**A Justiça no Brasil e a crise democrática**

**Mauro Noleto**

*“Na vida pública, na política, se não houver a ética, uma ética de referimento, tudo é possível e tudo se pode fazer”*

Papa Francisco (Roma, maio de 2013)

*“Abre-se o jornal de hoje. O que lemos aí? Dois responsáveis políticos vão comparecer no tribunal correccional por cumplicidade no tráfico de influências. Um juiz espanhol está prestes a deter o antigo secretário de Estado da Administração Interna. O desemprego multiplica o número das famílias endividadas e os juízes são cada vez mais solicitados. O ministro da Justiça manifestou o desejo de que os procuradores fossem mais autónomos. A cobertura dos conflitos judiciais dos eleitos locais embaraça os jornais intimamente associados à sua cidade habituados a uma vida local mais calma (...)”[[1]](#footnote-1)*

Antoine Garapon

**Análise de conjuntura**

O país atravessa, mais uma vez, grave crise ética e política. Nem ainda completamos um ano do traumático processo de impeachment da Presidenta da República Dilma Roussef, e as multidões já retornaram às ruas, novamente em junho, mas dessa vez clamando por eleições “diretas já” e pela saída do atual presidente Michel Temer, suspeito da prática de crimes no exercício do cargo. A cada nova (fase de) operação da Polícia Federal, a cada novo vazamento de interceptações telefônicas, a cada nova “delação premiada”, o enredo dos escândalos políticos ganha semanas ou até meses de novos capítulos fartamente editados e explorados pela cobertura midiática, gerando um ambiente de instabilidade social, política e econômica, cujos efeitos deletérios sobre o cotidiano da sociedade brasileira não tardam a se mostrar. Personagens políticos que antes acusavam, contritos, agora têm seus próprios “pecados” para purgar. Mas ao mesmo tempo em que os casos de corrupção política são revelados e explorados, garantias constitucionais que protegem os indivíduos contra os abusos da ação estatal são relativizadas ou mesmo desprezadas em nome do suposto fim maior do “combate à corrupção”. Nesse contexto, juízes, membros do Ministério Público e policiais são elevados à categoria de heróis nacionais “purificados da política” e, por isso, encarados como os únicos aptos a promover uma espécie de limpeza moral redentora das instituições democráticas do país. [[2]](#footnote-2)

Para além das questões de ordem estritamente criminal, experimentamos também uma intensa disputa de narrativas sobre esse fenômeno de aprisionamento da política pelo sistema de justiça, que parece ultrapassar as categorias de análise mais corriqueiras como a de “judicialização da política” ou a de “ativismo judicial”.

Os críticos do fenômeno sustentam tratar-se não apenas de um empoderamento dos atores do sistema judicial nos marcos da expansão do constitucionalismo sobre a democracia representativa, mas de uma excessiva e ilegítima politização da Justiça, campo fértil para a proliferação de posturas decisionistas, discricionárias e, portanto, arbitrárias, ou seja, que têm como fundamento não o Direito em si, resultado das conquistas históricas de ampliação da liberdade e consagrado democraticamente nas normas da ordem constitucional, mas uma concepção própria desse Direito, carregada de propósitos moralizantes, seletiva, impregnada de preconceitos e interesses de classe, e que busca legitimar-se junto à chamada “opinião pública” por meio de uma explícita aliança com os meios tradicionais de comunicação social, ainda que para tanto seja preciso descumprir as regras legais expressas que deveriam controlar tais procedimentos decisórios. Essa “colonização” da política pelo direito e seus aplicadores preferenciais, os juízes, levaria a uma espécie de clientelização da cidadania, ou seja, o enfraquecimento dos grupos e movimentos sociais cívicos de luta por direitos e das instâncias políticas de mediação de conflitos (partidos, associações, sindicatos) teria como consequência a emergência do cidadão-cliente-da-Justiça, tutelado pelo sistema de Justiça, desmobilizado socialmente, individualista na ação privada e que espera apenas o “gozo passivo” dos “seus direitos” garantidos pela instância judicial.[[3]](#footnote-3)

De outro lado, há também os que saúdam essa postura ativa do Judiciário, malgrado seus excessos, como um imperativo do próprio constitucionalismo contemporâneo, que teria reforçado os poderes judiciais em detrimento dos poderes políticos com o fim de garantir força normativa aos preceitos constitucionais, “tirando-os do papel”. O Judiciário seria assim o verdadeiro “guardião das promessas” constitucionais, intérprete supremo das normas fundamentais de uma sociedade, com poder não apenas de vetar, declarando inconstitucional, o processo legislativo regular, mas também de criar novas normas a partir do seu trabalho interpretativo, que, diante da omissão ou da recusa do Legislador, garantiriam a continuidade do avanço democrático e civilizatório mesmo contra as maiorias circunstanciais. Esse Judiciário hipertrofiado e que se apresenta à sociedade como um poder técnico seria assim o “último refúgio” de um ideal democrático ameaçado pela crescente perda de confiança nas instituições políticas tradicionais.[[4]](#footnote-4)

O ponto em comum entre ambas as visões é a constatação de que já não estamos lidando há muito tempo com o modelo judicial clássico da tradição continental, isto é, aquele em que o juiz era apenas a “boca da Lei” (Montesquieu), um ventríloquo do Legislador sem autoridade para instaurar o Direito, mas apenas para declará-lo. Com efeito, o Poder Judiciário, acompanhando o movimento constitucionalista e de redemocratização do mundo ocidental que se seguiu à derrota dos regimes fascistas do século XX em todo o mundo, cresceu e se transformou, para usar a metáfora de Mauro Cappelletti, num “terceiro gigante”, capaz de controlar o “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”[[5]](#footnote-5). É no campo desse Judiciário agigantado que a crise atual se desenrola, e no qual os atores políticos, os partidos e as instituições representativas parecem interpretar apenas o papel de réus.

O poder decisório expansivo dos juízes, principalmente na cúpula, no entanto, exige também que sejam adotadas novas maneiras de conhecer e entender o que se passa atualmente nos tribunais em termos de metodologia e hermenêutica jurídica, mas também de administração judiciária. Em outras palavras, apesar do enorme protagonismo, há ainda muita opacidade quando se trata de saber como, quando, por que, por quem, para quem e com quais fundamentos as Cortes decidem seus casos. Impensáveis na tradição do positivismo formalista predominante até pouco tempo, “sentenças de perfil aditivo”, “ponderação de valores”, exames da “razoabilidade” ou da “proporcionalidade” da lei e dos atos administrativos, por exemplo, passaram a ser deveras frequentes. São muito comuns, não apenas no âmbito dos tribunais superiores, decisões judiciais que não se limitam mais a interpretar e aplicar uma regra vigente, mas que na verdade criam regra nova para os casos em julgamento, a partir de argumentação e fundamentação calcadas em princípios vagos e/ou conceitos indeterminados dos textos normativos, o que faz aumentar enormemente a margem decisória dos magistrados. Esse tipo de decisão, em passado não muito distante, seria rechaçado e tratado pejorativamente como “direito alternativo”, “não direito”, por juristas alinhados ao formalismo positivista, ou seja, quase todos. Hoje, já se fala abertamente em um novo “paradigma pós-positivista”, onde sobressai o chamado “neoconstitucionalismo”.[[6]](#footnote-6) Para os adeptos dessa corrente, o protagonismo judicial é benéfico e redentor, ou seja, enquadra-se na narrativa que celebra o heroísmo judiciário no combate ao “mal” ou ao fracasso da política e dos políticos e na busca “iluminista” por uma sociedade regida por princípios elevados, que a jurisprudência haverá de revelar. Ainda não está claro, porém, se esse novo “iluminismo jurisprudencial”, que, contra os demais poderes, reivindica para o Judiciário a “última palavra” sobre o sentido e o alcance dos direitos constitucionais, reconhece nos conflitos e movimentos sociais mais do que sua face criminalizada, como sempre foi a praxe. Recordemos a advertência de Boaventura de Sousa Santos, sempre citada por José Geraldo de Sousa Jr, para quem o conservadorismo elitista, que caracteriza o modo de funcionamento e a cultura dos membros do Judiciário, pode fazer da lei (e da Constituição) “uma promessa vazia”[[7]](#footnote-7), a despeito da suposta mudança paradigmática da cultura jurídica de tempos recentes.

Mas, será que a insistente exposição midiática de membros do sistema de justiça e de suas “operações” ou a transmissão televisiva das sessões dos tribunais são suficientes para garantir transparência e *accountability* a esse poder tão visível quanto desconhecido pelos cidadãos brasileiros, em sua maioria “não-iniciados”? Se as mudanças pelas quais tem passado o Judiciário são tão acentuadas a ponto de alterar o arranjo de forças do poder político, considerando o primado da soberania popular, não seria o caso de submeter também esse poder a algum tipo de controle social e prestação de contas mais frequente e esclarecedora? O controle da pauta e do tempo dos julgamentos não estaria também a merecer mais transparência e critérios uniformes e amplamente conhecidos? Quem são e como são tratados os diversos “clientes” do Judiciário, em âmbito civil e criminal? A enorme expansão do Judiciário ocorrida no atual ciclo constitucional tem resultado em uma distribuição de justiça equânime e eficaz para os diversos estratos da sociedade brasileira, principalmente para os mais vulneráveis? Quanto custa administrar o Judiciário brasileiro? Qual a eficácia do controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça sobre os desvios de conduta dos juízes brasileiros? Se as decisões judiciais se valem cada vez mais de conceitos indeterminados e princípios vagos, por que os poderes políticos (legislativo e executivo) continuam a produzir normas e provimentos dessa natureza, abrindo mão de eles próprios regularem com mais precisão os diversos aspectos da vida social?

A profusão de questionamentos e de dúvidas que ainda podem ser levantados a respeito do Poder Judiciário indica que há, pelo menos, um déficit de comunicação e abertura desse poder, que não para de se expandir na proporção em que cresce a presença do Judiciário na vida da sociedade brasileira. Portanto, cabe indagar: em que medida a Justiça no Brasil contemporâneo promove e aprimora nossa democracia ou, ao contrário, até contribui para agravar a crise democrática que enfrentamos?

**História do presente: da fidelidade partidária à ficha limpa nenhuma decisão judicial conseguiu impedir a crise de infidelidade política que levou ao *impeachment* da Presidenta da República**

O caminho histórico já percorrido oferece muitas pistas para melhor entendermos as relações entre a Justiça e a Democracia no Brasil pós-1988. De fato, o Brasil, sob o regime da Constituição de 1988, foi palco desse fenômeno que é contemporâneo às democracias que adotaram alguma forma de controle da constitucionalidade das leis: o deslocamento de poder em direção ao Judiciário e em detrimento dos agentes e instituições políticas. [[8]](#footnote-8) Os constituintes de 1988 apostaram alto na solução judicial dos conflitos. O Ministério Público, de apêndice do Executivo sob o regime autoritário, passou a ter equiparação funcional e institucional com o Judiciário, além de competência para acionar de inúmeras formas esse Poder em defesa de interesses públicos e coletivos.*[[9]](#footnote-9)* A cidadania e a luta por direitos passaram a ter em cada membro do Ministério Público um tutor compulsório - nem sempre atento à diversidade dos seus “tutelados”, é verdade. E em cada juiz, um possível provedor, talvez mais seguro do que o agente político mais próximo. Desde então, e paulatinamente, a consolidação do sistema de Justiça foi acompanhada da - e alimentada pela - decomposição ética do sistema político da chamada Nova República, que sempre recusou romper com o sistema eleitoral herdado dos anos trinta (sistema proporcional com voto uninominal e financiamento privado), e ainda não realizou uma verdadeira reforma política democrática.

Curiosamente, a reação desse sistema político a cada nova onda de escândalos e crises foi a de delegar ao sistema de Justiça sempre mais poderes, reforçando orçamentos, realizando mais concursos públicos, ampliando a legislação adjudicatória em âmbito penal, administrativo e eleitoral, tudo como se, ao mesmo tempo, pedisse socorro e se rendesse aos juízes. E os juízes, especialmente na cúpula, não perderam a oportunidade de ocupar o vácuo de poder deixado pelo recuo dos entes políticos, nem muito menos têm se recusado a processar a Política e seus mais destacados atores.

Exemplo forte dessa perda de legitimidade e de delegação de poder (rendição?) foi a aprovação, pelo Congresso Nacional, no ano de 2010, em regime de urgência e à unanimidade, da chamada “lei da ficha limpa”, ampliando as possibilidades de seleção judicial dos candidatos a cargos eletivos, além de impor àqueles considerados inelegíveis longos períodos de impedimento para disputas eleitorais. Como nunca conseguiu realizar a reforma política que promovesse uma verdadeira mudança no modo de se fazer política e eleições no Brasil, o sistema político, pressionado pela enorme campanha popular de coleta de assinaturas em apoio à “ficha limpa”, ampliou a entrega ao sistema judicial do poder de selecionar os candidatos a cargos eletivos, rendendo-se, isto é, tornando-se “justiciável” em seu próprio campo, o da ação política e partidária.

Sem questionar o mérito indiscutível da nova lei, aliás, uma medida reclamada pela própria Constituição em seu art. 14, é preciso reconhecer que a aferição judicial da “ficha limpa” (vida pregressa) dos pretensos candidatos, embora possa ser um vigoroso filtro ético, não tem o poder de, isoladamente, garantir mais e melhor representatividade democrática. Nada pode fazer, por exemplo, em relação às distorções do nosso peculiar sistema eleitoral proporcional, com voto em pessoas e não em listas pré-ordenadas. Nem impede a formação das chamadas bancadas corporativas (“da bala”, ruralista, evangélica, sindical, financeira, midiática...), problemas sérios que afetam a pluralidade da representação parlamentar no Brasil. E mais importante, a seleção que ela promove não interfere no “problema da governabilidade” que há décadas tem sustentado a permanência do chamado “presidencialismo de coalizão” [[10]](#footnote-10).

Para enfrentar os notórios desvios éticos que esse arranjo tem causado desde os primórdios da Nova República, o sistema político foi alvo de outro emblemático caso de ativismo judicial: a criação, por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, mantida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2007[[11]](#footnote-11), da fidelidade partidária, enquanto medida sancionatória de perda de mandato parlamentar em razão de migração “injustificada” de partido político.

Quando se examina o contexto político em que foram tomadas as decisões judiciais de 2007, o que se destacava em editoriais, debates e campanhas era o “clamor público” por correção ética dos costumes políticos (fim do “troca-troca” partidário), reforçado pelos constrangimentos da exploração midiática de investigações e julgamentos de corrupção.

A decisão tomada pelo TSE em 27 de março de 2007, que acabaria se tornando o marco temporal da vigência desse novo regime jurídico, não seria bem compreendida se olhássemos para ela como ato fundador, mas, sim, como manifestação desse novo comportamento do Judiciário em face do sistema político, que ultrapassa em muito o caso concreto. Uma evidência forte de que a tese revisionista da jurisprudência, que até então era firme em sentido contrário, isto é, de que não havia na Constituição a proibição para o chamado “troca-troca” partidário, fora antes cogitada (ou até mesmo sugerida) pelo próprio Judiciário, é o que aponta o cientista político Vitor Marchetti. Atento às transmissões ao vivo dos julgamentos do STF pela TV Justiça, Marchetti deve ter testemunhado o instante, durante a sessão de julgamento da ADI 1354, em que os ministros propositalmente se desviaram do assunto sobre o qual deliberavam - a constitucionalidade da “cláusula de barreira” -, e passaram, então, a tratar da fidelidade partidária.*[[12]](#footnote-12)* O registro desse debate consta do Acórdão publicado. Inicia-se com a seguinte intervenção do ministro Gilmar Mendes:

*“Já vimos aqui que os partidos políticos são esses entes ambivalentes, um pouco ente público, um pouco ente privado, um pouco ente da própria sociedade, fazendo essa mediação entre o eleitor e o poder. É preciso pensar isso com seriedade. Se olharmos, então, essa questão nessa perspectiva, tenho a impressão de que vai chegar o momento e talvez, ainda nessa legislatura, devêssemos rever aquela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que consagrou o entendimento segundo o qual a infidelidade partidária não teria repercussão sobre o mandato exercido*. ”[[13]](#footnote-13)

Na ocasião, questionado pelo ministro Sepúlveda Pertence sobre os possíveis problemas futuros decorrentes da imposição judicial de perda de mandato por infidelidade partidária, em um sistema eleitoral que permite coligações eleitorais, o ministro Mendes preferiu não refletir sobre esse ponto, antes concluiu a intervenção procurando firmar sua tese principal:

“*Se considerarmos a exigência da filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, essa orientação que admite não haver reflexo no mandato quanto à opção por uma nova agremiação partidária afigura-se amplamente questionável. ”*[[14]](#footnote-14)

Apenas três meses após esse julgamento, em março de 2007, o TSE receberia a Consulta 1398, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), e a “julgaria”, proferindo a decisão inovadora que adotava a mesma linha de argumentação proposta (prometida) pelo ministro Gilmar Mendes, ou seja, de que a infidelidade partidária era uma corrupção do sistema proporcional e, portanto, poderia ser punida com a perda do mandato eletivo do político trânsfuga.

Basta ler a Consulta 1398, que indagava o seguinte:

***“Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”***

A Consulta – instrumento processual exclusivo da jurisdição eleitoral[[15]](#footnote-15) - mal disfarçava a intenção do PFL, que era a de provocar a criação, por via judicial, de uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, com o objetivo de valer-se imediatamente dessa ferramenta para atuar no jogo de composição de forças no Congresso Nacional, mais especificamente na Câmara dos Deputados, composta por representantes eleitos pelo sistema proporcional. Mais uma vez derrotados pelo ex-presidente Lula, reeleito em 2006, os partidos que antes se beneficiavam da liberdade constitucional do chamado “troca-troca”, agora, pela via judicial, pretendiam mudar as regras do jogo.

É que o funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro sempre justificou a migração interpartidária que ocorria com intensidade a cada nova acomodação das forças de sustentação governista no Parlamento. O próprio PFL, quando compôs a base de sustentação dos governos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), beneficiou-se largamente da migração consentida de parlamentares. Conforme o registro de Vitor Marchetti, no primeiro governo FHC, o PFL aumentou em 25% sua bancada na Câmara dos Deputados, logo após a eleição de 1994. E o partido do então Presidente, o PSDB, em 47,6%.[[16]](#footnote-16) O mesmo PSDB, que nascera de uma migração de quadros do PMDB, em 1988, ainda durante a Constituinte.

Por tudo isso, o passo proposto pelos liberais ao TSE era bastante largo. Seria necessário reinterpretar a Constituição, uma vez que havia julgados do STF em sentido contrário à tese do partido consulente. Dois em especial, julgados na mesma sessão. O Mandado de Segurança n. 20.927-5/DF, relatado pelo ministro Moreira Alves[[17]](#footnote-17) e o Mandado de Segurança n. 20.916, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence[[18]](#footnote-18), no final do ano de 1989. Em ambos, prevaleceu a constatação de que o texto da Constituição de 1988 havia rompido com a prática do regime anterior de punir com a perda de mandato o parlamentar que se desfiliasse do partido pelo qual fora eleito, transferindo-se para outra legenda. É dizer, ainda que condenável de um ponto de vista moral, a “traição” política era uma escolha (“silêncio eloquente”) e não uma omissão da nova Constituição. Era, sim, um compromisso com a restauração democrática do pluripartidarismo no país.

À sombra dessa proteção constitucional, assegurada pela jurisprudência, prosperou, no entanto, uma prática político-partidária (a infidelidade) fisiológica, importante para a manutenção do apoio parlamentar dos governos, mas cada vez mais alvo de suspeitas e denúncias envolvendo alegados atos de corrupção. Tais práticas e seus agentes, todavia, permaneceriam relativamente intocados durante os diversos governos da Nova República, pelo menos até o momento em que o ativismo judicial começou a “sair da curva” em matéria penal e eleitoral. Mas, para isso, foi preciso mudar de método e, de alguma forma, “esquecer” o legado geracional da jurisprudência. Transitar no campo aberto do ativismo judicial.

Embora as primeiras decisões judicias que acabaram por instituir a fidelidade partidária tenham sido tomadas no ano de 2007, esse caso ainda não é passado. Somente em 2015, o Supremo deixaria claro que a sanção de perda de mandato por migração partidária sem justa causa não se aplica a candidatos eleitos pelo sistema majoritário (chefes de Executivo e senadores)[[19]](#footnote-19). O problema de saber se o direito ao preenchimento da vaga de deputado que é cassado por infidelidade é do partido ou da coligação só foi resolvido pelo Supremo em 2011, em favor da coligação[[20]](#footnote-20). Foram aprovadas pelo Congresso Nacional duas normas que abertamente desafiam os fundamentos dessa criação judicial. Em 18 de fevereiro de 2016 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 91, que criou, em seu art. 1º, uma “janela” para que o detentor de mandato eletivo pudesse desfiliar-se do partido pelo qual fora eleito sem perder o mandato. Não exigiu do parlamentar nenhuma justificativa de ordem política ou pessoal, apenas que a mudança ocorresse durante os trinta dias seguintes à promulgação “desta Emenda”.[[21]](#footnote-21) Uma emenda transitória, cujos efeitos exauriram-se trinta dias após sua promulgação, e que criou uma norma constitucional que nem modifica nem acrescenta qualquer dispositivo ao texto da Constituição. A validade instantânea e efêmera dessa emenda nem foi examinada pelo STF. Mas é no mínimo curioso notar que a “janela” (provisória) que ela criou já havia sido incluída na Lei dos Partidos Políticos (L. 9.096/1995)[[22]](#footnote-22), em outra ofensiva legislativa, quase simultânea, contra a regra judicial da fidelidade partidária.

Não é passado, mas também não pode ainda ser promessa, isto é, futuro. Não há segurança alguma em relação à estabilidade da regra em vigor sobre a questão da fidelidade partidária e, portanto, se o Direito que vai regular as migrações partidárias amanhã é mesmo este que foi aprovado pelo Congresso ou aquele que vem sendo instituído pelas decisões judiciais desde 2007.

Recorde-se que, de modo a não bloquear completamente a migração partidária e engessar de uma vez a Política, o TSE, por delegação expressa do acórdão do STF, editou uma Resolução (Res. 22.610/2007). Além de definir o rito de cassação de mandatos, esse ato normativo anômalo previu quatro hipóteses “excepcionais” em que tal migração poderia continuar a existir, sem que isso implicasse a perda do mandato, a saber:  incorporação ou fusão de partido; criação de um novo partido político; mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação pessoal. Assim, a despeito de pretender regular o futuro, estabilizando o quadro partidário brasileiro, essa construção normativa não tem sido capaz de, sequer, estancar a prática da infidelidade, pois deixou, nas exceções, a porta aberta para novas estratégias de continuidade do arranjo circunstancial de forças políticas no Parlamento em prol da governabilidade, ou, agora também, da deposição dos governos. O presidencialismo de coalizão brasileiro ganhou uma nova funcionalidade.

Sobre a estabilidade do quadro partidário, que seria resultante da imposição de fidelidade, veja-se, por exemplo, a constatação feita por Daniel Falcão Pimentel dos Reis, em recente artigo sobre o efeito das “janelas” de mudança de partido criadas pela citada Resolução:

*“Enquanto na primeira década do século XXI apenas dois partidos foram criados no Brasil (PSOL e PRB), desde esta série de decisões do TSE e do STF oito novos partidos conseguiram seus registros no TSE (PSD, PPL, PEN, PROS, Solidariedade, Partido Novo, Rede Sustentabilidade e PMB), dando ao eleitor a opção de 35 (trinta e cinco) partidos nas eleições de 2016.”[[23]](#footnote-23)*

A execração pública dos políticos e dos partidos, o clima de “justiçamento” na cobertura jornalística, a desmoralização dos direitos de defesa, entre outros fatores tão presentes em todos os casos de grande apelo são evidências de que o avanço do ativismo judicial não parece medir o risco do efeito paradoxal de enfraquecimento da própria democracia que se propõe a “salvar”, ou “redimir”. Um paradoxo apontado por Antoine Garapon, a propósito da experiência francesa, e ressaltado, no prefácio de sua obra, por Paul Ricoeur, que o assina. O “*comentário cruel*” de Garapon parece até feito para o contexto institucional brasileiro: “*Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os pequenos juízes livram-nos dos políticos corruptos e os grandes juízes, da própria política*”[[24]](#footnote-24).

Dez anos depois da tentativa de moralização judicial do presidencialismo de coalizão brasileiro, porém, a crise do “impeachment sem crime de responsabilidade”[[25]](#footnote-25) - como se os políticos estivessem a zombar de todo o esforço “redentor” da jurisprudência ativista - foi o maior e mais explícito caso de infidelidade partidária sem migração da história do Brasil. A Presidenta foi deposta, em primeiro plano, por seus próprios “aliados”. Muitos haviam sido até ministros do governo, e “mudaram de lado”, como se o código implícito do presidencialismo de coalizão naquele momento da crise – um código de extorsão, segundo Marcelo Neves – autorizasse, em nome da “governabilidade”, ou dos mais diversos e bizarros motivos, essa retirada de apoio parlamentar ao Chefe do Executivo. Em rigor, isso só seria possível no modelo parlamentarista, estranho à nossa Constituição. Mas foi exatamente o que aconteceu: a Presidenta Dilma Roussef não foi acusada de corrupção, não foi demonstrada a prática de uma conduta típica e dolosa que pudesse configurar crime contra a Constituição, muito menos justificar medida tão drástica como o impeachment. Nada além de “pedaladas fiscais”, sem desvio de recursos ou mesmo falta de regularização financeira das operações. A “vontade” (política) de mudança foi mais forte do que a Constituição. E a fidelidade partidária imposta pelo Judiciário também não foi páreo para as “trocas de lado” dos políticos. Tanto que, imediatamente empossado o novo Presidente interino, mesmo antes da conclusão do julgamento pelo Senado Federal do pedido de impeachment, instaurou-se a implantação de uma ampla agenda de reformas neoliberais que simplesmente jamais foi aprovada pela vontade popular. No máximo, pode-se dizer que essa agenda foi proposta, mas foi derrotada na eleição presidencial de 2014.

Se olharmos mais detidamente para esse quadro, encontraremos outras tantas evidências da profunda crise de nossa democracia constitucional. Estado de crise política que deságua nessa espécie de “momento constitucional” às avessas que estamos vivendo, em que se afirmam forças desconstituintes[[26]](#footnote-26), numa espécie de refluxo do movimento de constitucionalização do Direito ordinário (civil, penal, administrativo etc.) que avançava desde a promulgação. Um recuo que pode ameaçar o futuro das promessas democráticas de 1988[[27]](#footnote-27), pois o reformismo constitucional implantado no pós-impeachment é o velho e perigoso “canto de sereia”, que desafia a resistência dos compromissos fundamentais de nossa sociedade, seja em âmbito legislativo[[28]](#footnote-28), ou, de modo mais extravagante, em âmbito judicial. As reformas são um apelo do presente, “solução para crise econômica”, panaceia... Com suas urgências e exigências inadiáveis, desprezam o passado da experiência constitucional, pretendendo revogar suas promessas, seu futuro. Um reformismo que não é só legislativo. Há algum tempo ele também se dá no âmbito da jurisprudência do Supremo. Não é espantoso perceber que estamos sempre à (curta) espera da nova “decisão histórica”do Supremo Tribunal Federal? Podemos facilmente criar, de memória, uma lista extensa dos chamados “casos históricos” em que o STF definiu o sentido normativo da Constituição. Ora, mas se estamos ainda esperando que algo aconteça, como já podemos chamar esse não-acontecimento de algo histórico? [[29]](#footnote-29)

Contradições e paradoxos à parte, e não obstante todo esse agigantamento do Poder Judiciário no Brasil, em quase trinta anos de vigência da Constituição, continuamos assombrados pela violência dos massacres e das chacinas nas cidades e no campo; o atraso na demarcação das terras que tradicionalmente ocupam tem agravado o quadro de etnocídio e marginalidade dos povos indígenas e quilombolas brasileiros e tem facilitado o avanço da degradação ambiental promovida em nome de um desenvolvimento predatório dos recursos naturais e minerais do país; não obstante os esforços recentes de criação de políticas públicas inclusivas, continuam ainda sem atendimento pleno as demandas sociais por respeito às diferenças e por mais oportunidades para todos os brasileiros e brasileiras, independentemente de sua cor, classe, gênero, sexo, idade, origem, religião, opinião; o reformismo proposto pelo governo pós-impeachment parece significar a desistência em vencer a luta contra a miséria e a profunda desigualdade social que seguem manchando a história nacional, desde nosso passado colonial e escravocrata; o sistema carcerário superlotado e sem reunir condições básicas de respeito à dignidade humana continua servindo de base para o exercício do poder do crime organizado e de palco para as guerras sangrentas de facções; o egoísmo econômico e o chamado “rentismo” continuam interditando o debate aberto e solidário sobre o enorme custo financeiro da dívida pública, que é suportado pela injusta arrecadação de tributos que praticamos, em que os mais ricos sempre pagam proporcionalmente menos do que os trabalhadores assalariados; falta pluralidade no campo da produção de cultura e de informação, a chamada democratização da mídia preconizada pela Constituição e ainda pendente de regulamentação; falta avançar mais na transparência e no controle dos gastos públicos; ainda não conseguimos fazer uma reforma política verdadeiramente democrática, que amplie a participação e a representatividade e não apenas crie restrições aos candidatos; em suma, em nossa democracia constitucional há muita demanda por justiça, para além do quase mítico combate à corrupção, que tem, no entanto, dominado a agenda judicial e política.

Qual é afinal o papel do Judiciário na crise de nossa democracia constitucional? De que modo nosso sistema de Justiça está estruturado para enfrentá-la? Como entender as respostas oferecidas pelos tribunais para as inúmeras demandas por justiça da sociedade brasileira pós-1988? O ingresso na carreira da magistratura deve seguir exclusivamente o modelo meritocrático de concursos públicos até então praticado? Como decidem os juízes? Seus critérios e métodos decisórios são plenamente compatíveis com o regime democrático e constitucional?

Há muitas questões sobre a Justiça que ainda desafiam o esforço de compreensão e reflexão crítica de estudiosos, magistrados, agentes públicos, entidades da sociedade civil e de todos que estejam comprometidos com o aprimoramento democrático de uma instituição tão vital para a sociedade como é o Poder Judiciário.

1. **GARAPON**, Antoine. *O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 19. [↑](#footnote-ref-1)
2. *“(...) vemos assim o novo clericato dos juízes obcecados pelo antigo sonho da justiça redentora, enquanto a democracia representativa é minada pelo sonho da democracia directa. Simultaneamente, e ainda sob a pressão dos media, a justiça é desalojada de seu espaço protegido, privada do afastamento dos factos no tempo e da distância assegurada pelos seus procedimentos profissionais – e a deliberação política é tornada supérflua pela insistência publicitária com função tribunícia e pela artimanha das sondagens que reduz a eleição a uma simples sondagem à escala real.”* **RICOEUR**, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 10-11. [↑](#footnote-ref-2)
3. **VIANNA**, Luiz Werneck [*et alli*]. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24. [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem. p. 34. [↑](#footnote-ref-4)
5. **CAPPELLETTI**, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993. p. 43. [↑](#footnote-ref-5)
6. De acordo com Daniel Sarmento: “*O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como ‘neoconstitucionalismo’. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário*”. **SARMENTO**, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Salvador: Juspodium, 2009, p. 31-32. [↑](#footnote-ref-6)
7. **SOUSA JR**., José Geraldo de. O Direito como Liberdade – O Direito Achado na Rua. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011, p. 64. [↑](#footnote-ref-7)
8. “*A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro*.” **VIEIRA**, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Rev. direito GV vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008. Disponível em:http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005. [↑](#footnote-ref-8)
9. **VIANNA**, Luiz Werneck [*et alli*]. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23. [↑](#footnote-ref-9)
10. “Na verdade, sob a nova ordem constitucional, desenvolveu-se um padrão de governança que a literatura denomina "presidencialismo de coalizão" (Abranches, 1988 e 2001; Figueiredo e Limongi, 1999; Santos, 2001), cujo principal eixo de impacto está na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo. E, como afirma Abranches (2001): ‘Por ser presidencialismo, esse regime de governança reserva à presidência um papel crítico e central, no equilíbrio, gestão e estabilização da coalizão. O presidente precisa cultivar o apoio popular, o que requer a eficácia de suas políticas, sobretudo as econômicas, para usar a popularidade como pressão sobre sua coalizão; ter uma agenda permanentemente cheia, para mobilizar atenção da maioria parlamentar e evitar sua dispersão; ter uma atitude proativa na coordenação política dessa maioria, para dar-lhe direção e comando’". MORAES, FILOMENO. *Executivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte*. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 15, n.4, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0102-88392001000400006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27  May  2008. doi: 10.1590/S0102-88392001000400006 [↑](#footnote-ref-10)
11. **Cta 1.398/TSE**, Rel Min. **Asfor Rocha**, julgamento em 27.3.2007, DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 08/05/2007, Página 143. **MS 26603/STF.** Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 4.10.2007, Plenário, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. *“Como dito, em várias oportunidades os ministros do TSE e do STF manifestaram-se contra a migração partidária sob o argumento de que tornaria a representação política distorcida em relação à manifestação expressa nas urnas.*

    *Uma demonstração dessa opinião veio com força no plenário quando do julgamento da Adin que pretendia impedir a vigência da cláusula de barreira na legislatura que se iniciava em fevereiro de 2007. A rigor, o julgamento não passaria pela análise da questão da migração partidária; entretanto, em meio às análises de vários ministros sobre a situação dos partidos e da representação política no país, o tema surge e dá indícios de que os ministros estariam dispostos a mudar o posicionamento da Corte e estabelecer a fidelidade partidária no país.*

    *Essa decisão foi tomada em dezembro de 2006, após o escândalo do ‘mensalão’ e as eleições para presidente, governadores, senadores, deputados federais e estaduais. Enquanto o STF debatia o tema da cláusula de barreira, já havia deputados migrando de partido. Desviando-se propositalmente do assunto, segundo suas próprias palavras, o ministro Gilmar Mendes inicia uma análise sobre os acontecimentos do ‘mensalão’, demonstrando um diagnóstico preciso e uma medicação já prescrita: (...) ‘*A crise tornou, porém evidente para todos a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária. Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*’”* **MARCHETTI**, Vitor. *Justiça e Competição Eleitoral*. Santo André: Universidade Federal do ABC, 2013. 180. [↑](#footnote-ref-12)
13. **ADI 1354-8, ADI 1351**. Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 7.12.2006, Plenário, DJ 30.3.2007 [↑](#footnote-ref-13)
14. **Idem**. [↑](#footnote-ref-14)
15. “Para os mais ortodoxos deve causar bastante surpresa a competência atribuída ao TSE para responder consultas (Art. 23, XII, CE): ***XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.*** As consultas devem ser feitas em tese e as respostas são dadas em tese também, embora quem pergunte saiba o que quer concretamente. E quem responde, também. No plano formal, a resposta do TSE em consulta não tem força vinculante para os órgãos públicos.” **NOLETO**, Mauro Almeida. *Terceiro Turno – crônicas da jurisdição eleitoral*. Imperatriz-MA/Brasília: Ética, 2008, p. 137. [↑](#footnote-ref-15)
16. **MARCHETTI**, Vitor. Cit. p.170. [↑](#footnote-ref-16)
17. **MS 20927.** Rel. Min. **Moreira Alves,** julgamento em 11.10.1989, Plenário, DJ 15.4.1994. [↑](#footnote-ref-17)
18. **MS 20 916**. Re. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 11.10.1989, Plenário, DJ 26.3.1993. [↑](#footnote-ref-18)
19. **ADI 5081**. Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgamento em 27.5.2015, Plenário, DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015 [↑](#footnote-ref-19)
20. **MS 30260 e MS 30272**. Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 27.4.2011, Plenário, DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 [↑](#footnote-ref-20)
21. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

    Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

    Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

    Brasília, em 18 de fevereiro de 2016. [↑](#footnote-ref-21)
22. **Lei 9.096/1995** (alterada pela Lei 13. 165, de 26 de setembro de 2015):

    “*Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:*

    *I – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;*

    *II – grave discriminação política pessoal; e*

    *III –* ***mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente****.* [↑](#footnote-ref-22)
23. **DOS REIS**, Daniel Falcão Pimentel. *A Janela indiscreta para a infidelidade partidária*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/e-leitor-a-janela-indiscreta-para-a-infidelidade-partidaria>. Acesso em 15 de julho de 2016 [↑](#footnote-ref-23)
24. **RICOEUR**, Paul. *Prefácio*. In: **GARAPON**, Antoine. O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 10. [↑](#footnote-ref-24)
25. **PRONER**, Carol et alli (orgs). A Resistência ao Golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016; **JINKINGS**, Ivana et alli (orgs). Por que Gritamos Golpe? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2016; **SOUZA**, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e porque você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2016. [↑](#footnote-ref-25)
26. **PAIXÃO**, Cristiano. Um Golpe Desconstituinte? In: PRONER, Carol et alli (orgs). A Resistência ao Golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016. P. 83-85**.**  [↑](#footnote-ref-26)
27. **NOLETO**, Mauro Almeida. O Gigante Acordou Feliz. In: PRONER, Carol et alli (orgs). A Resistência ao Golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016. P. 324-325. [↑](#footnote-ref-27)
28. **PAIXÃO**, Cristiano. **NETTO**, Menelick de Carvalho. Entre Permanência e Mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sergio Gilberto (orgs.). Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. 1 ed. Sapucaia do Sul – RS: Notadez, 2007, p. 97-109. [↑](#footnote-ref-28)
29. De acordo com Hartog: “*A economia midiática do presente não cessa de produzir e de utilizar o acontecimento, já que a televisão deu seguimento ao rádio. Porém com uma particularidade: o presente, no momento mesmo em que se faz, deseja olhar-se como já histórico, como já passado. Volta-se, de algum modo, sobre si próprio para antecipar o olhar que será dirigido para ele, quando terá passado completamente, como se quisesse ‘prever’ o passado, se fazer passado antes mesmo de ter acontecido plenamente como presente.* ” **HARTOG,** François. Op. Cit. p. 149-150. [↑](#footnote-ref-29)