um silogismo rigoroso: o que vale para todos os elementos da categoria, vale para um indivíduo da mesma. Mas a justiça formal assim definida não informa a respeito da justiça da regra, ou seja, quando dois seres são essencialmente semelhantes, e também sobre como se deve tratá-los para ser justo. É neste ponto que se coloca o problema - e os desacordos - da pertinência dos critérios para a determinação da regra de justiça (p. 159).

Esse conceito formal se traduz na linguagem política como o princípio do estado de direito. Ele tem efeitos para os direitos dos cidadãos e a organização política do Estado, dos quais destacamos aqui as consequências para o Poder Judiciário. Deixando de lado, questões mais gerais, centramos a atenção no que chamamos em outros trabalhos “imperativo institucional de consistência das decisões judiciais”.

O Judiciário não é institucionalizado só para a resolução de conflitos individuais, mas também como *locus* de determinação do significado das normas jurídicas. A abertura do ordenamento jurídico a diferentes abordagens das situações, construções interpretativas e decisões contraditórias não é um traço passageiro ou deficiência, mas é parte da própria atividade jurídica, o que implica que as regras construídas pelas decisões judiciais são sempre problematizadas pelos destinatários e sujeitas a conflitos de interpretação.

As relações entre decisões judiciais e comportamentos tampouco são da ordem de coman-

dos que determinam a vontade dos sujeitos, produzindo obediência imediata⁰³. Essa caracterização refere-se a uma situação limite ou muito simplificada, porque, por um lado, mesmo a decisão sobre um conflito individual a respeito de objetos ou condutas precisos, tem regras gerais como padrão de referência e, por outro, porque os agentes respondem à decisão em função de seus padrões normativos, estratégias e recursos. De modo geral, as decisões judiciais provocam efeitos sobre interações estratégicas complexas, fornecendo modelos e parâmetros normativos, os quais são adotados pelos agentes como recursos adicionais para suas próprias ações, antecipações da conduta de outros agentes e, ainda, predições de decisões judiciais e ação das autoridades públicas⁰⁴.

Esses efeitos dão-se tanto nas relações ‘civis’ entre agentes privados (em que as autoridades públicas aparecem como ‘terceiros’ que asseguram a efetividade da decisão) como nas relações entre as próprias autoridades públicas. Nesse caso, os agentes dispõem de recursos específicos para atuar estrategicamente em relação às decisões, podendo invocar suas próprias bases de legitimidade política ou os elementos discricionários de sua ação. Os agentes políticos dispõem de seus próprios recursos para se anteciparem às decisões judiciais, como a mudança das normas e procedimentos, o controle de informações, a mobilização da opinião pública e seus próprios profissionais jurídicos. Assim, as decisões manifestam preferências dos juizes mas elas são mediadas pela instituição, supõem sua integração às normas jurídicas e devem ser aceitáveis pelos destinatários das normas. As decisões fazem parte do processo de produção normativa estatal, que ocorre nas interações entre agentes políticos, judiciais e outros. Mas, nessas condições, o que é específico às decisões judiciais, o que permite caracterizar como jurídicas as decisões de juizes? Quais fatores proporcionam o efeito institucional que produzem?

Para os juizes, este problema é o do *imperativo institucional de consistência* das suas decisões. Não é um dever moral, ou a incontornável presença de valores na tomada de decisão, mas implicação do papel institucional para as decisões dos juizes, em virtude do qual eles devem abordar os

03 M. Weber tratou essa questão ao distinguir o direito como móvel ou referência para a ação, a qual tem sido explorada para a formulação de modelos teóricos sensíveis à dimensão social do direito (Jeammaud, Servérin, Lascoumes, Commaille). Para uma exposição dessas teorias, remetemos a Koerner, A. Direito e Regulação: uma apresentação do debate teórico no Réseau Européen Droit et Société. *BIB. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais.*, v.58, Out. 2004, p.79-130. 2004.

04 Para McCann (1999: 69-70), a Corte Suprema não determina comportamentos mas estrutura os termos da interação entre diferentes tipos de atores. Ele aponta cinco tipos de efeitos: o deslocamento dos conflitos políticos; a catalização de agendas, oportunidades e recursos; o apoio a certos atores e a refiguração dos termos das suas relações; a imposição de custos a certas opções e o estímulo à contra-mobilização dos prejudicados. McCann, M. How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives. In: H. C. Gillman (Ed.). *The Supreme Court in American Politics - New Institutional Interpretation*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999, p.63 - 97

casos de forma imparcial e objetiva, e decidir segundo regras. Um juiz deve produzir decisões consistentes entre si, em situações análogas e ao longo do tempo, não tanto em seu conteúdo, mas na maneira de abordar os problemas e de construir soluções. Ao construir as situações fatis, interpretar as normas jurídicas e decidir, os juizes devem adotar fundamentos, raciocínios e critérios de decisão internamente coerentes e compatíveis com as soluções aceitas em sua organização, a ‘comunidade de intérpretes’ do direito e demais agentes.

Oscilação de decisões do STF e política oligárquica: exemplos e análise

Essa noção de justiça formal é condição mínima para a organização da economia capitalista e a política democrática, mas se realiza em tensão na vida social, dada a mutabilidade das relações estratégicas e expectativas normativas dos agentes políticos. Pensando em termos mais restritos, o imperativo institucional de consistência das decisões judiciais em questões referentes à política está em tensão com a dinâmica das alianças entre agrupamentos partidários.

Colocamos, para simplificar, o problema em termos dos ministros do STF no jogo político da Primeira República⁰⁵. As alianças políticas se davam em termos de trocas de apoio entre grupos oligárquicos, em negociações entre chefes estaduais, lideradas pelo Presidente da República. Era a vontade comum dos chefes que conduziam as alianças que expressava a regra da interpretação das normas constitucionais, mas, como essa regra dependia daquela vontade, ela não se objetivava em enunciados estáveis. A aliança realizada num determinado momento fixava certa relação entre grupos políticos, o que poderia significar, de um ponto de vista estático, a estabilidade das regras formulada segundo os seus interesses. No entanto, as alianças eram instáveis por diferentes fatores, tais como as divisões internas aos grupos estaduais ou as suas disputas com outros grupos que, por sua vez, buscavam apoios junto a outras lideranças no plano federal e de outros estados. Desse modo, a dinâmica das alianças entre os grupos políticos oligárquicos passava por realinhamentos e reversões. Para os juizes, isso implicava que, mesmo que se mantivesse a regra informal de que deveria prevalecer a vontade co-

05 Koerner, Andrei. *A Ordem Constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)*. Tese (livre-docência) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2015. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000957006>.

num dos chefes, o conteúdo de seus interesses e expectativas em relação às decisões judiciais variava.

Considerando essa tensão do pondo de vista do cálculo estratégico e da orientação normativa de um ministro, temos:

Se supomos que o ministro do STF seja imparcial e afastado dos grupos e das alianças políticas, há oposição direta entre a mudança dessas e o imperativo institucional de consistência das decisões judiciais. Se o ministro mantém coerência em suas decisões substantivas, adotando o constitucionalismo liberal defendido por Rui Barbosa ou, pelo contrário, uma visão conservadora, a orientação adotada numa questão em determinado momento virá a se chocar com as expectativas dos chefes políticos num momento subsequente. Isso implica, evidentemente, que o juiz será sujeito a pressões e ameaças e acabará por sucumbir aos conflitos. Tensões semelhantes ocorrem se ministro adota uma coerência formal, por exemplo, assumindo uma posição de ‘autocontenção’ ou ‘ativismo’ nas chamadas questões políticas. Essa atitude poderá ser manipulada pelas facções oligárquicas, que provocarão o ministro, ou moldarão as condições da decisão para acomodá-la à sua orientação, tal como aconteceu no voto da ministra Rosa Weber, citado acima.

Se o ministro for completamente imerso no jogo político, e se alinhar automaticamente com o interesse do grupo a que se associa, ele adota uma posição sem consistência em suas decisões judiciais. Nessas condições, o ministro não é juiz, pois não adota regra formal de justiça, uma vez que a regra das suas decisões é dada pela vontade comum dos oligarcas, cambiante e subjetiva. Esse alinhamento aparece em casos políticos altamente polêmicos, em que a polarização e intensidade das preferências das lideranças ‘atrai’ os ministros para os campos que se enfrentam.

Mas, de modo geral, os casos julgados pelos tribunais são menos polêmicos, a polarização é menor e as preferências não são claras. Outros fatores também são relevantes, como as concepções de cada ministro a respeito de seu papel e atuação, de doutrinas sobre o direito e técnicas jurídicas; a diversidade dos seus compromissos não só com grupos políticos, mas com empresários, jornalistas etc., assim como as relações e o jogo estratégico entre os ministros. Assim, em situações políticas normais, a tendência é que o ministro busque formas de acomodação.

Se o ministro tentar acomodar-se ao jogo dos grupos oligárquicos, procurará alternativas a decisões que gerem resistências ou reações de grupos políticos. Isso leva à produção de soluções engenhosas ou ecléticas que podem levar à invenção de novas normas, mas que não estão imunes a tensões futuras.

Uma fórmula para essa situação é adotar uma regra que permita selecionar, segundo as ‘circunstâncias’, autocontenção e ativismo, formalismo ou instrumentalismo, respeito às regras e promoção de objetivos.

Essa fórmula pode ser usada de duas maneiras: primeiro, com a adoção de requisitos formais para a admissão ou julgamento das questões substantivas, cuja aplicação pode ser modulada segundo as circunstâncias de cada caso. Segundo, por meio de decisões com base em princípios, uma vez que é possível modelar o seu conteúdo por meio da interpretação da norma legal, pelas suas implicações, pela ponderação de princípios etc. Nos dois casos, o ministro pode modular a utilização segundo as posições dos grupos políticos que se enfrentam na situação concreta.

A contrário dessa situação de jogo de grupos oligárquicos, a consistência das decisões judiciais que se conformam pela prática dos tribunais depende de várias condições. Primeiro, condições políticas em que os grupos políticos formem alianças estáveis que estimulam a continuidade da orientação jurisprudencial, pelo menos a respeito de certos temas. Segundo, condições institucionais do Poder Judiciário, ou seja, garantias, prerrogativas e recursos de que os juízes possam se valer para subtrair-se a pressões. Terceiro, o *ethos* e a tradição jurídica, que significa a maneira pela qual os juristas elaboram a experiência jurídica – a referida à problemática da justiça – pelo seu pensamento e prática jurídica nas condições políticas e sociais de sua existência.

Coalizões políticas e estabilidade jurisprudencial

Desde a transição, o STF manteve um período de estabilidade jurisprudencial até meados dos anos 2000, em seguida, apostou na redefinição de suas orientações até iniciar-se a instabilidade política em 2013, que levou à sua paralisia.

Ao longo da Constituinte e no início da vigência da Constituição de 1988, o STF atua para bloquear inovações institucionais. A maioria dos ministros orienta-se pela rarefação do exercício da jurisdição, colocando em primeiro plano o valor da segurança jurídica, alcançado pela deferência aos representantes e ao respeito à separação dos poderes. Adotam, por exemplo, critérios rígidos no controle da constitucionalidade, excluindo notadamente as pretensões de partidos e associações. O STF bloqueia a superação do passado, contém o processo de democratização e as reformas sociais, e sustenta as reformas neoliberais que se iniciam. O STF promove a efetivação parcial da Constituição no cam-

po da democracia política, inibe o exame judicial da regulação da economia e obstaculiza a promoção dos seus programas substantivos. A Constituição fica parcialmente em suspenso, de acordo com as forças que apostam na limitação da transição democrática e na promoção das reformas neoliberais. O Tribunal manterá a orientação nos anos noventa, em consonância com a coalizão política no governo.

Em meados dos anos 2000, depois da reeleição de Lula, cujo governo realizou a reforma do Judiciário que reforçou os poderes do STF, mas que sofreu as primeiras denúncias de corrupção, os ministros do STF reinterpretam o seu papel constitucional e, com base nas doutrinas do neoconstitucionalismo, utilizam os seus instrumentos para ampliar os controles sobre os representantes eleitos. As denúncias de compra de votos parlamentares e de práticas clientelísticas envolvendo a base aliada do governo, em 2005, representaram uma oportunidade para a oposição inverter os papéis e passar a promover a moralidade política⁰⁶. Elas esfriaram as relações do governo com os movimentos sociais e de juristas. As relações com o campo político se redefiniram, pois a oposição patrocinou a causa do combate à corrupção, tentou impedir o Presidente Lula por meio da narrativa do mensalão e investiu no tema como questão crítica nas eleições de 2006.

Os juristas concentraram suas demandas reformistas em temas de moralidade pública, colocando como bem supremo a restauração das virtudes republicanas. Elementos do neoconstitucionalismo, como a interpretação construtiva das normas e a aplicação direta de princípios constitucionais pelos juízes, passaram a ser utilizados para relativizar direitos individuais e justificar intervenções judiciais na política. O combate à corrupção justifica a livre atuação das autoridades policiais e judiciais, cujo campo de atuação passa do controle da administração pública às eleições e práticas políticas, incidindo sobre prerrogativas parlamentares, as atribuições do Congresso e a autoridade da Presidência. No caso da Lei da Ficha Limpa, a sua aplicação aos candidatos à eleição de 2010 foi questionada pelo princípio da anualidade segundo o qual as regras eleitorais não podem ser modificadas a menos de um ano das eleições. O STF decidiu apenas em março de 2011, com o voto do ministro de Luís Fux pela não aplicabilidade da lei, mas se formou uma minoria de cinco ministros que, engajados no movimento de moralização da política, deram prioridade ao princípio da moralidade sobre o da anualidade, um dos pontos fundamentais do pacto para a eliminação de casuísmos eleitorais desde

06 Koerner, A. e F. Schilling. O direito regenerará a República? Notas sobre política e racionalidade jurídica na atual ofensiva conservadora. In: S. V. Cruz, A. Kaysek e G. Cudas (Ed.). *Direita, volver! : o retorno da direita e o ciclo político*. SP: Fundação Perseu Abramo. 2015, p. 75-90. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/Direita-volver-Final.pdf>

a Revolução de Trinta. Eles se distanciaram da tradição jurídica que estabilizou as normas e procedimentos eleitorais, garantidas pelo Judiciário, como a base da ordem eleitoral competitiva no Brasil.

A partir de março de 2014, a Operação Lava Jato explora as novas possibilidades de investigação e reforça o clima de cruzada moral e de polarização política. A equipe coordena promotores, policiais federais e o juiz Sérgio Moro, num arranjo que levanta dúvidas sobre sua imparcialidade. Desde o início, a equipe atua de forma seletiva contra os integrantes dos governos Lula e Dilma, como se vê pelo seu foco nas acusações, o andamento das investigações e a sincronia das suas ações com os eventos políticos⁰⁷.

Apesar de os juristas terem levantado críticas à lei da delação premiada e reservas à condução das investigações, a maioria deles se alinha, por sentimento de indignação, interesses corporativos ou alianças partidárias, no apoio à operação. Os tribunais superiores sustentam a operação, ao autorizarem, ou permitirem implicitamente, que os direitos dos acusados continuem a serem violados. Porém, a convergência dos juristas tem limites, dadas as suas rivalidades, disputas corporativas e alianças partidárias. A sua unidade é temporária, efeito de uma colusão de interesses, criada pela crise, com o objetivo comum de destituir Dilma do governo e destruir os partidos de centro-esquerda que a apoiavam.

O sentido da oscilação jurisprudencial na crise de 2015-6: apoio ao golpe

A atuação do STF foi fundamental para o desenlace, como se pode ver nas suas ações e omissões no processo de *impeachment*. Em 02 de dezembro de 2015, Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados, aceita o pedido apresentado por Miguel Reale, Hélio Bicudo e Janaína Pascoal. No dia 17, o plenário do STF decide que o processo de *impeachment* tem índole dupla, jurídica e política, e que o seu papel seria garantir os procedimentos, sem entrar no mérito da decisão. Adota um conceito procedimental de democracia que contraria suas próprias doutrinas do neoconstitucionalismo e ativismo judicial. Em março, uma série de ações contra a presidenta Dilma e o ex-presidente Lula culmina com a divulgação ilegal de suas conversas pelo juiz Sérgio Moro e a suspensão, por decisão liminar de Gilmar Mendes, da nomeação do ex-presidente para ministro. Nem o relator

⁰⁷ Para o que segue, ver Koerner, A. Política, Direito e Judiciário – centralidade e ambivalências do jurídico na ordem constitucional de 1988. In: R. Perissinotto e C. B. D. Hollanda (Ed.). *Trinta Anos da Constituição de 1988*. SP: ABCP e Fundação Konrad Adenauer. 2018, pp. 305-38.

dos processos da Lava-Jato, Teori Zavaschi, nem o plenário do STF tomam qualquer decisão para bloquear as violações de direitos. Em 11 de abril, a comissão especial da Câmara aprova o pedido de *impeachment* e o STF não acolhe nenhuma das impugnações. No dia 17, a Câmara aprova a admissão do pedido, em 26 é instalada a comissão especial do Senado, que em 06 de maio aprova o parecer pela admissão do pedido. Na véspera, o STF decidiu pelo afastamento de Eduardo Cunha, pedido que aguardava seis longos meses para ser julgado. Mas o Tribunal não julgou a implicação lógica de sua decisão: a anulação, ou suspensão, da admissão do pedido de *impeachment*. Em 10 de maio, o governo Dilma propõe mandado de segurança contra a abertura do processo por desvio de poder praticado pelo deputado afastado, fartamente documentado, mas o relator, Teori Zavaschi, indefere a liminar. No dia seguinte, o Senado decide pelo afastamento da presidenta Dilma por 55 votos a 22⁰⁸.

O sentido das ações e omissões do STF durante a crise política de 2014 a 2016 é o de dar sustentação à ofensiva política do *impeachment*. Ao longo do processo o STF manipula, *ad libitum*, o tempo, as modalidades e o conteúdo das suas decisões, contrariando suas próprias orientações jurisprudenciais. Mas o STF é composto por uma pluralidade de ministros e a sua orientação global evidencia, nesse contexto, a incapacidade de formar uma maioria que ofereça a referência constitucional para a sociedade, mantendo o equilíbrio entre os atores políticos, controlando os juízes e assegurando os direitos fundamentais. Isso ocorre tanto pela sua paralisia enquanto tribunal coletivo quanto pela fragmentação das decisões, tomadas oportunisticamente pelos seus ministros em função de suas alianças com os grupos políticos. Essa situação é um elemento pleno da crise política, pois, se o STF esteve na raiz dela, ela produziu o seu colapso. Ao atuar em fase com os interesses da oposição, ingressou nos tempos e movimentos do jogo político, a ponto de com ele se fundir.

Ao procurarem realizar os fins da Constituição eles colocam entre parênteses ou contrariam os seus meios. Mostram-se permeáveis a movimentos de opinião e pressões da mídia, evidenciando sua convergência, intencional ou não, com os interesses, as polaridades, os tempos e o jogo da política. O resultado da crise é o STF – e as instituições judiciais – como ativo participante do jogo entre grupos políticos, no qual até o momento se mantém uma aliança majoritária em torno do Presidente Temer e seus aliados. Os efeitos dessa consonância política do STF com a aliança política se vê nas rígidas divisões das votações colegiadas, nas reviravol-

08 Fernandes, P. *A Judicialização da “Megapolítica” no Brasil: O Protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff*. Diss. PUC-Rio, 2017.

tas jurisprudenciais seguidas do punitivismo continuado contra os opositores, no uso estratégico das regras e procedimentos, na relativização dos princípios, acompanhados dos destemperos verbais dos ministros, na sua exposição na mídia, na revelação de suas vinculações políticas.

Desde então, as decisões do STF sobre questões políticas relevantes marcam a formação de uma não-jurisprudência, na qual a manipulação da agenda, as interpretações casuístas das normas, a consonância com os tempos da política e as decisões voltadas à produção de efeitos imediatos contra os adversários foram completadas por decisões sem forma nem processo. Os ministros do STF distanciam-se do *ethos* do jurista do constitucionalismo democrático e mesmo de qualquer noção de justiça formal e estado de direito.

Não será surpreende se ocorrerem mudanças profundas nos poderes das instituições judiciais brasileiras num futuro próximo.

A Constituição de 1988 faz trinta anos?⁰¹

A questão é inevitável diante da crise política que vivemos desde 2014-5, cujos desdobramentos são neste momento imprevisíveis. Não é a hora de fazer um balanço, pois o embate continua, a crise ainda não teve seu desfecho e, inclusive, pode se agravar.

O golpe parlamentar de 2016 representou uma fratura na Constituição, uma vez que o uso tático de normas constitucionais as distorceu, inverteu o seu significado e, finalmente, rompeu com a lógica do sistema de princípios e garantias da democracia constitucional. A ruptura foi sucedida por repetidas violações de direitos de opositores políticos, praticadas por juízes e outros juristas, em particular os que atuam na Operação Lava-Jato, cujos atos têm contado com a conivência, senão a aprovação, de ministros dos tribunais superiores.

Tem-se afirmado que a violação praticada pelo *impeachment* representaria a ‘morte’ da Constituição de 1988. Noutro campo, retomam-se argumentos de que ela seria o fator condicionante ou determinante da crise, e que ela seria defasada, ultrapassada ou inadequada. Assim, cabe perguntar: qual Constituição faz trinta anos? O que significaram suas mudanças e sua violação? Qual Constituição estaria ultrapassada? Qual Constituição devemos celebrar? Com qual Constituição devemos reafirmar o nosso compromisso?

A Constituição a que nos referimos é a de 1988? A data é referência necessária e importante, pois é a da sua promulgação enquanto Constituição jurídica. Mas do ponto de vista da origem, unidade e identidade da constituição política, a data é uma convenção ou ficção. Tornou-se usual referir-se à “Longa Constituinte”, utilizada inicialmente por Cláudio Couto, para designar um processo político marcado pelo embate a respeito do modelo constitucional do país, assim como a incerteza em relação à manutenção e efetividade das normas em vigor. A questão constituinte inicia-se com o golpe de 1964, quando se coloca o problema da manutenção da Constituição de 1946 ou da sua substituição por um novo texto. Nos anos seguintes, os dirigentes do regime autoritário respondem ao problema

01 Comunicação apresentada na mesa-redonda sobre os trinta anos da Constituição, no X Congresso de História do Direito, realizado na FD/USP, de 03 a 05/09/2018. Publicado em outubro de 2018 em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-constituicao-de-1988-faz-trinta-anos-06102018

com a Constituição de 1967, adotada por um Congresso sem poderes para tal, amplamente modificada em sentido autoritário pela Emenda Constitucional nº 1/1969. Concomitantemente, repetidos Atos Institucionais violam, desconstituem e supostamente reinstituem o ordenamento jurídico.

Do ponto de vista democrático, como Antônio Sérgio Rocha tem mostrado⁰², o MDB demanda a partir da “Carta do Recife” de 1971 uma Assembleia Constituinte popular e soberana para restaurar a democracia e o estado de direito. O partido reafirma seu compromisso nos anos seguintes, em particular na sua resposta ao Pacote de Abril de 1977 e nas duras negociações realizadas a partir de 1984 sobre as modalidades de convocação e os poderes da Constituinte. O impasse sobre a questão resultará em ambivalência disputada até hoje, como aponta Cristiano Paixão⁰³, em que juristas e outros apoiadores do regime autoritário consideram que a Constituição de 1988 não seria mais do que uma revisão da Constituição de 1967. Não é esta a constituição cujos trinta anos lembramos neste momento, mas a que foi produzida pelas ações e lutas dos que buscaram superar os obstáculos levantados à democratização.

A promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988 não encerrou o processo constituinte. Antes mesmo da promulgação, setores conservadores assumem o discurso neoliberal para atacar o texto constitucional. O texto seria ultrapassado diante das necessidades da modernização capitalista e a integração do país à ordem econômica globalizada, a sua efetivação seria impossível porque tornaria o país ingovernável etc. A campanha fez parte de um movimento que visava bloquear a efetivação dos direitos econômicos e sociais, muitos dos quais foram mantidos em suspenso, por não terem sido regulamentados ou por terem sido tornados inefetivos pelo STF. Ela buscava também formar a pauta da revisão constitucional prevista para 1993.

A disputa política era ampla, pois estavam em jogo as próprias bases de regulação da economia e organização da sociedade fixadas no compromisso de 1988. O seu desfecho foram as reformas constitucionais e legais realizadas durante o governo Collor e o primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), que modificaram substancialmente as normas da ordem econômica da Constituição. Seguiram-se muitas outras reformas que alteraram o texto constitucional, num processo político no qual não se distinguem facilmente os momentos constitu-

02 Rocha, A. S. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. Lua Nova, n. 88, p.29-87. 2013.

03 Paixão, C. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v.43, n.1, p.415-458. 2014.

inte e político-ordinário. Assim, em ruptura com o compromisso político que criou a Constituição em 1987-8, foram redefinidas parcelas importantes do texto original e foi produzido um regime constitucional neoliberal que contraria pontos fundamentais daquele compromisso. Não é o texto alterado e nem o regime dele oriundo que se celebram nesses trinta anos de Constituição.

O golpe parlamentar de 2016 e as violações significaram a morte da Constituição? Na ausência dela, como se poderia compreender a situação atual? O golpe impôs uma fratura constitucional com graves implicações políticas, uma vez que a implosão das convenções que asseguravam uma dinâmica ‘centrista’ e moderada deu ensejo à polarização e fragmentação política, e a ações voltadas a neutralizar ou eliminar adversários, por meio da sua criminalização e estigmatização. Mas há continuidades importantes, principalmente a preservação do calendário eleitoral, mantendo-se – embora com alterações e violações – as liberdades da oposição e as regras da competição política. Instituições e práticas continuam num jogo em que os atores visam aparentemente recompor o equilíbrio anterior.

Não vivemos na ausência de Constituição, mas numa situação incerta, conflituosa e perversa de produção de normas. Crises políticas produzem direito tanto pela substituição formal dos textos legais como pela mudança informal, atribuindo-se novo sentido às normas vigentes. A mudança pode ser central para a superação da crise, um recurso necessário para desarmá-la, tal como se deu no caso da ficção que viabilizou a posse do vice-presidente Sarney em 1985 ou a separação entre condenação criminal e suspensão dos direitos políticos, no *impeachment* de Collor, em 1992. Outras mudanças, mais insidiosas, são as soluções engenhadas que criam conceitos ou produzem extensões e distorções no significado dos textos legais, as que inventam casos para permitir usos parciais das normas, as que encontram exceções para justificar a omissão ou a intervenção de um tribunal num caso etc.

Nas últimas semanas, acentuando o que se verifica desde pelo menos 2015 e 2016, testemunhamos uma sucessão de decisões arbitrárias, inclusive de ministros e de presidentes (o atual e sua antecessora) do STF que, em jogadas afinadas com os interesses e tempos da luta política, usam suas atribuições com explícito objetivo de atingir os direitos de opositoristas. Práticas arbitrárias e comportamento faccioso que têm paralelo apenas na inserção dos juízes no sistema de alianças oligárquicas da Primeira República. Elas significam a suspensão do pacto que, a partir da Revolução de 1930, viabilizou a democracia competitiva por meio da instauração de um Judiciário independente e com juízes que, de forma (geralmente) imparcial, atuaram para organizar as

eleições, garantir os direitos da oposição política e da contestação social, supervisionar o processo eleitoral e validar os resultados. A atuação dos juízes e juristas na crise atual não é autogerada, movida por seus preconceitos ou interesses corporativos, pois nela se evidenciam seus vínculos com setores conservadores, com os quais compartilham doutrinas políticas e concepções de sociedade. Ao completar trinta anos sob a Constituição, a prática do direito constitucional não é a mesma e os juristas democráticos terão muito que fazer para recuperar o seu sentido normativo.

A produção acadêmica e o debate intelectual enfrentam questões sobre as relações entre produção do direito e política, sobre as modalidades e os determinantes da produção normativa na sociedade brasileira. Precisamos pensar o direito em tempos de crise, considerando as temporalidades curtas, com suas contingências, descontinuidades e reversibilidades, as conjunturas com equilíbrios tensos e frágeis, os atores com identidades pouco definidas e propósitos ambíguos, e a levar em conta que emoções, agressividade, hipocrisia, erros e fracassos também fazem parte da produção histórica do direito. Assim, colocar a questão dos trinta anos da Constituição implica rever os nossos modelos intelectuais e nossa agenda de pesquisa.

A crise política abriu um período duradouro de instabilidade constitucional. Está colocada em causa a centralidade da Constituição como referência normativa, foi posto em xeque o investimento das forças políticas na independência e imparcialidade de juízes e juristas, abriu-se o campo para criações esdrúxulas do direito. Estaria em curso a alteração do sentido democrático e social que orientou o compromisso dos constituintes, ou seja, a crise teria provocado uma mutação constitucional? A constituição política que virtualmente emergir dessa mutação não tem identidade com aquela que foi acordada, votada e jurada em 1988 e, portanto, não é a que celebraríamos.

A Constituição de 1988 faz trinta anos? Sim, sem dúvida. Os trinta anos que saudamos não são os do texto constitucional, tantas vezes modificado nesse período. Também não os da sua integridade, pois sempre lembraremos que seu sentido original foi invertido nos anos noventa e que ela foi violada pelo golpe parlamentar de 2016. Os trinta anos tampouco celebram o compromisso político que permitiu a elaboração e finalização da Constituição, uma vez que os setores conservadores o renegaram, desde o início, e tentaram reiteradas vezes desfazê-lo. Se eles não promoveram mudanças mais profundas, é porque raramente conseguiram unidade política suficiente para isso, e também porque o compromisso com a Constituição está enraizado em lideranças, forças políticas,

agentes do Estado, organizações sociais, movimentos populares e boa parte da população brasileira. Assim, celebramos os trinta anos da Constituição porque ela é símbolo e referência normativa para todos os que, desde a transição democrática, temos lutado para construir uma sociedade democrática e socialmente decente no Brasil. A data é relevante porque é desde o próprio momento em que era finalizada a redação do texto constitucional a ser promulgado pela Assembleia Constituinte que começamos a buscar a sua efetivação contra as múltiplas tentativas de bloqueá-la e a defendê-la contra os que procuram esvaziá-la ou destruí-la.

Direitos Humanos, Democracia, Constituição e Judiciário⁰¹

Evoco uma pequena valsa do último álbum do Francis Hime, produzido pelo SESCSP, que se chama “Amorosa”: ele pergunta: “Por que ficaste triste? Por que te desalmaste? Por que te distraíste? Em qual esquina tu erraste?” ... e termina essa parte com “Que algemas colocaste em teus sonhos?”

Ítalo Calvino, nas *Cidades Invisíveis* lembra que se podem imaginar infinitas cidades desde que elas tenham um fio condutor, um código interno, uma perspectiva, um discurso, que remetem às suas esperanças e medos.

A canção do Francis Hime é dedicada ao Rio de Janeiro. Eu a atribuí à Constituição de 1988 que completa seus trinta anos, pois parece que ela expressa o sonho coletivo de combinar liberdades, respeito às diferenças e justiça social, mas ela foi apropriada e ressignificada num sentido de exclusão e punitivismo. A canção poderia, infelizmente, referir-se a boa parte de nossa coletividade que nos últimos tempos abandonou a esperança e foi tomada pelo medo, propugnando a discriminação e a exclusão dos seus pares.

Sem dúvida, as mais graves e imediatas ameaças aos direitos humanos, e que colocam em jogo a reflexão sobre a Constituição, a democracia e o Judiciário, são as implicações da eleição de Jair Bolsonaro para Presidente da República no último domingo. Em sua trajetória pessoal e política e seus discursos de campanha ele formulou várias ameaças às instituições democráticas e aos seus opositores. Em termos mais gerais, ele adota fundamentos extra-constitucionais, especialmente a pátria e Deus, que assume o papel de revelador da verdade, do caminho e presença a inspirar os seus atos. Ele formula uma contra-história, do golpe de Estado, da ditadura, das violações de direitos humanos e da transição à Nova República, além disso adota um léxico belicoso, que, tendo como objetivo a mudança dos destinos da pátria, lutará contra os seus oponentes, nomeadamente a esquerda e as elites políticas corruptas.

Não pretendo adotar uma linha de crítica política e moral do candidato eleito,

⁰¹ Introdução à aula ministrada em 30 de outubro de 2018, dois dias depois do segundo turno da eleição presidencial, no Curso Crise e Graves Ameaças aos Direitos Humanos nos 70 anos da Declaração Universal, no Centro de Pesquisa e Formação do SESCSP.

nem vou analisar o processo político e os fatores que poderiam explicar a sua eleição. Vamos conversar sobre o assunto a partir dos temas da aula. Vou analisar alguns tópicos de seu discurso, para examinar a sua compatibilidade com os direitos humanos e a democracia.

Na noite do dia 28, no seu discurso como candidato eleito, Bolsonaro referiu-se à Constituição ao lado dos ensinamentos de Deus, além da inspiração em grandes líderes, como Churchill, e um polígrafo neoconservador, cujas obras não conheço, chamado Olavo de Carvalho. Churchill seria para equiparar o seu papel da liderança a uma situação de guerra? Mas o candidato eleito prometeu que o governo será defensor da Constituição, da democracia e da liberdade, e não como vã promessa de um homem, mas um juramento perante Deus.

Essa passagem poderia ser discutida de um ponto de vista teórico de suas intenções e implicações. Ao colocar a Bíblia ao lado da Constituição, pode sugerir que sua intenção foi indicar alguma reserva mental segundo a qual a Constituição será respeitada na medida em que for compatível com a Bíblia. Assim, ao tomar como base a verdade de Deus e se colocar no papel de defensor da Constituição, ele estaria, de alguma maneira, acima da Constituição, arbitrando suas relações com a Bíblia? Com isso assumiria uma condição de *legibus solutus*, isto é, não responsável perante as leis e não limitado pela Constituição naquilo que não for compatível com seu juízo a respeito do sentido de suas normas.

Mas vamos tomar as consequências da promessa do candidato eleito. Ela é compatível com outros discursos de campanha, seus e de seus aliados? Tomemos uns poucos exemplos. No discurso transmitido aos seus apoiadores na Paulista no dia 21 de outubro, ele afirmou que “os marginais vermelhos” serão “banidos da nossa pátria”, e que os que não se colocarem sob a lei de todos terão que ir “para fora [do país] ou para a cadeia. No jornal *Folha de São Paulo* do dia 28 o Major Olimpio, senador eleito pelo estado, afirmou que a vitória de Bolsonaro significa o “golpe de misericórdia” sobre o sonho do socialismo latino americano. E que, para endireitar os rumos do país, seria necessário “chegar chegando, sendo implacáveis e cortando mesmo na própria carne, quando necessário”.

Propomos analisar em que elas são incompatíveis com os direitos fundamentais da Constituição e os direitos humanos.

A promessa de banir os marginais vermelhos contraria o art. 5º, LXVII, *d*, da Constituição que proíbe o banimento de brasileiros. Mais que isso, refere-se a um estado, a uma condição existencial associada à opinião política e não a um ato, o que contraria os princípios do direito penal

desde o Iluminismo. Esse ponto é fundamental, pois a discriminação contra pessoas, ao menos nacionais, em função de sua condição dada pela sua raça, sexo, cor, religião, classe ou opinião política é uma das pré-condições não só da democracia mas também de uma sociedade ordenada segundo o estado de direito. Em outros termos, estado de direito significa que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam efetivos na sociedade e não só respeitados formalmente pelo Estado. Banir opositores políticos, além de ameaçar a imprensa livre e de outras formas de diversidade significa violar não só direitos específicos mas a Constituição como um todo, tal como afirmado no seu Preâmbulo e artigos iniciais, especialmente o art. 5º. Assim, essas frases de campanha são incompatíveis com a Constituição e os princípios de uma sociedade organizada como estado de direito.

Além disso, o candidato Bolsonaro e o major Olímpio assumem a eleição presidencial de 2018 como um evento único e que implica a delegação de todos os poderes para os eleitos. Essa noção majoritária de democracia contraria as noções de rigidez constitucional, proteção aos direitos fundamentais, de sistema de governo com freios e contrapesos, e o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do presidente da República. A noção de democracia como “aposta institucionalizada” formulada por Guillermo O’Donnell⁰², evidencia as pré-condições formais e sociais, assim como o caráter processual, desenrolado no tempo, da democracia. Discutindo as limitações das teorias minimalistas, O’Donnell destaca que a democracia não deve ser pensada como a realização de eleições, um evento único. Ele afirma que a democracia supõe eleições limpas, decisivas e institucionalizadas. Para serem limpas, o eleitor deve ter opções efetivas, oportunidades razoáveis de participar, sufrágio livre, votos iguais etc. Para serem decisivas, deve prevalecer o princípio de que os vencedores assumem, os eleitos decidem dentro do quadro legal, que eles concluem os seus mandatos, e que o eleitorado deve ser inclusivo. Elas são institucionalizadas porque se supõe que acontecerão num futuro indeterminado, se pressupõe que continuarão em vigor e os atores adaptam as suas estratégias à situação, pois há um quadro legal e outros atores que os constroem.

Assim, a democracia deve ser pensada como a institucionalização de uma aposta coletiva, em que todos os atores relevantes assumem como dadas as ‘regras do jogo’, aceitam os resultados da eleição e trabalham para alterar as suas regras segundo os procedimentos estabelecidos pela Constituição. Em outros termos, cada agente deve aceitar que todo cidadão pode

02 O’Donnell, G. *Democracia, Agência e Estado - Teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e Terra. 2011.

participar com seu voto e eventualmente ser eleito em eleições limpas, que determinam quem os governará durante o período. A aposta é imposta a todos e a cada um, porque ela é sancionada e sustentada pelo sistema jurídico da democracia política, o que implica a obrigação de respeitar direitos de cada um e de todos. Daí resulta que a democracia é o único regime resultante de uma aposta institucionalizada, universalista e inclusiva (O'Donnell, id.).

A análise das condições mais amplas para a competição eleitoral e o exercício do direito do voto evidencia a necessidade de condições para a organização da oposição política, a segurança para a contestação política e social. Essas condições seriam regras que assegurem a liberdade de organização, a liberdade de reunião e expressão, a existência de canais variados de informação, que resultam na diversificada ação de organizações da sociedade civil, a formação de uma opinião pública plural etc. Essa análise evidencia as inter-relações entre o sistema político e outras pré-condições institucionais e sociais, necessárias para o exercício do direito de voto. A democracia inclui um conjunto de condições, além das eleições, tais como direitos positivos de participação e contestação política e um conjunto de direitos e liberdades assegurados na sociedade.

Olhar para esses fatores permite criticar propostas que visam limitar os direitos de opositoristas em nome de uma legitimidade majoritária obtida num evento eleitoral único. Eles também servem de critérios distinguir as democracias de regimes híbridos, em que existem eleições sem as condições para a competição política e o exercício de direitos.

Outra frase também merece atenção: “Essa turma [a esquerda] se quiser ficar aqui vai ter que se colocar sob a lei de todos nós. Ou vão pra fora ou vão pra cadeia”. E, adiante, ameaça seus opositores políticos, nomeadamente Lula, Haddad e Lindberg Farias, a longas penas de prisão.

A ameaça de prisão só pode ser entendida como sanção que é a consequência de uma decisão de aplicação da norma jurídica, tomando-se os nomeados apenas como exemplos dos que seriam sancionados pela norma. Assim, ela se expressaria numa norma legal que prevê uma conduta ilícita e uma sanção: “se é ‘Conduta de oposição’, então *deve ser* ‘Sanção de longos anos de prisão’”. De um ponto de vista interno, a conduta deverá ser especificada, a referência discriminatória à oposição deve ser eliminada e a sanção deverá ser determinada. Então, teremos “se é ‘conduta X’, então sanção Y”.

Para ser conforme à Constituição, a norma deverá respeitar os princípios e as garantias do Estado democrático de direito. A norma penal deverá ser conforme a uma série de princípios do Cadernos CEDEC, n. 126, 2018

direito penal, elaborados desde o iluminismo. A formulação mais precisa e completa é a de Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão*⁰³, que enumera dez princípios básicos: 1. Retributividade: não há pena sem crime; 2. Legalidade: não há crime sem lei; 3. Da necessidade ou economia do direito penal: não há lei (penal) sem necessidade; 4. Da lesividade ou ofensividade: não há necessidade sem injúria; 5. Da materialidade ou exterioridade da ação: não há injúria sem ação; 6. Da culpabilidade: não há ação sem culpa; 7. Da jurisdicionaridade: não há culpa sem juízo; 8. Do acusatório, pela separação do juiz e acusação: não há juízo sem acusação; 9. Do ônus da prova: não há acusação sem prova; 10. Do contraditório, defesa ou falseabilidade: não há prova sem defesa.

Esses princípios são necessários e cumulativos. Eles sistematizam de princípios e regras expressos na nossa Constituição, na Declaração Universal de 1948, na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 e remontam à Carta Magna da Inglaterra, de 1215. Eles estão na base da Constituição de 1988 e do direito brasileiro. Fora dessas condições, a ameaça de prisão é fala produtora de efeitos midiáticos, de polarização e de intolerância política, mas vazia de conteúdo jurídico.

Em suma, as afirmações são, evidentemente, inaceitáveis e muito ameaçadoras. Alguns afirmam que não devem ser tomadas ao pé da letra, pois devem ser descontadas como bravatas, exageros de campanha etc. A Constituição e as instituições estariam aí para limitar o novo presidente. E ele jurou respeito à Constituição. Assim, além de crimes de responsabilidade ou comuns, ele cometerá perjúrio se vier a violá-la.

03 Ferrajoli, L. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

Jurisdição constitucional e crise no Brasil: questões para a pesquisa política⁰¹

Introdução

Apresento algumas idéias sobre os efeitos que a situação política atual terá para a nossa agenda de pesquisas sobre o direito e as instituições judiciais, notadamente o STF e a jurisdição constitucional.

Instabilidade política e incerteza do marco constitucional objetivo

Nos últimos dias tem sido difundido um relato de que o atentado ao então candidato Jair Bolsonaro em seis de setembro teria provocado uma reunião de emergência do Alto Comando das Forças Armadas, na qual alguns generais de exército defendiam a intervenção militar e a interrupção do processo eleitoral. O ponto era que, com a posse de Toffoli na presidência do STF, seria pautado o julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Lula, o que levaria à sua soltura e, portanto, a sua atuação decisiva para o resultado das eleições. O general Villas-Boas teria defendido uma solução intermediária, segundo a qual haveria contato permanente com o novo presidente do STF, a fim de prevenir qualquer decisão inaceitável para os generais. Toffoli aceitou o compromisso, que assumiu a forma da nomeação de um general como assessor do presidente do STF. Em resposta, o min. Lewandowski autorizou a entrevista de Lula a Mônica Bergamo e Florestan Fernandes Filho, decisão que foi cassada de forma esdrúxula – mais uma – pelo vice-presidente do Tribunal, Luís Fux, e referendada por Toffoli.

Além disso, o presidente do STF deu declarações em que relativizou o significado do golpe militar de 1964 e proclamou que o papel do STF seria o de um poder moderador da República. Ele reafirmou que reforçaria os vínculos de comunicação com os presidentes dos outros poderes – inclusive o militar... – a fim de evitar conflitos e promover uma agenda

01 Apresentação no Seminário *Jurisdição Constitucional e Crise no Brasil: O Supremo Tribunal Federal em Foco*, na Escola de Direito da PUC-Pr em 27 de Novembro de 2018

concertada de decisões. O que já foi posto em prática nas últimas semanas quando os ministros Tofolli e Fux negociaram com o Congresso a aprovação de um projeto de lei com o aumento dos salários dos ministros do STF – que repercute nos vencimentos dos juízes e do funcionalismo. A aprovação do projeto teria como contrapartida a decisão pela inconstitucionalidade do auxílio-moradia dos juízes, cujo julgamento foi suspenso há quatro anos pelo ministro Fux.

Temos duas situações aparentemente novas, uma em que a tutela militar sobre a democracia e sobre o exercício da jurisdição constitucional e a outra em que a decisão sobre uma controvérsia constitucional é objeto de barganha política em prol dos interesses salariais dos juízes.

Para a nossa experiência como cidadãos e pesquisadores elas são inéditas ao assumirem formas explícitas na cena política, mas elas têm antecedentes na nossa história política. Elas não diferem das conversas privadas divulgadas pela imprensa entre o presidente Michel Temer e o ministro Gilmar Mendes e mais tarde daquele com a presidente do STF Carmen Lúcia diante das denúncias de Joesley Batista e o pedido de abertura de processo no Congresso, e do problema da escolha do sucessor de Rodrigo Janot na Procuradoria-Geral da República.

Na nossa história política, há recorrentes episódios de atuação conjugada dos militares e ministros do STF, a começar evidentemente pelo papel de coadjuvante da ditadura militar assumido pelo STF no pós-1964. A barganha de dirigentes do Judiciário com chefes do Executivo ou do Legislativo também é corrente, antes e pós-1964. Sobre isso basta recordar o intenso *lobby* dos ministros do STF e dirigentes de associações de juízes, do ministério público e de outras carreiras jurídicas sobre os constituintes em 1987-8.

Noutra ocasião, eu recorri à blague de que Temer é um injustiçado. Ao contrário de Eduardo Cunha, e outros participantes do complô do golpe parlamentar de 2015-6, as denúncias de corrupção não tiveram implicações jurídicas para o exercício de seu mandato – usurpado. Se houvesse justiça, sua carreira política teria sido encerrada há muito tempo, desde as denúncias sobre o porto de Santos no início dos anos noventa.

Michel Temer é injustiçado porque o seu papel como liderança política não tem sido reconhecido. Não me refiro à sua marginalização nas articulações das candidaturas presidenciais nem à completa omissão dos feitos do seu governo nos debates durante a eleição presidencial. Refiro-me à sua atuação para (re)construir a ordem oligárquica e a polarização política.

Nos últimos anos não faltou nenhum ingrediente – a instigação de manifestações nas ruas, discursos de ódio, manipulação da opinião pública, polarização e fragmentação dos partidos em facções políticas, ação de lideranças para a tomada de graves decisões políticas sem fundamento nem previsão das consequências. Polarização e ódio que se traduziram em episódios de violência política durante a campanha e que culminaram no atentado ao candidato Jair Bolsonaro.

As instituições judiciais tiveram papel ativo nisso: a difusão controlada de informações para a produção de escândalos políticos, a violação dos direitos da Presidenta da República, a omissão dos tribunais no controle das instâncias inferiores, a condenação sem provas, prisão e censura ao ex-presidente Lula. Episódios menores durante a eleição também devem ser lembrados como as decisões infundadas de cassar o registro de candidatos, a abertura de investigações contra candidatos etc. Enfim, para voltarmos ao STF, os episódios da prisão de Lula, em que o julgamento do seu *habeas-corpus* sem a deliberação sobre a questão da constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória resultou da manipulação da agenda pela ministra Carmen Lúcia e do voto auto deceptivo da ministra Rosa Weber. A tensão foi acentuada pela ameaça militar, cujos contornos já conhecíamos, mas que agora se revelam mais graves.

Práticas arbitrárias e comportamento faccioso têm paralelo mais preciso na inserção dos juízes no sistema de alianças oligárquicas da Primeira República. As decisões recorrentes dos tribunais na política significam a suspensão do pacto que, a partir da Revolução de 1930, viabilizou a democracia competitiva por meio da instauração de um Judiciário independente e com juízes que, de forma (geralmente) imparcial, atuaram para organizar as eleições, garantir os direitos da oposição política e da contestação social, supervisionar o processo eleitoral e validar os resultados.

Assim, em 2012-3 abriu-se um período duradouro de instabilidade política. Está colocada em causa a centralidade da Constituição como referência normativa, foi posto em xeque o investimento das forças políticas na independência e imparcialidade de juízes e juristas, e se abriu o campo para criações extravagantes do direito.

A vitória eleitoral de Jair Bolsonaro tornou mais agudos esses problemas e tendências. Em sua trajetória pessoal e política e seus discursos de campanha ele formulou várias ameaças às instituições democráticas e aos seus opositores. Em termos mais gerais, ele adota fundamentos extra-constitucionais, especialmente a pátria e Deus, em que a primeira é o signo da continuidade histórica enquanto

o este assume o papel de revelador da verdade, do caminho e presença constante a guiar os seus atos. Ele se coloca em exterioridade à ordem constitucional, pensada como o conjunto de referências que articulam de um ponto de vista discursivo e prático o jurídico, o político e outros espaços da vida social.

Isso implica indagar se estamos diante de uma mudança de regime, se a Constituição de 1988 está morta, se as condições e o tempo do discurso dos direitos foram postos em xeque. Estaria em curso a alteração do sentido democrático e social que orientou o compromisso dos constituintes, ou seja, a crise teria provocado uma mutação constitucional? Pode emergir uma constituição política que não tenha identidade e propósito com aquela que foi acordada, votada e jurada em 1988. Não somos certamente capazes de enfrentar a questão, mas ela tem implicações para a nossa agenda de pesquisas e a maneira como temos abordado as relações entre direito e política e, mais especificamente, a jurisdição constitucional no Brasil.

Como analisamos a jurisdição constitucional

No discurso do constitucionalismo liberal, do qual somos ainda tributários sob muitos aspectos, juristas e publicistas (muitos deles juristas) compartilham o vocabulário e a forma de abordagem. Veem com um misto de horror e desdém a distância entre as normas e a prática, entre o modelo abstrato e o processo concreto, entre os papéis atribuídos aos titulares de funções constitucionais e os personagens e agentes concretos que os desempenham. Medem a distância em relação ao modelo constitucional, a um passado idealizado ou a um projeto político e tiram a consequência de que vivemos um momento de decadência, de crise e de falta de perspectivas. Um processo de corrupção da república que demandaria ações corajosas e enérgicas – que não se confundem com o uso da força – dos responsáveis para conduzirem a restauração do corpo político. Rui Barbosa seria o perfeito exemplo desse tipo de publicista, enquanto Carlos Lacerda poderia ser considerado o seu sucessor degradado.

Nas últimas décadas, nós, pesquisadores de direito constitucional e de ciência política, nos afastamos desse modelo de análise e tomamos caminhos diversos, mas complementares. Os constitucionalistas adotaram sofisticadas teorias baseadas na filosofia da linguagem, da argumentação e do discurso. Com foco no ordenamento jurídico e suas relações com princípios éticos e ob-

jetivos coletivos, construíram modelos que destacam a força normativa da Constituição e a dimensão produtiva da interpretação das normas e da decisão judicial. Contra essa linha, os neopositivistas defendem os métodos próprios da ciência jurídica e o ordenamento jurídico como seu objeto autônomo. Por sua vez, herdeiros do realismo sociológico analisam decisões dos tribunais de modo a encontrar padrões jurisprudenciais e explicações dos determinantes das decisões.

Por sua vez, os cientistas políticos têm adotado uma visão simplificadora das relações entre normas e sua aplicação. Tomam as normas como definições de competências, procedimentos ou regras de conduta, destacam o seu papel para a coordenação da ação (por meio da definição das ações possíveis e a informação para os atores) e consideram os processos como interações entre atores utilitários com preferências predefinidas e ordenadas, cuja ação é voltada à realização dessas preferências. Tomam como dados a lógica da situação definida pelas normas e o conhecimento dela pelos atores, e consideram como variáveis apenas as suas preferências. As estratégias dos atores referem-se apenas às suas ações face às expectativas de ação dos outros sem considerar que os atores compreendem propósitos de longo prazo baseados em fatores como suas identidades e projetos coletivos, que as ações estratégicas podem ser voltadas às próprias normas, para redefinir as condições da situação, que a concretização das normas não é um processo objetivo mas ele próprio sujeito a interpretações, que há o fator da ação estratégica dos juízes etc. Contra essa linha, há variantes que defendem a análise de processos históricos em prazos mais longos ou a análise sociológica mais concreta das situações, dos atores e das suas interações.

Essa caracterização sucinta não visa apresentar uma revisão bibliográfica e, por isso, peço a compreensão pelo seu aspecto inevitavelmente estereotipado. O objetivo é destacar alguns pontos comuns entre essas linhas divergentes, de modo a indicar questões que devemos incorporar às nossas pesquisas.

Embora tenhamos modelos distintos, compartilhamos alguns pressupostos e objetivos da produção de um discurso científico ou racional. Alguns deles são:

- uma forma de conhecimento científico (inclusive o meu próprio discurso neste momento) que procura reconhecer regularidades, estabelecer padrões, produzir conceitos, tipos ou classificações;
- uma ordem social e política estável, que se coloca como quadro institucional, ordenamento jurídico positivo, ou estruturas e processos de integração sistêmica;
- uma perspectiva de longo prazo, que pensa o sistema como passando por mu-

danças graduais, em função das quais os eventos de instabilidade e conflito são episódios passageiros, que apenas circunstancialmente produzem situações críticas e rupturas;

- um compromisso normativo com a ordem jurídica e política existente, a democracia constitucional de 1988, que é pensada explicita ou implicitamente como desejável ou pelo menos a melhor opção disponível. Esse compromisso significa o apoio a atores com orientação centrista, reformista, e a expectativa de que instâncias decisórias atuem em conformidade com seu papel jurídico-constitucional, de modo a atenuar os conflitos, manter a estabilidade e assegurar mudanças graduais.

Daí que a análise crítica tanto do direito como da política voltou-se a explorar as inconsistências da ordem, a cobrar pelas promessas não cumpridas, a denunciar as violências intoleráveis. Supunha-se que seriam fatores particulares, embora alguns de caráter estrutural, que produziriam distorções, desvios e atrasos na realização dos compromissos e potencialidades da ordem constitucional democrática de 1988.

A situação política produzida desde 2013 veio colocar em questão esses pressupostos:

- o ordenamento jurídico-constitucional e as convenções que estabilizavam as interações entre os atores mostram-se precários, incertos, cambiantes, muito mais suscetíveis a ataques do que supúnhamos;

- os responsáveis políticos e os juristas de profissão têm atuado de forma ‘irresponsável’, particularista, colocando em risco a estabilidade do edifício em vista de objetivos imediatos, especialmente a produção de danos aos seus adversários. A prática do direito aparece como uma forma de política, enquanto esta se transmuda em uma espécie de guerra;

- as situações críticas, as reviravoltas e surpresas nos colocam diante de conjunturas cambiantes, incertas, em que eventos, mesmo recentes, já nos parecem história. Nossas indagações se concentram no tempo curtíssimo dos acontecimentos correntes, das possibilidades táticas e a expectativa ansiosa pelo futuro imediato.

- as características da nossa democracia constitucional assumem um peso insustentável. Os compromissos laboriosamente construídos durante a transição, sob riscos e ameaças postos pela ditadura contra a frente democratizante, aparecem como omissões ou conivências que deixaram espaços abertos para a volta de questionamentos à democracia e tentativas de desestabiliza-la.

Isso significa que a produção acadêmica e o debate intelectual enfrentam novas questões sobre as relações entre produção do direito e política, sobre as modalidades e os determinantes da produção normativa na sociedade brasileira. Então, qual o sentido e a radicalidade das questões a serem exploradas pelo pensamento crítico que tenha como propósito a pesquisa e reflexão política sobre a jurisdição constitucional?

Existe jurisdição constitucional no Brasil?

Retomemos por um instante a trajetória do STF nos anos recentes. A partir de meados da década passada, em 2005 ou 2006, começa uma celebração do ativismo judicial, em que os juízes seriam responsáveis por suprir a omissão legislativa e corrigir os desvios do poder executivo. O ápice dessa celebração está entre 2012 e 2014, entre o julgamento da AP nº 470 e o decidido apoio dos ministros à Operação Lava-Jato. Entre 2015 e 2016, temos um período de ativismo febril, em que o apoio dos tribunais ao combate à corrupção aparece como uma ofensiva contra toda a elite política da república, sem se deter nas prerrogativas constitucionais da Presidenta nem dos parlamentares e dirigentes do Congresso. O *impeachment* de Dilma Rousseff e a condenação de Lula seriam, nesta sequência apenas momentos particulares de uma luta política muito mais geral. No entanto, o STF recua diante da recusa do afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado e da cassação do mandato de Aécio Neves. Os ministros se omitem diante das revelações das escutas telefônicas de Romero Jucá, enquanto a ofensiva de Rodrigo Janot no caso das denúncias de Josley Batista contra o presidente Temer é bloqueada pelo Congresso. Assim, em 2017 o hiato de “ativismo” já parece ter se fechado e o STF volta a ser autocontido.

No entanto, testemunhamos durante a eleição nova sucessão de decisões arbitrárias, inclusive de ministros e de presidentes (o atual e sua antecessora) do STF que, em jogadas afinadas com os interesses e tempos da luta política, usaram suas atribuições com explícito objetivo de atingir os direitos de opositoristas.

O tribunal está dilacerado. A imagem das onze ilhas parece ser adequada, visto que se trata de um tribunal cujos ministros decidem segundo suas próprias concepções, priorizam as decisões monocráticas para promover suas preferências e detêm poder individual de veto sobre

as decisões colegiadas. Mas a imagem é menos um retrato institucional, pois ela omite as modalidades informais de coordenação entre os ministros, do que a caracterização de uma situação crítica do tribunal. Vemos a combinação de omissões calculadas, do uso tático e seletivo dos procedimentos para a determinação da pauta, de decisões desencontradas ou contraditórias.

Poderíamos ensaiar algumas perspectivas de atuação desse tribunal dilacerado e ativista individual se for intimidado pelo governo Bolsonaro. Os ministros poderão recorrer a outros modelos históricos, já adotados pelo discurso do tribunal: o conselho de estado para examinar a validade formal das leis e regulamentos (Império), o tribunal da federação (1ª República), o guardião das liberdades individuais (Rui Barbosa), o tribunal constitucional para examinar a validade dos atos normativos, e não o tribunal da cidadania para assegurar os direitos fundamentais ou o promotor dos objetivos fixados pelo compromisso normativo de 1988.

Nos últimos tempos o tribunal assumiu outros dois modelos, um novo e o outro antigo. O novo é o tribunal que interpreta a Constituição e as leis para aplica-las segundo as expectativas da opinião pública (Luís Roberto Barroso), que equivale à opinião publicada pela mídia tradicional, com seus vieses de classe média. Aqui caberia um paralelo com os tribunais revolucionários ou, em outro registro, com o que decide do modo mais favorável à eficiência econômica. O modelo antigo é o do Poder Moderador, que remete não só ao Segundo Reinado, mas também aos pensadores “autoritários” dos anos vinte e trinta (Alberto Torres, Oliveira Vianna), que encontraram acolhida entre os militares na década de cinquenta (Juarez Távora, pós-64). A lógica desse modelo não é a garantia dos direitos e o controle dos poderes segundo os termos expressos da Constituição, que é o resultado de um pacto político constituinte firmado pelos representantes do povo, mas a da manutenção da ordem política, uma situação objetiva de estabilidade, caracterizada pelo equilíbrio dinâmico das forças políticas e sociais, e a continuidade da comunidade política ao longo do tempo. A estabilidade e continuidade são alcançadas segundo os termos expressos do pacto constitucional ou apesar dele.

Como se sabe, o ministro Dias Toffoli, presidente do STF, invocou expressamente o modelo do poder moderador em mais de uma ocasião nas últimas semanas. Talvez nos próximos meses vejamos a formação de uma maioria no STF voltada a desempenhar o papel de poder moderador, que irá exercer com prudência e moderação os seus poderes de intérprete da Constituição e de proteção dos direitos individuais, isto é, de modo a não provocar conflitos políticos com um gover-

no belicoso. Ao mesmo tempo, ministros dissidentes assumirão o discurso da proteção dos direitos ou promoção dos compromissos constitucionais, utilizando os recursos de decisão monocrática e os de veto a decisões do colegiado, provocando atritos e conflitos com o governo, logo amainados pela decisão conciliadora da maioria – independentemente de sua fundamentação jurídica e argumentação racional.

A produção normativa pela jurisdição constitucional em situações tensas

Estabelecer nesse momento uma agenda de pesquisas é tarefa temerária. No futuro próximo é provável que seremos premidos por problemas produzidos por situações urgentes e imprevisíveis. De todo modo, vale a pena deixar o registro, para que os nossos sucessores ou futuros historiadores possam saber o que imaginávamos em novembro de 2018 sobre o que poderíamos fazer nos anos que se se seguiriam. Talvez eles venham a fazer isso por conta própria, mas o mais provável é que sua agenda será outra.

Nessa situação está a agenda de pesquisas para entender o passado recente em termos de análise institucional e comportamento, ou dos determinantes sociológicos de suas decisões. O primeiro problema seria o das relações entre jurisprudência constitucional e sistema político, especialmente sua inserção nas relações entre os poderes Executivo, os sistemas eleitoral e partidário, e os esquemas informais de coordenação de ação entre atores em diferentes arenas institucionais. Seriam estabelecidos os padrões de votação dos ministros do STF nos processos que envolvem os conflitos políticos desde a AP 470, passando pela Operação Lava-Jato e os casos do governo Temer.

A série de decisões das diversas instâncias judiciais no ‘caso Lula’ é material relevantíssimo para se determinar continuidades de comportamentos dos ministros; evidenciar os padrões, desvios, variações e reversões na interpretação das leis, revelar os usos táticos dos diversos espaços de decisão; comparar o andamento dos processos em termos de ritos e procedimentos; examinar as relações entre práticas judiciais e outros fatores, como os agentes políticos e a mídia.

Mas a atuação dos juízes e juristas na situação atual não é autogerada, movida apenas por seus preconceitos ou interesses corporativos, pois nela se evidenciam seus vínculos com setores conservadores, com os quais compartilham doutrinas políticas e concepções de sociedade. Assim,

seria o caso de determinar as “raízes do tenentismo” recente de parcela dos juristas, as condições e determinantes de sua emergência, as suas clivagens, suas formas de ação e objetivos. Uma questão central seria as alianças de juristas com dirigentes e partidos políticos, correntes de opinião, frações de classes sociais. Enfim, o tema do *ethos* dos juristas, do ponto de vista das relações entre suas disposições, técnicas e padrões de atuação profissional, e outras determinações mais gerais.

Mas é necessário colocar uma questão preliminar: é possível falar que as decisões do STF em questões politicamente relevantes constituem ‘jurisprudência’ no sentido próprio? Isto é, séries de decisões propriamente judiciais, pois baseadas em procedimentos equitativos e fundadas em técnicas de interpretação justificáveis racionalmente que visam determinar a significação objetiva de normas dadas e com isso produzir o efeito – objetivo ou subjetivamente vinculante – de constituir um precedente para o julgamento de casos semelhantes no futuro, tornando-se, portanto, norma objetiva válida e juridicamente obrigatória para os tribunais julgarem casos futuros?

Temos indicações que não.

A forma de atuação do STF nos últimos anos seria novidade ou poderia ser aproximada de seus padrões decisórios em outros momentos, notadamente a Primeira República? Os conhecimentos que dispomos, por pesquisas ou experiência pessoal, indicam que não estamos diante de uma situação inédita.

Desse modo, as regularidades e padrões de decisão do tribunal poderiam ser abordados com uma espécie de realismo político crítico. Um realismo que não se coloca como contraponto ou alternativa ao formalismo jurídico, pensado como ideologia racionalizadora de comportamentos ditados por motivos inconfessáveis dos juízes. Pelo contrário, que se propõe conhecer, refletir e discutir como se dá a própria produção do direito por via jurisprudencial entre nós.

Uma premissa para esse trabalho seria nos afastarmos daquelas formas demasiadamente racionalizadoras que temos adotado para pesquisar direito e política no Brasil. Isso pode ser exemplificado pela questão das relações entre crise política e produção normativa.

As crises políticas são produtoras por excelência de mudanças no direito. Na forma de revoluções, movimentos de independência ou descolonização e mesmo de golpes de Estado, os agentes impulsionam a promulgação de novas normas, a reorganização do Estado, a reorientação de políticas públicas, reformas sociais com maior ou menor profundidade.

Há maneiras mais informais, que são denominadas ‘mutação constitucional’, quando se dá a mudança do sentido da norma jurídica sem a alteração do seu texto. Por exemplo, pode ser o efeito de uma reviravolta jurisprudencial ou de um pacto político, como foi o caso da aliança que sustentou o regime governamental neoliberal promovido durante o governo Fernando Henrique Cardoso ou, mais remotamente, a política dos governadores, no governo de Campos Salles.

Algumas mudanças normativas podem ser centrais para o desfecho de uma crise política, ou podem ser recurso necessário para desarmar uma crise potencial, como foi o caso da ficção de que a condição do presidente eleito se transfere para o vice-presidente, que justificou a posse do vice-presidente José Sarney no lugar de Tancredo Neves. Ou, mais recentemente, a separação da pena do *impeachment* em dois elementos, o afastamento do cargo e da perda de direitos, que apaziguou a saída de Fernando Collor e minimizou os efeitos do afastamento de Dilma Rousseff da Presidência da República.

Mas há outras formas mais insidiosas de produção normativa. São as soluções engenhosas criadas para alcançar objetivos imediatos, atender interesses, acomodar conflitos em circunstâncias bastante específicas. As técnicas que se utilizam são muito variadas: elas podem ser alcançadas por distorções do significado de textos legais, usos parciais e seletivos de instrumentos jurídicos, omissões ou hiperatividade de tribunais...

A experiência recente mostra que decisões e reviravoltas jurisprudenciais foram determinadas por artimanhas, conjuras, pressões etc. Para ficar em exemplos relativamente ‘antigos’: me indago o que Michel Temer teria conversado com Gilmar Mendes, com Carmen Lúcia e Raquel Dodge. Michel Temer teria oferecido quais conselhos ao seu ministro Alexandre Moraes ao indicá-lo para o STF? Teria sido um diálogo entre exímios constitucionalistas sobre técnicas constitucionais para a solução de questões difíceis? Questões jurídica ou politicamente difíceis?

O que vemos são muitos casos de erros crassos cometidos por profissionais experientes, artimanhas e manobras, decisões esdrúxulas etc. Essa repetição poderia ser chamada teratologia jurídica em série, mas isso ainda é insuficiente para avançarmos na pesquisa e reflexão crítica.

Conclusão

Situações desse tipo mostraram-se corriqueiras e é provável que elas se repetirão. Elas são evidentemente contrárias a qualquer noção procedimental ou substantiva de justiça e se

opõem a qualquer modelo de decisão judicial no liberalismo ou na democracia constitucional. Não podemos assumir e manter apenas a atitude de repreensão e rejeição do que acontece, tal como fizeram e fazem os juristas e publicistas liberais. Se a denúncia e a indignação são parte indispensável da mobilização e da luta política, enquanto acadêmicos precisamos fazer algo mais e para isso se impõe procurarmos maneiras distintas de pesquisar, refletir, criticar.

Pesquisadores do direito, com formação em direito, em história ou ciências sociais, precisamos nos esforçar ainda mais para superar a separação entre direito, política e sociedade. Isso se dá na elaboração de nossos problemas, nas nossas referências, nas fontes e técnicas de pesquisa etc.

Precisamos repensar os pressupostos de estabilidade social, de temporalidades longas, de fatores causais delineados e fortes, de racionalidade e consenso nos processos de mudança normativa. Fazer paralelos e comparações com outros momentos históricos e outras experiências, sabendo que não estamos diante de situações superadas.

Em suma, precisamos pensar a produção do direito e a jurisdição constitucional em termos de situações críticas e incertas. Considerar as temporalidades curtas; as conjunturas com equilíbrios tensos e frágeis; as situações de pressão e enfrentamentos, com suas contingências, descontinuidades e reversibilidades, os atores com identidades pouco definidas e propósitos ambíguos. Além disso, temos que levar em conta que emoções, agressividade, hipocrisia, erros e fracassos também fazem parte da produção histórica do direito.

O STF e a erosão da democracia constitucional no Brasil⁰¹

No ano de 2019 iniciar-se-á o mandato presidencial de Jair Bolsonaro, um líder político com discursos e posições agressivos e pouco previsíveis.

Em sua trajetória pessoal e política e seus discursos de campanha ele formulou várias ameaças às instituições democráticas e aos seus opositores. Em termos mais gerais, ele adota fundamentos extra-constitucionais, especialmente a pátria e Deus, em que a primeira é o signo da continuidade histórica enquanto o este assume o papel de revelador da verdade, do caminho e presença constante a guiar os seus atos. Ele se coloca não só como anti-esquerda, anti-establishment, anti-sistema político e em afronta ao regime democrático. Ele também se coloca contra ou em exterioridade à ordem constitucional democrática.

Assim, são altos os riscos de que o governo federal ou de seus aliados iniciem uma escalada de ações contrárias às atribuições, prerrogativas e independência dos outros poderes constitucionais, ou que violem, de forma proposital ou não, os direitos e garantias individuais e coletivos. O que podemos esperar da atuação do STF nesta situação? Nas últimas semanas, a mídia, políticos e ministros do STF voltaram a louvar o papel do STF como protetor das liberdades individuais depois de terem elogiado nos últimos anos a sua atuação na repressão implacável da corrupção, mesmo que o fim moralizador violasse as garantias processuais e substantivas do devido processo.

Ao mesmo tempo, o presidente do STF, Dias Toffoli afirmou mais de uma vez que o STF seria uma espécie de poder moderador da República. Ele reafirmou que reforçaria os vínculos de comunicação com os presidentes dos outros poderes – inclusive o militar... – a fim de evitar conflitos e promover uma agenda concertada de decisões. O que já foi posto em prática nesta semana com a nomeação de um novo assessor militar da presidência do STF, enquanto os ministros Toffoli e Fux negociaram com o Presidente e o Congresso a aprovação de um projeto de lei com o aumento dos salários dos ministros do STF – que repercute nos vencimentos dos juízes e do funcionalismo.

⁰¹ Artigo de novembro de 2018, inacabado. Preferimos mantê-lo como tal, pois expressa a incerteza política do momento

A aprovação do projeto teve como contrapartida a suspensão, por inconstitucionalidade, do pagamento do auxílio-moradia dos juízes, cujo julgamento foi suspenso há quatro anos pelo ministro Fux. Enfim, o julgamento do indulto natalino foi suspenso ontem por um pedido de vista do ministro Fux, mesmo que já estivesse formada a maioria pela não suspensão. O bloqueio de decisão colegiada por ministro individual ocorreu em lamentáveis eventos recentes, por meio da manipulação da pauta, da não disponibilização do processo, por decisões unilaterais da presidência etc.

Não vou desenvolver a crítica nem apresentar antecedentes históricos dessas informações. Apenas destaco três pontos, que evidenciam as ambiguidades do papel do STF na situação atual. Primeiro o da referência ao poder moderador, em que o exercício dos poderes constitucionais segue a lógica da preservação do equilíbrio e estabilidade dos poderes do Estado e do processo político, a fim de assegurar a unidade e continuidade da ordem política. Essa lógica tem pouco a ver com o modelo de um tribunal constitucional que utiliza técnicas judiciais para interpretar a Constituição, considerada como lei de hierarquia superior as demais. O segundo é o inusitado da situação do aumento dos salários dos juízes: o STF, uma corte constitucional, negocia o resultado de uma decisão de constitucionalidade em troca de vantagens para os próprios ministros e os demais juízes. Como é possível considerar que o desfecho da questão do auxílio-moradia seja uma ‘decisão judicial’ dotada de atributos como a imparcialidade do que toma a decisão e a objetividade do juízo sobre a questão posta em julgamento? Enfim, o jogo dos ministros sobre a agenda, processo decisório e decisões substantivas do plenário aprofunda a contingência e arbitrariedade da jurisprudência constitucional, que não é mais do que o resultado contingente dos embates entre as “onze ilhas”, agrupadas em duas ou três facções.

Agenda concertada, barganha de decisão constitucional, seletividade e contingência do resultado das decisões. Mantém-se a tendência dos últimos anos à fragmentação jurisprudencial e paralisia decisória do plenário STF, configurando-se o que se poderia chamar um ‘ativismo’ individual de ministros, no qual as decisões monocráticas e omissões do plenário podem ou não intervir nos negócios da política sem haver padrão objetivo nem critérios estáveis para a sua justificação.

Uma possibilidade moderada para o próximo ano é que o governo obtenha uma coalizão majoritária, mantenha o apoio de suas bases (militares, evangélicos, finança) e não promova ações e políticas regressivas contra demandas e mobilizações de caráter social, de gênero ou identitário. Poderá se formar no STF uma maioria de ministros que assuma o discurso de poder modera-

dor ele mesmo controlado por pressões de outros poderes e forças políticas. Uma maioria que exerça com “prudência e moderação” os seus poderes de intérprete da Constituição, para assegurar a proteção dos direitos individuais básicos. Ministros dissidentes poderão assumir posições divergentes, utilizando decisões monocráticas ou vetos a decisões do colegiado, provocando atritos e conflitos com o governo, logo bloqueados pela maioria – seja ela juridicamente esdrúxula ou não.

Um segundo cenário é que o governo com sustentação no Congresso e em suas bases, e com apoio da mídia e de parcela importante da população, assuma uma escalada agressiva contra os direitos da oposição e da contestação social. Partidos de esquerda, os movimentos populares e outros setores organizados promoverão protestos e atos de resistência, iniciando-se um ciclo de confrontação política. Reprimidos pelo governo e desprovidos de outros apoios institucionais, não encontrarão, provavelmente, uma maioria no STF que proteja, sequer nominalmente, os seus direitos.