

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

CARLOS EDUARDO PEREIRA SIQUEIRA

**O USO POLÍTICO “DAS CORTES PELAS CORTES” NUM CENÁRIO DE
JUDICIALIZAÇÃO:
Os “Tribunais” como juízes de si mesmos**

**SÃO LEOPOLDO
2016**

Carlos Eduardo Pereira Siqueira

O USO POLÍTICO “DAS CORTES PELAS CORTES” NUM CENÁRIO DE
JUDICIALIZAÇÃO:

Os “Tribunais” como juízes de si mesmos

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito Público, pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

São Leopoldo

2016

S618u Siqueira, Carlos Eduardo Pereira
O uso político “das Cortes pelas Cortes” num cenário de judicialização: os “Tribunais” como juízes de si mesmos / por Carlos Eduardo Pereira Siqueira. – 2016.
126 f. ; 30cm.

Orientação: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez.
Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

1. Direito. 2. Judiciário - Política. 3. Democratização. 4. Uso político - Justiça. I. Título. II. Rodriguez, José Rodrigo. III. Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos.

CDU 34

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Esp. Eliete Mari Doncato Brasil CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"O USO POLÍTICO "DAS CORTES PELAS CORTES" NUM CENÁRIO DE JUDICIALIZAÇÃO: os "Tribunais" como juízes de si mesmos"** elaborada pelo mestrando **Carlos Eduardo Pereira Siqueira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de dezembro de 2016.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

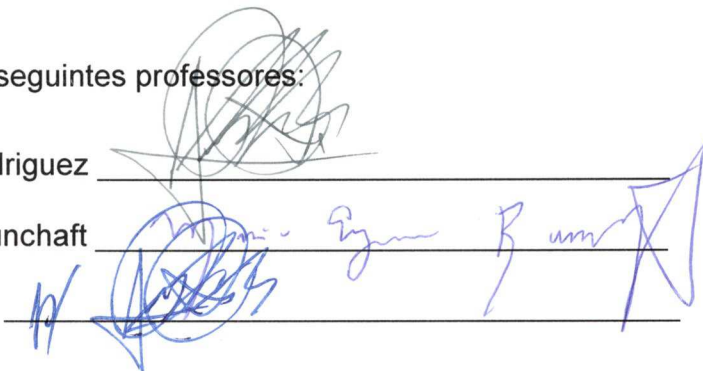
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

Membro: Profa. Dra. Maria Eugênia Bunchaft

Membro: Prof. Dr. Rurion Soares Melo



RESUMO

Partindo de uma concepção de teoria crítica da sociedade, este trabalho problematiza a relação entre direito e política segundo a teoria “political justice”, a atuação do judiciário brasileiro realizada em zonas de autarquia, a suposta “invasão” da arena judicial pela política e o “ativismo” que faz os tribunais serem acusados de substituírem o legislador (e, portanto, desrespeitar a vontade do povo). O problema central da pesquisa é traduzido, pois, na seguinte pergunta: como a jurisdição brasileira se manifesta e se relaciona com o poder político, numa perspectiva teórica de “political justice”, diante de litígios nos quais magistrados são parte e discutem atos relacionados, direta ou indiretamente, à administração da justiça? Para analisá-lo, porém, partiu-se de casos concretos que permitam enxergar esses fenômenos na práxis cotidiana do judiciário. Os casos estudados colocam em teste se, em demandas judiciais envolvendo interesses de magistrados, o aparato judicial pode ser mais facilmente mobilizado em benefício dos julgadores. Para tanto, a fim de contribuir com a busca por emancipação social a partir da democratização radical das esferas públicas, limitações da teoria tripartite dos “poderes do estado” e alguns bloqueios institucionais apresentados pelo judiciário foram trazidos à tona. Ao final, foi apontado que o judiciário nacional tem um comportamento de proteção de sua posição privilegiada de exercício do poder soberano, chegando a concentrar em si todas as funções estatais de uma só vez. Quando se coloca em foco a distribuição de poder entre os órgãos jurisdicionais e outros atores político-sociais, o judiciário costuma reforçar seu poder, resguardando os interesses de seus membros e afastando da disputa agentes que pretendam colocá-los em xeque.

Palavras-chave: Judiciário. Political justice. Democratização.

ABSTRACT

Starting from a conception of critical theory of society, this work problematizes the relation between law and politics according to the "political justice" theory, the actuation of Brazilian judiciary in autharchy zones (*zonas de autarquia*), the supposed "invasion" of the judicial arena by the politics and the "Activism" that makes the courts be accused of replacing the legislator (and therefore disrespecting the will of the people). Then, the central problem of the research is translated into the following question: how Brazilian jurisdiction manifests itself and relates to political power, in a theoretical perspective of "political justice", in the face of disputes in which magistrates are litigants and discuss acts directly or indirectly related to the administration of justice? In order to analyze it, however, it was based on concrete cases that allow to see these phenomena in the daily praxis of the judiciary. The cases studied test whether, in lawsuits involving magistrates' interests, the judicial apparatus can be more easily mobilized for the benefit of the judges. To this end, in order to contribute to the quest for social emancipation with the radical democratization of the public spheres, limitations of the tripartite theory of the "powers of the state" and of some institutional blockades presented by the judiciary were brought to light. Finally, it was pointed out that the national judiciary has a protective behavior of its privileged position of exercising sovereign power, getting to concentrate in itself all the state functions at once. When the distribution of power between the courts and other political-social actors is focused, the judiciary usually reinforces its power, protecting the interests of its members and removing agents who want to put them in doubt.

Keywords: Judiciary. Political justice. Democratization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 USO POLÍTICO DA JUSTIÇA E A TENSÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.....	24
2.1 “Judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”: insuficiências explicativas	24
2.2 O uso político da justiça.....	33
2.3 Uso político “das Cortes pelas Cortes” e as “Figuras da Perversão do Direito” num “sistema pemedebista”	44
2.4 Em busca da Dissolução dos Bloqueios Institucionais: para além da teoria clássica de tripartição de poderes.....	48
3 O JUDICIÁRIO JULGANDO A SI MESMO: ANÁLISE DE CASOS.....	63
3.1 Mobilizações de servidores judiciais: é possível questionar a autoridade?.....	68
3.2 A Gazeta do Povo e a magistratura do Paraná	85
3.3 A Crônica Ficcional, a Condenação Penal e a Jurisdição Internacional.....	90
3.3.1 Uso político da justiça no “Caso Cristian Góes”	94
3.3.2 Jurisdição Internacional como Via de Controle?	100
3.4 A Litigância do Ministro do STF.....	107
4 CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho está inserido no campo de pesquisa que estuda a relação entre “Direito e Política”, já que se volta à investigação da repercussão política da atuação judiciária a partir de casos que apresentam magistrados como parte e que discutem a administração da justiça. Não se trata, porém, de uma análise a respeito das implicações filosóficas da relação entre esses dois campos do conhecimento.

Há, aqui, um liame de base com o conceito de pesquisa jurídica adotada na linha 2 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Como essa linha de pesquisa, denominada “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, toma por pressuposto a ‘necessidade de reflexões relativas às formas de institucionalização das sociedades contemporâneas’ (UNISINOS), ao analisar aspectos da organização do poder judiciário enquanto polo de emanção de poder social, este estudo tende a contribuir com os objetivos mais amplos almejados por essa formulação jurídico-científica que prima pelo aprimoramento social. Formas de institucionalidade são debatidas no decorrer da dissertação a fim de buscar soluções democráticas para os problemas propostos.

Tem-se, especificamente, um estudo centrado na teoria do “Political Justice”, de Otto Kirchheimer (1961), desenvolvida no livro de mesmo nome. Advirta-se, desde já, que é nesse sentido que o título dado ao trabalho, apresentado entre aspas, está vinculado ao subtítulo da referida obra do jurista alemão. Enquanto ele anuncia “The Use of Legal Procedure for Political Ends”, opta-se neste projeto por uma tradução não literal: “O Uso do Processo Judicial para Fins Políticos”. Tal tradução está representada no título pela expressão *O Uso Político “das Cortes pelas Cortes”*. Com isso, será possível investigar de que forma o judiciário é usado na distribuição política de poder entre os mais diversos atores sociais, especificamente nos casos em que membros do Judiciário atuam como parte interessada e órgãos decisórios ao mesmo tempo.

Há que se dizer que essa é uma das poucas referências conhecidas a tratar de forma aprofundada e sistemática sobre as diferentes formas da corriqueira manipulação do aparato judicial em ordens democráticas. Dentre as obras existentes, a maioria de caráter histórico¹, o livro de Kirchheimer é uma das únicas a

¹ Por exemplo, LAUGHLAND, John. *A History of Political Trials From Charles I to Saddam Hussein*. Oxford: Peter Lang, 2008.

abordar o fenômeno a partir de um arcabouço teórico desenvolvido para refletir sobre o tema².

Como consequência dessa delimitação, problematiza-se a atual estrutura de separação de poderes, já que discutir a relação do judiciário com o exercício do poder estatal pode ter implicações para a doutrina de organização tripartite do poder. Ao tratar dos casos nacionais, o ponto de partida da análise será o fundamento da jurisdição nacional estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incluindo a reforma efetuada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que trata da atual formulação de atribuições, competências e limites do judiciário pátrio.

Importa advertir que se busca apontar uma alternativa de abordagem quanto à catalisação de demandas políticas pela jurisdição e as consequências daí decorrentes sobre o exercício (institucional e social) do poder político. Serão, pois, apontadas as limitações das críticas formuladas tanto ao que se tem denominado “politização da justiça” como ao fenômeno de “judicialização da política”, o que colocará em discussão as formulações clássicas sobre segurança jurídica e ativismo judicial. Isso porque a manifestação do político dentro da estrutura judiciária requer reflexões sobre o papel do sistema de justiça e seus princípios informadores clássicos lastreados na segurança, tecnicidade e inércia, pressupondo a caducidade do ensinamento de Montesquieu, para quem ‘dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo’ (1982, p. 190).

Muito se tem falado do momento de protagonismo judicial no Brasil e no mundo. Por isso, o pensamento iluminista sobre a estrutura do poder oficial, que ainda hoje embala as constituições nacionais, precisa ser revisto. Se antes a institucionalidade europeia da época firmava a primazia do parlamento, a consolidação dos estados constitucionais garantidores de direitos sociais contribui para a alteração dessa distribuição do poder estatal, pois o descumprimento dos compromissos firmados constitucional e legalmente leva as pessoas a provocarem cada vez mais a jurisdição. Ao mesmo tempo, o histórico autoritário do sistema político brasileiro e a preponderância quase permanente do executivo durante o século XX não permitem que a doutrina de separação de poderes ocidental seja considerada integralmente válida em nosso país.

² A única alternativa teórica a Kirchheimer é a de SHKLAR, Judith N. *Legalism: Law, Morals and Political Trials*. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

Apesar da redemocratização do Brasil num rico processo de lutas simbolizado pela Constituição de 1988, o ranço de autoritarismo ainda domina a esfera pública. Disso não escapa o judiciário. Rodriguez (2013) identificou a presença de “zonas de autarquia” como característica da jurisdição pátria, categoria ‘ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados’ (2013, p. 21). Em outras palavras, a manifestação judiciária tem se apresentado de maneira pouco controlável e fechada ao debate público, ao ponto de levar o Judiciário a ser considerado “o poder menos transparente”, conforme repercussão dada pela imprensa³ ao relatório “Caminhos da Transparência: A lei de acesso à informação e os Tribunais de Justiça”, elaborado pela ONG “Article 19”.

Ao problematizar a relação entre direito e política segundo a teoria “political justice”⁴, a atuação do judiciário brasileiro realizada em zonas de autarquia, a suposta “invasão” da arena judicial pela política e o “ativismo” que faz os tribunais serem acusados de substituírem o legislador (e, portanto, desrespeitar a vontade do povo) são questões analisadas. Para isso, porém, entende-se necessário tomar por base casos concretos que permitam enxergar esses fenômenos na práxis cotidiana do judiciário. Optou-se, enfim, por analisar contendas judiciais nas quais magistrados figuram como parte e discutem, direta ou indiretamente, atos ligados à administração da justiça.

Antes de expor os motivos que levaram a essa delimitação, é salutar, a essa altura, apresentar com clareza o problema desta pesquisa, traduzido na seguinte pergunta: como a jurisdição brasileira se manifesta e se relaciona com o poder político, numa perspectiva teórica de “political justice”, diante de litígios nos quais

³ Entre os dias 12 e 13 de maio deste ano, com a divulgação do relatório da pesquisa feita pela “Article 19”, “Estadão”, “EBC Agência Brasil”, “Estado de Minas” e outros veículos de informação divulgaram matérias apontando a falta de transparência pelo judiciário, com os respectivos títulos: “Pesquisa aponta que Judiciário é o poder menos transparente”, “Relatório mostra que Tribunais de Justiça não cumprem Lei de Acesso à Informação” e “Pesquisa aponta que Judiciário é poder menos transparente”.

⁴ Quando for apresentada a tradução desse termo que identifica a teoria de base do estudo, será usada a expressão “uso político da jurisdição” ou “uso político da justiça”. Assim se faz por se entender que a tradução “justiça política” seria deveras ambígua, podendo, dentre outras interpretações possíveis, ser confundida com um dos tipos de justiça de que fala Aristóteles em “Ética a Nicômaco” (1996) ou com os ensinamentos de Otfried Hoffe, em sua obra intitulada com o termo em questão (2006). De igual maneira, a fim de preservar o sentido original atribuído por Kirchheimer, por vezes o termo em inglês (*political justice*) será utilizado para fazer referência ao fenômeno jurídico-político retratado por esse autor e que se analisa neste trabalho.

magistrados são parte e discutem atos relacionados, direta ou indiretamente, à administração da justiça?

Analisar casos judiciais de interesse de juízes e/ou juízas ao discutirem atos ligados ao próprio exercício da jurisdição permitirá perceber como o judiciário se enxerga e como se relaciona institucionalmente com o poder que detém, pois será possível explorar em atos processuais a manifestação da jurisdição sobre si própria e sobre sua expressão político-social. Poder-se-á observar também se o judiciário dispensa a si o mesmo tratamento dispensado aos demais atores sociais (sujeitos, associações, movimentos sociais etc.).

Para melhor situar o leitor, é possível mencionar um dos exemplos a ser abordado: uma ação indenizatória movida por desembargador contra o sindicato de servidores vinculados ao mesmo Tribunal de Justiça estadual, pleiteando reparação por supostos danos morais sofridos em virtude de crítica proferida pelo ente sindical no bojo de campanha por aumento salarial, quando o julgador presidia o Tribunal. Em tal situação, vê-se o judiciário sendo provocado para atender (ou não) a interesse de magistrado que se considera ofendido por crítica proferida contra si pelo sindicato de servidores da justiça. Parece clara a questão política envolvida: mobilização sindical geralmente questiona a estrutura de poder, lançando críticas contra os ocupantes de cargos com poderes para dar uma resposta à demanda.

Ocorre que, sendo parte um dos administradores da justiça, a jurisdição é exercida com equidade? A resposta judicial segue parâmetros democráticos socialmente aceitos? Há como controlar esse tipo de decisão? Por último, há um uso da justiça para a perseguição de fins políticos? Essa finalidade política deve ser entendida como influência na correlação de forças no seio social, que pode significar o enfraquecimento ou até a eliminação de um certo ator ou grupo do sistema político. Será que a reação do desembargador sinaliza uma necessidade de reprimir a crítica feita e preservar uma certa lógica de poder ou um certo estado de coisas?

Como se vê, o tipo de litígio escolhido aponta questões importantes a permitirem o estudo da relação entre direito e política em consonância com os critérios anteriormente expostos. Para tanto, é levada em conta a ideia de alguns teóricos de que a política é inseparável do exercício da jurisdição, seja porque os tribunais são e sempre foram usados para a perseguição de fins políticos seja porque

a organização judicial pressupõe uma ordem política disputada constantemente pelos atores nela envolvidos.⁵

Os casos estudados colocam em teste se, em demandas judiciais envolvendo interesses de magistrados, o aparato judicial pode ser mais facilmente mobilizado em benefício dos julgadores. Isso não quer dizer que litígios do tipo daqueles aqui estudados não cheguem ao resultado contrário ao esperado pelo(a) membro da magistratura interessado na contenda. Atuar em conformidade com os ditames legais não é, porém, uma questão neutra, pois pressupõe atribuições de sentido ao que é agir “conforme a lei”, colocando mais uma vez em questão a eficácia dos mecanismos de controle existentes, já que o ato de atribuir sentido não pode ser arbitrário.

Tudo isso está em plena conformidade aos objetivos da pesquisa. De modo geral, busca-se analisar como a instituição judiciária se comporta e se relaciona com o poder político diante de litígios nos quais magistrados são parte e discutem atos relacionados, direta ou indiretamente, à administração e ao exercício da jurisdição, a fim de compreender a relação entre direito e política sob o prisma teórico do “uso político da justiça”. Como objetivos específicos, a dissertação busca analisar a repercussão política do exercício da jurisdição, enquanto poder constituído, nos casos analisados na pesquisa; investigar o papel do judiciário enquanto esfera democrática de poder na resolução de controvérsias/conflitos de relevante interesse público; examinar os limites da atual formulação institucional do poder judiciário; trazer aportes para a compreensão dos efeitos que a aura tecnocrática do poder judiciário exerce sobre os conflitos que lhe são postos; contribuir para a compreensão da racionalidade jurisdicional brasileira com análise empírica que problematize as categorias de *invocação de autoridades* como regra de decisão, *jurisdição opinativa* e *zonas de autarquia*, conforme análise de Rodriguez (2013).

A busca por esses objetivos apresenta-se como importante pauta de pesquisa científica. É pela atual conjuntura da crescente judicialização, pela necessidade de explorar empiricamente a atuação judicial e pelos problemas democráticos gerados pela intrincada relação entre direito e política que o estudo se justifica. Primeiramente, o aumento da judicialização de conflitos e demandas sociais, não só

⁵ Note-se que uma coisa é afirmar que as decisões judiciais têm significado político e podem ser almeçadas por agentes sociais com a finalidade de produzir determinados efeitos políticos. Outra coisa é afirmar que uma decisão foi tomada com fundamento em critérios políticos, ou seja, sem a utilização da racionalidade específica do direito.

no âmbito individual como no social (incluindo as políticas públicas), tem alterado o papel do Poder Judiciário.

Por vezes, este poder tem assumido a centralidade da pauta político-social, participando ativamente de encaminhamentos da administração e do legislativo. O judiciário tem alterado e até implementado políticas públicas a despeito da atuação ou da omissão do parlamento. Sistema de cotas raciais para ingresso em instituições de ensino, reconhecimento dos direitos conjugais de casais homoafetivos, direito de greve para servidores públicos, financiamentos empresariais de campanha eleitoral, aborto de feto anencefálico, dentre tantos outros casos, são alguns exemplos de temas resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal recentemente.

Sem falar dos milhares de casos resolvidos anualmente por todos os órgãos judiciais, já é possível perceber que há um novo polo de contingência das demandas sociais. Partindo da premissa de que esse fenômeno é uma consequência da institucionalidade brasileira pós Constituição de 1988, a relação entre direito e política fica sempre em aberto. Ademais, com fundamento em Kirchheimer, é possível compreender tal fenômeno não como um suposto desrespeito aos parâmetros de um conceito naturalizado de separação de poderes, mas sim, uma transformação na função do poder judiciário no contexto dos poderes da república em função de uma série de mudanças sociais⁶.

Atrelado a isso, tem se multiplicado o número de ações propostas por magistrados em face de críticos de sua atuação, especialmente em temas de grande repercussão ou em que o magistrado é exposto ao público como responsável por determinados atos considerados como prejudiciais à população ou à democracia. Assim, ao entrar cada vez mais na cena política, o judiciário parece querer se blindar do controle público, tema que merece ser investigado cuidadosamente para além das percepções dominantes sobre politização da justiça e judicialização da política.

Assim, entendendo que o judiciário tem se mantido como poder concentrador de inúmeras e complexas disputas sociais, a expressão política desse poder constituído torna-se relevante pauta de estudos. Por outro lado, o uso que se faz da

⁶ É importante deixar claro estes dois níveis de análise: a) o da transformação do poder judiciário em razão de seu crescente significado para o campo da política, ou seja, o surgimento de uma “justiça política” mobilizada para que se atinja determinados fins políticos, a saber, a modificação da distribuição dos recursos de poder entre os vários agentes sociais; b) a ocorrência de casos em que a justiça política atua de forma autoritária, arbitrária, sem bons fundamentos e casos em que ela atua de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo estado de direito.

arena judicial nem sempre parece perseguir fins democráticos, o que exige estudos que analisem o funcionamento das instituições judiciárias para que se possam formular mecanismos aptos a controlar a atividade jurisdicional. Menos preocupado em resolver definitivamente os déficits democráticos da estrutura judicante pátria, o intento maior é discutir a compatibilidade do atual modelo de configuração jurídico-política da jurisdição com o projeto crítico de emancipação social.

Um ponto de partida é perceber que a crescente importância social do judiciário não veio acompanhada de legitimação real. Não é que essa organização abra mão de se legitimar. Todavia, a legitimação parece se dar de uma maneira simbólica, no sentido de que as Cortes aparentam atribuir legitimidade democrática a sua atuação, sem se deixarem penetrar substancialmente pelas esferas públicas. Na análise de Rodriguez (2013), essa legitimidade ‘está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes’ (2013, p. 63). Isso é o que o jurista brasileiro denomina *justiça (ou jurisdição) opinativa*, que é, ao mesmo tempo, personalizada.

A autoridade que reveste a pessoa do(a) julgador(a) é suficiente para conferir obrigatoriedade à decisão proferida, a qual, pelo simples fato de se tratar de uma “opinião” exposta ao público, torna-se válida. Segundo Rodriguez, ‘a função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático’ (2013, p. 63). Assim é que confere uma legitimidade pouca vinculada ao debate real das necessidades/interesses em disputa. Por vezes, é difícil até extrair qual a interpretação conferida pela corte a determinada situação jurídica, pois, como mostrou o citado autor, os tribunais proferem decisões que, mesmo quando unânimes, consagra opiniões diferentes dos julgadores, sobressaindo apenas o resultado de “deferimento” ou “indeferimento” do pleito. Assim, resta ausente um ‘padrão claro e discernível para o julgamento da corte’ (2013, p. 82), chegando-se, apenas, à *agregação de opiniões* (idem). Logo, se não há uma racionalidade jurídica clara, a legitimação gravita apenas no plano simbólico, até porque se torna mais difícil estabelecer uma disputa equitativa e transparente sobre os modelos de racionalidade jurídica possíveis.

Assim é que são adotados os marcos teóricos de uma Teoria Crítica. Ao descortinar deficiências institucionais, diagnosticando a formulação de organizações

reais, o intento é colaborar na construção de uma sociedade emancipada. Face à pluralidade de críticas formuladas tanto no campo filosófico quanto no sociológico, incluindo aquelas desenvolvidas na ciência do direito, é necessário esclarecer de que crítica se trata.

A Escola de Frankfurt, como ficou conhecido o Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, congregou um grupo de pensadores empenhados em desenvolver uma teoria crítica da sociedade capitalista de base marxista. Max Horkheimer é tido como o principal fundador dessa corrente de pensamento, tendo seu texto “Teoria Tradicional e Teoria Crítica” como inaugural da “Escola”, escrito datado de 1937. Foi nele que Horkheimer formulou uma ideia de crítica às ciências humanas/sociais em seu modelo tradicional. Para ele, o conhecimento dominante vincula-se ao desenvolvimento econômico burguês, à utilização dos métodos das ciências exatas como paradigma de cientificidade, à segregação entre teoria e prática, à especialização dos ramos do saber, à instrumentalização da existência humana numa práxis alienatória etc.

A teoria crítica, por sua vez, tem por tarefa analisar as complexas relações sociais para desnaturalizá-las e transformá-las. Nas palavras do teórico em comento, ‘o reconhecimento crítico das categorias dominantes na vida social contém ao mesmo tempo a sua condenação’ (1989, p. 45). Logo na sequência, lança uma ideia de racionalização capaz de liberar o potencial emancipatório da sociedade, o qual fundamenta a vertente teórica abordada:

A razão não pode tornar-se, ela mesma, transparente enquanto os homens agem como membros de um organismo irracional. Como uma unidade naturalmente crescente e decadente, o organismo não é para a sociedade uma espécie de modelo, mas sim uma forma apática do ser, da qual tem que se emancipar. Um comportamento que esteja orientado para esta emancipação, que tenha por meta a transformação do todo, pode servir-se sem dúvida do trabalho teórico, tal como ocorre dentro da ordem desta realidade existente. Contudo ele dispensa o caráter pragmático que advém do pensamento tradicional como um trabalho profissional socialmente útil. (1989, p. 45)

Talvez sejam esses os ensinamentos basilares da Teoria Crítica que se mantém atualmente, atrelado à interdisciplinaridade e à relação dialética entre filosofia e sociologia. Desde aquela época, Horkheimer e os demais pensadores da Escola de Frankfurt pareciam ter clareza quanto à mutação teórica necessária a

cada momento histórico, sob pena de não se conseguir compreender os fenômenos sociais de lutas por emancipação. Logo, tomar essa corrente como base teórica não é vincular-se às conclusões dos fundadores dessa tradição intelectual.

O filósofo Marcos Nobre bem discute, então, as características centrais de uma teoria crítica formulada sob o paradigma “frankfurtiano”. Sendo assim, mesmo existindo uma infinidade de possibilidades de pensar criticamente, há formulações que não podem ser ignoradas, vez que, segundo seu pensar,

a Teoria Crítica tem sempre como uma de suas mais importantes tarefas a produção de um determinado *diagnóstico* do tempo presente, baseado em tendências estruturais do modelo de organização social vigente, bem como em situações históricas concretas, em que se mostram tanto as oportunidades e potencialidades para a emancipação quanto os obstáculos reais a ela. Com isso, tem-se um diagnóstico do tempo presente que permite então, também, produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento histórico. Esses prognósticos, por sua vez, apontam não apenas para a natureza dos obstáculos a serem superados e seu provável desenvolvimento no tempo, mas para ações capazes de superá-los. (2011, p. 8)

Ao observar tais diretrizes, a construção da análise pode seguir os mais diversos caminhos, sem escapar do diagnóstico de tempo, das tendências sociais contidas na ordem vigente e das possibilidades de emancipação social. Feito isso, Nobre considera que diferentes “modelos críticos” podem ser concebidos. Assim o é porque ‘a Teoria Crítica só tem vida e interesse se for permanentemente reformulada e repensada em vista de novas condições históricas.’ (Nobre, 2015, p. 18).

Não há formulações petrificadas, infensas aos processos históricos, imutáveis. Essa é uma importante percepção crítica que, além de mostrar a importância das mudanças e conflitos sociais, não requer adesão a teses para que alguém seja considerado pesquisador do campo crítico. Por isso, cada autor pode vir a criar um ou mais modelos críticos na tentativa de pesquisar as relações sociais.

É nesse contexto que se insere a pesquisa apresentada. Na tentativa de analisar relações de poder realizadas na práxis judiciária em determinadas circunstâncias, busca-se efetuar um diagnóstico e apontar as tendências do tempo presente. Mais que isso, tomando como pressuposto uma emancipação social que, em termos institucionais, só pode ser alcançada através da democratização radical

(HABERMAS, 2012), poder-se-á entender os déficits democráticos e apontar alguns meios para supri-los.

O sistema jurídico brasileiro ainda não passou por uma análise empírica substancial. Sem desenvolvê-la, não é possível apreender a racionalidade que lastreia nosso judiciário, muito menos democratizá-lo efetivamente. Rodriguez, jurista pátrio já citado, promoveu incursões sobre a atuação judicial de nossos dias. Também tomando por base o pensamento crítico, assevera que ‘a democracia também é a crítica e a reconstrução incessante da gramática institucional’ (2013, p. 18). Vê-se uma implicação entre o comportamento teórico crítico e a democratização social a inspirar a pesquisa científica, como também se tentará fazer nesta oportunidade.

Seguindo essa linha, ao conduzir a investigação acadêmica sob a referência crítica da emancipação social, nem direito nem democracia podem ser entendidos exclusivamente sob o paradigma jurídico-formalista. Não se quer, de antemão, dizer qual é o modelo de direito utilizado nos tribunais. Importa apenas esclarecer qual o parâmetro de análise da atuação judicial a ser pesquisada. Melhor dizendo, é necessário definir como, a partir da teoria adotada, o direito e a democracia são entendidos em sua manifestação social e institucional, sem prejuízo de os tribunais poderem utilizar uma compreensão diversa.

Por sua vez, pensar direito e democracia de maneira apartada não atende aos modelos críticos ora adotados. Franz Neumann, jurista alemão que esteve vinculado por algum tempo ao Instituto para Pesquisa Social de Horkheimer, em sua tese de doutorado intitulada “The Rule of Law”, produzida em 1936, já abordava o direito como fruto da dinâmica social. Trata dele como produto da atividade humana e, por conseguinte, das forças sociais em disputa (2013, p. 72). Viu seu caráter contraditório, como uma “faca de dois gumes”, guardando um potencial emancipatório tanto quanto uma força regressiva manipulada pelo poder econômico. Contudo, entendia que a integração social não poderia ser promovida sem a mediação do direito:

A instituição jurídica pode ser definida como o ato de junção, que pretende ser duradouro, buscando regular o processo da vida bem como sua produção e reprodução. Todas as instituições que servem à produção e reprodução das relações humanas e que pretendem ser duradouras são, portanto, igualmente instituições jurídicas, na medida em que lidam com a questão das regulações jurídicas. Por

exemplo, o matrimônio, servindo de reprodução da vida humana, e, como um todo, a propriedade privada nos meios de produção. (2013, p. 90)

Como ele, também Habermas e, no Brasil, Rodriguez concordam com a mediação do direito, em seu caráter institucional, para a regulação das relações humanas. Nenhum dos três, é bom que se esclareça, naturaliza as instituições, que devem estar em constante processo de reconstrução crítica com intensa participação popular. E nessa condição, entende Rodriguez, ao analisar a obra de Neumann, que ‘o potencial emancipador do império do direito pressupõe uma sociedade funcionando sob a forma direito’ (2009, p. 84), pois é essa “forma direito” que institucionaliza a participação da classe trabalhadora e dos desfavorecidos em geral. Assim, uma democracia procedimental, condição institucional da igual influência dos sujeitos na formação discursiva das diretrizes da vida coletiva (HABERMAS, 2003, p. 146), é garantida pela forma direito ao passo em que permite sua formulação.

Em breves linhas, o direito é um espaço de disputas de interesses conflitantes que, nas democracias, pode ser tensionado por meio de lutas sociais com o objetivo de institucionalizar meios de reprodução social tendentes à emancipação. Todavia, sua realização perante o judiciário tem ganhado cada vez mais expressão, pois os mais diversos atores sociais parecem ter enxergado nos tribunais uma arena de busca por direitos, apesar de muitas vezes desacreditá-los. Desde o reconhecimento formal de direitos sociais, parece ter havido, por um lado, esperança de solução das demandas em geral e, por outro, uma certa decepção pela dificuldade ou negativa de aplicação dessas disposições, como aponta Rodriguez (2013, p. 192).

Acredita-se, por fim, que a análise aprofundada da atuação dos tribunais é medida que se impõe como tarefa da teoria crítica no campo do direito, seja para criticar as zonas de autarquia seja para ‘descobrir se há setores do estado de direito em que os órgãos de poder atuam de forma arbitrária e explicitam modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões’ (RODRIGUEZ, 2013, p. 175). É nessa perspectiva teórica que este trabalho será desenvolvido.

Delimitado o quadro, que serve de pano de fundo deste trabalho, para a missão particular de análise da relação entre direito e política um viés específico foi selecionado. Conforme exposto alhures, as reflexões de Otto Kirchheimer em “Political Justice” são usadas como suporte para a compreensão dos fenômenos

investigados nesta oportunidade. Por óbvio, não são ignorados outros pensamentos nem há necessária concordância ou enquadramento forçado das descobertas procedidas com as conclusões do livro base.

A obra em comento é a única a que se teve acesso com a proposta clara de discutir como a política se manifesta na esfera judiciária, ou, nas palavras do autor ao explicar o escopo de seu escrito, ‘tenta relacionar o conteúdo político à forma jurídica sob a qual os casos [judiciais] ocorrem’ (1961, vii). Mais claro ainda é seu objetivo quando, dentre os diversos problemas que propõe resolver, lança ao final o seguinte: ‘[...] qual é o papel atual delas [das cortes] na luta política?’ (1961, p. 5). É com essa pretensão que se aborda a ideia de “uso político do aparelho de justiça”.

Como se verá, são várias as possibilidades de se utilizar a corte para a perseguição de fins políticos. Isso porque grupos sociais e políticos ou até determinadas pessoas ocupantes de cargos de poder, em variadas circunstâncias, podem invocar a corte contra seus adversários políticos. Tal proceder pode ser levado a cabo em regimes de exceção, em transições e até em governos constitucionais instituídos sob o manto da democracia liberal. O importante é que, dentre as variadas características imagináveis, a motivação política subjacente ao julgamento é um elemento básico da justiça política que agrega um certo grau de consenso entre os estudiosos.

Interessa perceber que, pelo menos desde Kirchheimer, os julgamentos de motivação política deixaram de ser vistos como referência a regimes autoritários e passaram a ser vistos como regra na disputa do poder, notadamente como garantia de manutenção da ordem estatal estabelecida. Indo mais além, sua posição contundente aponta para o fato de os estados constitucionais serem a forma de governo sob a qual se faz uso intensivo dos tribunais para a salvaguarda do poder político. No espectro das disputas em uma ordem democrática, uma gama de fatores pode influenciar o resultado:

No quadro constitucional liberal o valor do julgamento político depende das pressões psicológicas e políticas do momento. Por causa do significado das instituições e processos legais tradicionais, o julgamento é marcado por um elemento criativo de risco e

imprevisibilidade, que o distingue de um desempenho de comando administrativo⁷. (KIRCHHEIMER, 1968)

A depender das pressões exercidas diante do caso, o uso político da jurisdição será mais ou menos evidenciado e estará sujeito a mais ou menos risco de êxito no atingimento do objetivo político de distribuição do poder entre os atores. Vai mais além ao asseverar:

Qual é, então, a função dos tribunais diante do conflito político? Nos termos mais simples e cruéis, ignorando por um momento os enfeites, ampliações de função e salvaguardas do constitucionalismo: os tribunais eliminam um inimigo político do regime de acordo com algumas regras preestabelecidas⁸. (KIRCHHEIMER, 1961, p. 6)

Como se nota, as relações políticas em disputa no seio social são compreendidas segundo uma análise de possibilidades diversas de interação com as cortes. Sem rejeição à interação entre direito e política, mostram-se meios mais arbitrários e outros mais democráticos de judicialização de conflitos. Sendo assim, para pesquisar as relações de poder estabelecidas em sede de jurisdição a partir de uma postura crítica, o *uso político da justiça* de Kirchheimer parece ser o melhor alicerce. Advirta-se, por oportuno, que a ideia de “eliminação” não pode ser lida necessariamente como sinônimo de exterminação física. Pode se tratar de enfraquecimento político, exclusão da cena pública, retirada de cargo de poder etc.

Apesar de alguns estudiosos já haverem se proposto a pensar sobre o papel das cortes na luta política, parece que o viés sempre foi o de estabelecer a relação entre direito e política, numa tentativa de delimitar cada um desses campos, ignorando/rejeitando a relação dialética entre eles.

Esse é o caso, para citar um exemplo, da tese doutoral de título “DIREITO E POLÍTICA: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático” (ALBUQUERQUE, 2011). Como se expõe no resumo,

⁷ No original: ‘In the liberal constitutional framework the value of the political trial depends on the psychological and political pressures of the moment. Because of the meaningfulness of the traditional legal institutions and processes, the trial is marked by a creative element of risk and unpredictability, which distinguishes it from an administrative command performance.’

⁸ No original: ‘What, then, is the function of courts in political strife? In the simplest and crudest terms, disregarding for a moment the embellishments, enlargements of function, and safeguards of the age of constitutionalism: the courts eliminate a political foe of the regime according to some prearranged rules.’

O trabalho versa sobre a legitimidade democrática dos magistrados no trato de questões políticas. Foi necessário estabelecer o âmbito de atuação, linguagem, conceito e outras implicações da política no direito, demonstrando se há uma sobredeterminação do direito pela política ou uma tensão entre eles.

Nessa tese, chegou-se à conclusão de que não há sobredeterminação do direito pela política nem tensão entre eles. Haveria “apenas” uma interdependência, de modo que critérios de separação entre o que é político e o que é jurídico foram apresentados. Não se concorda com esse ponto de vista, pois se entende que há uma tensão inevitável entre política e direito e que os tribunais cumprem papel importante na distribuição de poder. Antes de pensar a limitação dessa atuação segundo a doutrina clássica de separação de poderes, deve-se investigar empiricamente as disputas em curso sobre esta fronteira e, em um nível normativo, buscar democratizar o exercício institucional da jurisdição para que tal fronteira seja traçada levando em conta os agentes sociais interessados e a partir de um diagnóstico das instituições realmente existentes. Como exposto por Rodriguez (2013), a tripartição de poderes precisa ser problematizada, investigada empiricamente e não naturalizada, consoante se demonstrará no trabalho.

Além disso, há os que discutem essa relação a partir da crítica ao “ativismo judicial” e da “judicialização da política”. Tal qual a tese de Albuquerque, não reconhece nessas manifestações judiciárias um efeito da reorganização institucional do estado de direito a ser aberta ao diálogo democrático. Desse modo, também serão alvo de análise no corpo deste trabalho.

Há também inúmeros trabalhos de cunho filosófico a discutir a separação entre direito e política no campo da teoria do conhecimento. Já que não se tem pretensão de fundar ou de discutir teses filosóficas sobre a matéria, mas perceber e problematizar esse tema sob o prisma da sociologia jurídica, não faria sentido adotar como base alguma teoria inserida nessa abordagem, porquanto tais obras não procuram reconstruir o funcionamento real das instituições.

Outros debates sobre a atuação política do judiciário estão preocupados com o processo de seleção de juízes/as ou com as características que os/as julgadores apresentam em seu aspecto pessoal aptas a influenciar na decisão.

Por fim, há alguns trabalhos que analisam a interação conturbada entre direito e política em casos bem específicos, não se preocupando com a discussão estrutural sobre o tema e até atribuindo um caráter problemático de “invasão da

política pelo direito”. Mais uma vez, sem discutir a democratização dessa nova institucionalidade, recorre-se a uma separação de poderes naturalizada.

De alguma maneira, todas essas abordagens foram debatidas e incorporadas. Contudo, por todos os motivos apresentados, não se trata de estudos suficientemente amplos ou com posição de crítica tal que recomendem seu uso como teoria de base. Até porque, de acordo com a explicação quanto à escolha do referencial teórico, os pressupostos dessa pesquisa demandam teorias compatíveis com o pensar crítico antes definido, sem descuidar da necessária atualização, contextualização e diálogo com outros pensamentos.

Além disso, julgamentos judiciais têm o efeito de impor um resultado, estabelecendo premissas vinculantes sobre fatos sociais. Como considerou Kirchheimer, ‘segundo parece, o julgamento nos oferece o período histórico como seu objeto; a lei, como critério de decisão, e o veredito como advertência para o futuro’ (1968, p. 118). Mais adiante concluiu que ‘os procedimentos judiciais se destacam tanto pelo grau de formalização que requerem quanto pela posição claramente distintiva do funcionário que os maneja’ (1968, p. 196). É a partir dessas características que o judiciário é acionado para autenticar interesses políticos, fenômeno a ser analisado ao se tomar por foco uma espécie de “judicialização do judiciário”.

Antes de encerrar essas considerações preliminares, é necessário expor as escolhas metodológicas. Em linhas gerais, a pesquisa foi desenvolvida a partir da análise de casos submetidos ao judiciário em que magistrados são parte e discutem acontecimentos relacionados, direta ou indiretamente, à administração da justiça. Trata-se de litígios em que juízes e/ou juízas figuram num dos polos da demanda em virtude de ato relacionado ao cargo que ocupa ou por ter manifestamente arguido a posição de autoridade pública para agir ou deixar de agir de determinada maneira. A partir daí é que se buscará identificar e analisar as relações de poder mantidas no campo judiciário, tendo por mote os mecanismos utilizados pelo poder judicante para se afirmar, sobrepor, limitar ou até se omitir diante dessas questões.

Essa escolha metodológica parece oportuna por buscar alcançar em situações-limite a ação do judiciário enquanto poder político constitucionalmente constituído e sua faceta profissionalizada e pretensamente técnica de entrega do “serviço jurisdicional”. Como o judiciário responde institucionalmente ao julgar um de seus próprios membros? Como expressa sua força coercitiva na resolução desses

conflitos? Quais os reflexos de tais julgamentos para a integração político-social? Os tipos de litígio selecionados podem responder a esses problemas sob a perspectiva de tensão entre direito e política, pois coloca o julgador frente a frente com o poder que cotidianamente exerce, mas que ocasionalmente será exercido contra si (para dar procedência ou improcedência a seus pleitos). Essa reflexividade é hábil a revelar zonas de autarquia e apontar caminhos para a democratização do sistema de justiça.

Foram, pois, analisadas decisões ou, eventualmente, as várias fases de certos processos judiciais. Também foram utilizadas informações divulgadas em diversos meios de comunicação sobre o tema investigado. Com isso, tentou-se reconstruir a linha argumentativa elaborada, os elementos levados em conta para a decisão, a racionalidade subjacente ao julgamento e as consequências do comando judicial emanado. Tudo de acordo com as teorias selecionadas e explicitadas alhures.

A seleção dos processos para estudo é um obstáculo à parte. Como não há informações oficiais disponíveis especificamente sobre esse tipo de litígio, a alternativa encontrada foi a análise de casos de repercussão em mídia nacional ou do local de origem do pesquisador. Vale frisar que as Corregedorias e o Conselho Nacional de Justiça não disponibilizam informações em seus sites nem apresentaram resultados quando realizadas buscas por nome de magistrado(a). Igualmente, o Relatório “Justiça em Números” do CNJ também não apresenta dados sobre ações judiciais propostas por juízes(as) ou membros do MP. Logo, a escassez de informações oficiais e até de meios de busca ágeis impuseram o uso de outras alternativas, considerando até que um pedido dirigido por e-mail a um certo assessor do STF não foi respondido.

Nesse sentido, viabilizar alternativas foi a saída para garantir acesso a informações úteis à pesquisa. Tratou-se, enfim, de buscar dados de forma autônoma, de acordo com resultados obtidos através do próprio *google* e especialmente a partir do acompanhamento dos noticiários sobre o tema. Os portais jurídicos de maior impacto foram pesquisados e as notícias de conhecimento do pesquisador autor, do orientador e de outros juristas com quem o tema fora debatido tiveram sua análise efetivada. Conjur, Jota, Migalhas, Justificando e Empório do Direito foram portais utilizados. As situações cuja a repercussão transcendeu o meio

jurídico e foram registradas pela mídia de modo a serem detectadas pela busca realizada também não passaram despercebidas.

Como se vê, não há grau de transparência suficiente a abranger a litigância de magistrados(as). A atuação judiciária é, ainda, pouco aberta à participação e à influência externa à sua estrutura. É sintomática a pesquisa realizada pela ONG *Article 19*, a qual conclui que o Judiciário está na contramão das diretrizes de transparência extraídas das próprias interpretações jurisprudenciais:

Relembrando a dupla função dos órgãos do Judiciário, que são ao mesmo tempo sujeitos e interpretadores da norma, as discrepâncias com os princípios de transparência preconizados pela Lei de Acesso à Informação sugere um aumento dos obstáculos à garantia do direito à informação nos órgãos públicos. (ARTIGO 19 BRASIL, 2016, p. 11)

Como se percebe, não é tarefa fácil promover investigação sobre o judiciário. Logo, a coleta de material se deu da maneira mais aprofundada possível, diante do tempo disponível e das limitações estruturais.

Os casos, por sua vez, foram analisados sob uma perspectiva interdisciplinar, em que a teoria do direito e a sociologia jurídica mantiveram contato com temas de direito constitucional, administrativo, penal, civil e processual. A própria relação entre direito e política, que aqui adquire uma conotação bastante específica, impõe uma abertura discursiva sobre os litígios analisados e suas repercussões jurídico-político-sociais.

Ademais, ao buscar nos casos o caráter conflitivo e a construção problemática de relações de poder, bem como entendendo que a juridificação ocorre num processo de lutas sociais, buscou-se adotar um modo de pensar dialético. Conforme disposto no “Dicionário de Filosofia do Direito” (BARRETTO, 2009, p. 211), em seu verbete dialética, tem-se que, para Hegel, ‘a dialética é antes um processo do que um método; está na realidade (no processo da realidade) antes de estar na representação que temos do real’. Mesmo compreendendo a impossibilidade de apreender o “real” ou de buscar a essência das coisas, no que este trabalho se afasta de um modo hegeliano de perceber os fenômenos, será conservada uma análise dialética quanto à compreensão dos eventos em sua diversidade e dinamicidade.

Portanto, a partir de investigação bibliográfica atrelada à análise documental, foi também utilizado o método monográfico, na medida em que alguns casos foram selecionados para estudo longitudinal a partir dos quais algumas generalizações serão sugeridas. Foi colhida documentação indireta referente aos processos judiciais estudados. Ao mesmo tempo, alguns processos foram acessados integralmente através dos portais eletrônicos dos tribunais pátrios, o que foi possível devido ao estágio avançado de virtualização das ações judiciais em vários tribunais.

Desse modo, foram analisadas notícias publicadas pela imprensa, a fim de observar de que modo a judicialização dos conflitos selecionados pode ter repercutido socialmente. Não só publicações da grande mídia foram apreciadas, uma vez que sindicatos, organizações não governamentais, movimentos sociais e outros atores envolvidos têm utilizado espaços de mídia alternativa ou suas próprias páginas para divulgar informações sobre o funcionamento da jurisdição pátria.

Nesse toar, o trabalho foi organizado em quatro partes: introdução, primeiro capítulo de desenvolvimento, segundo capítulo de desenvolvimento e conclusão. Os dois capítulos de desenvolvimento têm por objeto, respectivamente: (I) a análise dos estudos desenvolvidos a respeito do atual protagonismo judicial, sobretudo aqueles identificados com a judicialização da política, a politização da justiça e o ativismo judicial, a fim de, ato contínuo, situar o *political justice* nesse debate, ressaltando as principais contribuições da obra de Kirchheimer e os limites da teoria tradicional da separação de poderes; (II) análise dos casos selecionados para aprofundamento e atualização do conceito de justiça política através da crítica à estrutura do judiciário pátrio.

2 USO POLÍTICO DA JUSTIÇA E A TENSÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

A tensão entre direito e política é um tema que suscita uma série de problemas teóricos e práticos. Os principais modelos de análise do problema nos estudos jurídicos são: judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial. Modelos lastreados em Teoria Crítica, por sua vez, apresentam pontos de análise peculiares a respeito da discussão de temas de impacto político nas mais diferentes esferas públicas. Esses assuntos são objeto do presente capítulo.

2.1 “Judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”: insuficiências explicativas

Diante das diferentes análises e perspectivas adotadas quanto ao processo sócio-político-cultural de provocação do Judiciário, culminando em atuação jurisdicional ampliada e pondo em debate múltiplos aspectos das relações sociais, há que se ter compreensão de cada corrente. Ao mesmo tempo, faz-se necessário refletir sobre a escolha aqui feita, que segue uma linha diversa das comumente adotadas.

Muito tem se falado sobre judicialização, politização e ativismo, quando o assunto é expansão do poder judiciário e sua relação com a atividade política do Estado. Por ora, dentre as variadas leituras sobre o tema, interessa explicar sobre os conceitos mais ou menos comuns utilizados pelos pensadores com maior influência. Diz-se que *judicialização* é um termo oriundo de estudos estadunidenses, com bastante impacto a partir da obra organizada por Tate e Vallinder (1995), intitulada *The Global Expansion of Judicial Power*.

Segundo Vallinder, com esse título ‘referimo-nos à infusão de tomada de decisões judiciais e de procedimentos judiciais em arenas políticas onde eles anteriormente não residiam’⁹ (1995, p. 13), o que passou a ser referido como “judicialização”, com reflexão no mesmo sentido apresentada por Tate (1995, p. 27). No mesmo livro, é Alec Stone quem expõe importante definição:

⁹ No original: we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside.

A judicialização da política se refere ao processo geral em que o discurso jurídico - normas de comportamento e linguagem - penetra, e é absorvido pelo, discurso político. [...] Políticas judicializadas são políticas perseguidas pelo menos em parte por meio do discurso jurídico.¹⁰ (p. 206)

Eis uma concepção bastante ampla, mas que alberga a maior parte das investigações empreendidas desde então, com ampla apropriação da expressão “judicialização da política”. Na medida em que o discurso jurídico passa a ocupar espaços antes destinados ao discurso político, pode-se dizer que ali se observa a judicialização da política. Ao focar na formação dos discursos, cada vez mais impregnados de elementos próprios ao fenômeno jurídico, judicialização não se refere propriamente à dimensão judiciária, com o Poder Judiciário assumindo tarefas antes pouco presentes em sua atuação. Mesmo assim, o maior objeto das análises sobre o tema é a dimensão jurisdicionada da acepção jurídica dos discursos.

Dentro da vasta literatura estrangeira, notabilizada há considerável tempo, não é difícil perceber debates teóricos e divergências práticas quanto à amplitude, às consequências e às possibilidades da judicialização. Ran Hirschl (2008), apresentando contrapontos ao ponto de vista exarado pelo Prof. Fredrick Schauer, expõe o impacto contundente da judicialização na vida cotidiana e na definição de políticas as mais diversas em diferentes nações. Aponta, pois, uma atuação cada vez mais incisiva em relação ao que denominou “mega-politics”, definindo-a como ‘questões de importância política absoluta e extrema que muitas vezes definem e dividem políticas inteiras’¹¹ (2008, p. 2). Nesse sentido, preocupa-se com diferentes espectros da repercussão política da judicialização, mas parece manter as Cortes como *outsiders* da disputa política em termos de correlação de forças sociais em busca de hegemonia. Eis algumas passagens:

A judicialização da política - a dependência de tribunais e os meios judiciais para abordar principais dilemas morais, questões de políticas públicas, e controvérsias políticas - é sem dúvida um dos fenômenos mais significativos do governo no final do século XX e início do XXI. Armado com procedimentos de revisão judicial recém-adquiridos, tribunais superiores nacionais em todo o mundo têm sido frequentemente solicitados para resolver uma série de questões,

¹⁰ No original: The judicialization of politics refers to the general process in which legal discourse – norms of behavior and language – penetrates, and is absorbed by, political discourse. [...] Judicialized politics are politics pursued at least in part through the medium of legal discourse.

¹¹ No original: matters of outright and utmost political significance that often define and divide whole polities.

variando do âmbito de expressão e liberdade religiosa, os direitos de igualdade, privacidade e as liberdades reprodutivas, às políticas públicas relacionadas à justiça criminal, propriedade, comércio, educação, imigração, trabalho e protecção do ambiente. Manchetes de jornais reportando informações sobre decisões judiciais relativas a questões disputadas – uniões homoafetivas, limites sobre o financiamento da campanha e ação afirmativa, para dar alguns exemplos - tornaram-se um fenômeno comum.¹² (p. 2)

A esfera política conducente à judicialização de tais questões puramente políticas é, portanto, pelo menos tão significativa na sua emergência e da sustentabilidade como a contribuição de tribunais e juízes. É ingênuo supor que o núcleo de questões políticas deste tipo poderia ter sido transferida para os tribunais sem pelo menos o apoio implícito dos intervenientes políticos dominantes. Isto deve vir com nenhuma surpresa para aqueles que vêem tribunais como instituições "políticas". Como qualquer outra instituição política, eles não operam em um vácuo institucional ou ideológico. [...] A busca política de legitimidade, ou para a redução de riscos ou custos, muitas vezes é o que impulsiona deferência ao poder judiciário, em casos que envolvam questões políticas muito disputadas. Esta visão sugere que a ortodoxia *court-centric* comum entre os estudiosos do direito pode ser equivocada. Como os exemplos discutidos aqui ilustram, o retrato de tribunais constitucionais e os juízes como os principais culpados na judicialização abrangente da política em todo o mundo é demasiado simplista.¹³ (p. 36)

Por essas noções (óbvio que o trabalho de Hirschl é muito mais abrangente), vê-se a separação da atuação em políticas públicas de interesse social e “questões puramente políticas”. Neste último quesito, há uma aproximação da presente pesquisa com o texto desse autor, mas logo se percebe a distinção de enfoques.

¹² No original: The judicialization of politics – the reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies – is arguably one of the most significant phenomena of late twentieth and early twenty-first century government. Armed with newly acquired judicial review procedures, national high courts worldwide have been frequently asked to resolve a range of issues, varying from the scope of expression and religious liberties, equality rights, privacy, and reproductive freedoms, to public policies pertaining to criminal justice, property, trade and commerce, education, immigration, labor, and environmental protection. Bold newspaper headlines reporting on landmark court rulings concerning hotly contested issues – same sex marriage, limits on campaign financing, and affirmative action, to give a few examples – have become a common phenomenon.

¹³ No original: A political sphere conducive to the judicialization of such purely political questions is therefore at least as significant in its emergence and sustainability as the contribution of courts and judges. It is naive to assume that core political questions of this type could have been transferred to courts without at least the implicit support of influential political stakeholders. This should come as no surprise to those who view courts as ‘political’ institutions. Like any other political institution, they do not operate in an institutional or ideological vacuum. [...] A political quest for legitimacy, or for lowering risks or costs, is often what drives deference to the judiciary, in cases involving hotly contested political issues. This insight suggests that the court-centric orthodoxy common among legal scholars may be misguided. As the examples discussed here illustrate, the portrayal of constitutional courts and judges as the major culprits in the all-encompassing judicialization of politics worldwide is over-simplistic.

Mesmo que o autor citado demonstre preocupação com a busca política por legitimidade através do Judiciário, não há uma investigação específica das peculiaridades desse fenômeno nem a respeito de como os grupos antagônicos agem nessa arena. Hirschl não elabora como essa atuação judiciária se dá, o que é feito por Otto Kirchheimer.

Também se pode extrair um uso da jurisdição à mercê dos grupos políticos dominantes, como interpretam Tassinari e Menezes Neto, para quem ‘o aumento do poder do Judiciário não seria possível sem a aceitação, ainda que tácita, dos grupos políticos dominantes’ (2014, p. 255). Contudo, a disputa política que gestou a organização judiciária é bem mais conturbada do que a ideia de consolidação dos interesses dos grupos hegemônicos pode passar. Adriano Pilatti (2008), por exemplo, discute a pluralidade de interesses e as disputas tensas em torno do texto constituinte pátrio. Não se quer dizer que se chegou numa quadra de soterramento de interesses liberais/neoliberais. Porém, o próprio trabalho de identificar os “interesses dominantes” já traria uma resposta não tão óbvia.

Diversos pensadores, a exemplo de Barroso (s/d), entendem que o Judiciário tem papel contramajoritário. Dessa maneira, enfrenta as maiorias parlamentares (que não se confundem com as maiorias populares) para reconhecer ou não direitos. Se o parlamento geralmente reflete as demandas sociais hegemônicas e as Cortes eventualmente a elas se contrapõem, há formas de funcionamento e relações político-institucionais constituídas para dar margem a uma agenda diferenciada aos Tribunais, mesmo que predominantemente conservadora (em termos de manutenção do status quo). Como Neumann (2013) demonstrou a mudança de função da lei quando os trabalhadores passaram a ocupar o Poder Legislativo, Kirchheimer também mostra a margem de transformação existente no Judiciário, não necessariamente por seguir uma nova Lei, mas por observar diferentes correlações de força a depender das características do regime político.

Outrossim, ainda não é o momento de apontar a particular preocupação da Dissertação com a força judiciária enquanto Poder em afirmação por seus próprios membros (magistradas/os), na condição de Judiciário sujeito ativo do poder político, e não apenas legitimador ou “resolvedor” das contendas de pessoas e organismos sociais estranhos à organização do Sistema de Justiça. Eis mais um ponto de diferenciação. De todo modo, Hirschl traz importante contributo aos estudos, na medida em que se afasta das perspectivas mais tradicionais.

No Brasil, o debate também é amplo sobre o assunto. Uma das referências de base, especialmente pelo pioneirismo, é o conjunto de pesquisas coordenadas por Luiz Werneck Vianna. Em um de seus textos em coautoria, expressa opinião que dialoga com aquela emitida pelos juristas estrangeiros mais tradicionais. Para o grupo de autores,

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou. (VIANNA, BURGOS, SALLES, 2007, p. 41)

Ao discutir a respeito da atuação judicial que visa a suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, com a tomada para si do protagonismo político-institucional, traz-se a linha de estudo mais traçada no país sobre o tema. Luís Roberto Barroso, por exemplo, em vários textos dirigiu atenção a esse fenômeno, apontando, em um deles, o seguinte: '*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais [...]' (BARROSO, 2009, p. 3).

A noção de instâncias políticas tradicionais mostra como há um olhar retrospectivo para o judiciário como sendo uma instituição não envolvida com os problemas de ordem político-social. De outro giro, como se verá no próximo tópico, entende-se aqui que essa relação com a política pelo Poder Judiciário não é acidental ou particular ao regime pós 88. Certamente há novas características do imbrincamente entre Política e Direito, com uma relação transformada pelo contexto social emergente da realidade sócio-histórica vivida. Mesmo assim, parece errôneo focar em uma perspectiva tendente a ligar o fenômeno político e o fenômeno jurídico apenas a partir do novo paradigma constitucional.

De igual modo, utilizando reflexões alicerçadas na realidade europeia, professores como Gilberto Bercovici atribuem a judicialização a uma mudança estrutural na organização do sistema democrático sem avaliar sua pertinência em

relação ao contexto nacional. É certo que sua proposta é pensar uma Teoria do Estado mais ampla. Contudo, não se pode deixar de questionar sobre qual Estado se está falando. Nesse sentido, Bercovici (2006) adota a concepção de que o judiciário passou a ocupar um espaço antes destinado aos partidos políticos, considerando a estruturação da democracia em torno dessas organizações:

O partido político era o grande ator da democracia constitucional, com a tarefa de desenvolver a constituição e seu conteúdo. Com a crise dos partidos políticos e de seu papel de destaque na política constitucional, a tendência foi, segundo Fioravanti, a de emancipação da constituição da unidade política pressuposta, seja do poder constituinte, seja do Estado soberano. Este esvaziamento do papel do partido político vai ser preenchido por outro poder, que vai assumir a função de protagonista do debate e da prática constitucionais: o tribunal. Os juízes, e não mais a política partidário-parlamentar, vão se arrogar a função de concretizar a constituição. (p. 95)

A reboque dessa tal judicialização, muitas vezes tida como necessária face à “falência” do Executivo e do Legislativo, e, por isso, atuação importante à democracia e aos direitos fundamentais, vem a “politização da justiça”. Esta é considerada perniciosa com maior frequência e não tem recebido a mesma atenção que a judicialização. Politizar seria um modo de corromper o exercício da jurisdição, pois seria permitir que pressões políticas e disputas por poder interferissem na atividade jurisdicional. Boaventura Santos (2003) assevera:

Esta [a politização da justiça] consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força.

Na esteira de Boaventura, diante da tensão anunciada, a força do sistema judicial seria afirmada por uma atuação independente, livre das “pressões externas”. Seria pernicioso o contato com a distribuição de poder e a aceitação do debate ideológico (mesmo que racionalizado) perante os tribunais. Por outro ângulo, há quem considere que a politização não se trata necessariamente de algo ruim:

também a política pode ser determinante nas decisões judiciais, provocando um fenômeno oposto: a politização da justiça. Neste

caso, politização da justiça não significa que a justiça esteja submetida a interesses políticos, mas sim, que a justiça é sensível às pressões da sociedade manifestadas através de ações coletivas e políticas. (LOURENÇO NETO, LOURENÇO, 2009, p. 9)

Em que pese esta última abordagem considerar como possibilidade plausível a abertura das cortes às pressões da sociedade, parece ser reducionista ao negligenciar a perseguição do poder pelo judiciário, fazendo remissão às demandas por direitos e não mais que isso.

Há, por outro turno, uma ligação entre politização e ativismo. Como considera Benedetti, a 'politização da justiça passa a ser entendida como um reflexo do ativismo judicial onde o judiciário tenderia a decidir influenciado pela política (ou ainda pior, pelos políticos)' (2011, p. 67). Nessa tônica, o ativismo seria um elo central de um possível desvio da "atuação jurídica" do sistema de justiça. Sem descuidar das posições favoráveis ao *ativismo judicial* que o associam a uma normal judicialização, de modo que o julgador assume postura proativa a bem da concretização de uma ordem constitucional (mesmo que a despeito do texto da própria constituição), como é o caso de Barroso (2009), muitas são as críticas feitas. Talvez a mais contundente seja a de Streck:

o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma "corrupção" na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. (2014, p. 65)

O ativismo, segundo Streck e aqueles que com ele concordam, é uma proatividade não albergada pela ordem jurídica. É um extrapolar das funções judiciárias dispostas constitucionalmente, no que se distancia de teóricos como Barroso. Para este último, o ativismo interessa à construção de mais direitos, sendo interpretar o Direito a partir de outros fenômenos sociais. Não interessa, por ora, aprofundar tal debate, ambos preocupados com o protagonismo judiciário em si.

Assim, a conclusão que interessa sobre judicialização, politização e ativismo é que todos eles rejeitam embates políticos intervenientes na correlação de forças das lutas sociais por poder e hegemonia de projetos de sociedade. É nesse aspecto que esta pesquisa se diferencia e se afasta das percepções mais comuns.

Há usos políticos da jurisdição que fogem do alcance dessas teorias. Quando se trata de questões políticas, a tensão sobre o judiciário pode ser determinante e o uso que se faz de seu aparato processual-decisório passa a ser mais conflituoso que o normal, quando não for predeterminado por desígnios de regimes ditatoriais (nazismo e stalinismo, por exemplo).

Em suma, quer-se fugir de uma caracterização estanque concebida pela tripartição de poderes, desviando de percepções naturalizantes sobre o papel do judiciário. Conforme ensinam Nobre e Rodriguez, 'o normativismo próprio das noções de 'judicialização da política' e de 'ativismo judicial' vê o espaço jurisdicional como infenso à política em sentido amplo' (2011, p. 4-5), o que enviesaria o escopo do trabalho. Os autores oferecem ainda importante reflexão:

As ideias gêmeas de "judicialização da política" e de "ativismo judicial" representam um imbróglio teóricopolítico que nem sequer tem acesso à sua própria concepção de uma linguagem dos direitos que não se pluralizou. Esse problema permanece inteiramente obscurecido por uma rígida fixação institucional que ocupa todo o primeiro plano de sua concepção normativa. De modo que, para evitar o imbróglio, a primeira atitude a tomar é separar analiticamente os elementos ali amalgamados e afastar o pesado fardo de seus pressupostos normativos. Só assim nos parece possível compreender com um mínimo de clareza o que está em jogo hoje na posição que ocupam o Judiciário e o direito na política brasileira em sentido amplo. E, quem sabe, chegar mesmo a abrir futuramente a discussão sobre a pluralização da linguagem do direito e dos direitos. (2011, p. 5)

A concordância que se tem com tal ponderação parte da abertura de sentidos necessária à democratização do sistema de justiça, dessacralizando a separação de poderes clássica. Em outras palavras, os excessos ou arbítrios por parte do judiciário não serão resolvidos pela revalorização dos outros dois poderes e/ou pela criação de mecanismos de controle vinculados à doutrina da separação tripartite de poderes.

Em vez de se falar em "politização da justiça" sugere-se uma justiça politizada. Em vez de ativismo, reconhecimento de uma atuação importante na luta por direitos. Por isso, a virada vem da democratização através de controles populares, abertura ao diálogo público, transparência no exercício do poder, clareza nos usos possíveis do aparato judicial. De uma postura de rejeição à política, passar-se-ia à de compreensão e participação.

Outrossim, não é possível falar sobre o poder político exercido pelos tribunais em relação à sua posição institucional bem como de soberania se não se admitir a relação usual e inescusável entre política e jurisdição. Todavia, também não se adota o extremo oposto segundo o qual o único papel das cortes é confirmar a postura opressora do Estado em favor das elites. Há uma margem de disputa, tanto quanto possibilidades de conquistas e articulação de novas organizações políticas¹⁴, apesar da experiência histórica que aponta para a tendência de manutenção do *status quo*.

Perceber isso a partir dos casos ora estudados é um primeiro passo para uma possível mudança na ordem jurisdicional a contribuir com a emancipação social. É um modo de observar possíveis desvios e agitar possibilidades em torno de uma política democrática que possa infestar o judiciário. O despotismo juristocrático próprio das zonas de autarquia é que carecem de análise séria, entendidas essas zonas como indevida dispensa de que os poderosos justifiquem ‘racionalmente suas posições de domínio ao excluir determinados conceitos jurídicos e desenhos institucionais do debate público’ (RODRIGUEZ, 2013, p. 21). Uma vez mais, a preocupação da Dissertação é exatamente a atuação autárquica do Judiciário em sua relação tensa com a atividade política, ele mesmo se postando como interessado na disputa de poder.

Rodriguez tem denominado em seus trabalhos as posturas antidemocráticas de “figuras da perversão do direito” (2016c), como melhor se verá no subitem “2.3.” deste capítulo. Isso porque, no entender dele (com quem se concorda), a forma direito não é uma roupagem formal para atos de poder. É uma garantia democrática de estabelecimento de mecanismos de participação e controle da regulação pela sociedade. Nesse sentido, falar em nome da legalidade (que pode resultar em

¹⁴ Esse espaço de disputa está diretamente relacionado à indeterminação do direito. A justificação carregada de racionalidade jurídica não está mais relacionada a uma legalidade própria do paradigma do positivismo exegético. Não se busca uma resposta unívoca, mas também se admite uma atribuição de sentido arbitrária. Desse modo, com o uso político da justiça não se quer apontar que, necessariamente, há um desvio em relação à lei, até porque interpretações “textualistas” (RODRIGUEZ, 2013), ou seja, que tragam resultados unívocos, fogem de uma racionalidade democrática baseada na argumentação racional. Mostra-se necessário, a partir dessa premissa, ‘reformular o conceito de segurança jurídica em função da argumentação que fundamenta as decisões judiciais e não exclusivamente em função do texto legal’ (RODRIGUEZ, 2013, p. 203). Pensar a segurança jurídica, e o inevitável uso da jurisdição para fins políticos, exige ‘levar em conta o processo de aplicação e também a fundamentação das decisões judiciais’ (RODRIGUEZ, 2013, p. 214), pois um processo seguro é aquele que se legitima em pressupostos justificados ao público e submetidos à esfera pública, não se abrindo mão de incluir demandas políticas e de discutir os mecanismos utilizados para sua hegemonização no seio social a partir de critérios democráticos, como se verá melhor adiante.

arbítrio) não é o mesmo que guardar reverência à forma direito (que deve observar critérios de pluralidade democrática). Conforme reflete Rodriguez (2009, p. 132),

Num Estado Democrático, os cidadãos podem influenciar a regulação, pois a forma direito é sempre inclusiva de novas demandas. A vigência da forma direito não é um dado natural; depende de comprovação empírica. Não basta postular sua existência ou sua inexistência para que a análise que se segue se justifique.

Encerrar este item com tais advertências tem por objetivo situar a preocupação do trabalho no que se refere à atuação judiciária. O contato ou não com a política não é necessariamente ruim. O que se busca é enxergar de que forma o judiciário tem reagido com seu poderio político-estatal e como se coloca enquanto detentor de poder a fim de desvendar possíveis déficits democráticos e refletir sobre possibilidades emancipatórias. Portanto, apesar de manter relação com os debates sobre “judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”, há perspectivas peculiares deste trabalho levadas a cabo a partir do *political justice* de Kirchheimer.

2.2 O uso político da justiça

A ideia de “political justice” (1961), ou, na versão mexicana, “justicia política” (1968), traz consigo um forte conteúdo de análise da distribuição de poder nos estados nacionais burocratizados. A epígrafe escolhida pelo autor para introduzir o Capítulo I, citação a “*La Democracia en América*”, de Tocqueville, é reveladora:

É incrível o poder de opinião geralmente concedido pelos homens à influência dos tribunais. Esse poder é tão grande que continua atrelado à forma judicial quando o fundo não existe mais; Ele dá um corpo à sombra.¹⁵ (1968a, p. 1)

Trata-se da exaltação da capacidade que o Judiciário exerce na criação de um imaginário a respeito de determinado tema. Os Tribunais detêm um considerável poder de provocar ou direcionar a opinião pública, sendo reverenciados pela população mesmo que a causa, o problema, de determinada atuação judiciária em

¹⁵ No original: Es sorprendente el poder de opinión concedido en general por los hombres a la influencia de los tribunales. Ese poder es tan grande que permanece unido a la forma judicial cuando el fondo ya no existe; da un cuerpo a la sombra.

concreto já não exista mais. Exerce, pois, um poder simbólico capaz de “dar corpo à sombra” de uma ordem legal formalmente inerte.

Isso pode significar que as previsões legais, enquanto textos formalizados por órgãos oficiais, ganham relevante impacto na vida social quando atua um ente instituído para o fim de lhe outorgar aplicabilidades compulsórias, de acordo com o sentido mais adequado/conveniente apontado por esse mesmo ente. Sendo essa a tarefa do Judiciário, é possível relacionar o trecho destacado ao ditado popular muito comum no meio jurídico brasileiro: “decisão judicial não se discute; se cumpre”. Todavia, uma pesquisa jurídico-científica sobre decisão judicial e/ou funcionamento do Poder Judiciário não pode embarcar sem senso crítico nessa lógica. Precisa questionar os fatores que influenciam a tomada de decisões.

Nesse tom, Kirchheimer apresenta diversos contextos, possibilidades e casos em que o Judiciário foi provocado para responder a uma disputa política e “autenticar”¹⁶ (ou não) o poderio a ser reconhecido como legítimo em certas circunstâncias. Seria um confronto entre inimigos que judicializam seu conflito para obter ou ratificar a hegemonia político-social. A arena judicial, porém, não é a única nem a mais importante, incluindo-se como mais um polo de tensão e disputa. Como disse o teórico, ‘Provavelmente a mesma batalha está aberta simultaneamente no Parlamento e nos postos administrativos, na imprensa e na fábrica, na escola e no templo.’ (1968a, p. 2)¹⁷.

Para Kirchheimer, há muito tempo que assim funciona o Estado, com o uso da jurisdição para a distribuição de poder político. Há diferenças quanto ao regime político, à intensidade do conflito, à estrutura ideológico-estatal, à pretensão daqueles que manejam o aparato judicial. Em geral, almeja-se eliminar do cenário social, ou simplesmente enfraquecer, um inimigo político, ao passo em que um outro sujeito político se consolida ou ganha adesão das massas enquanto força política predominante: ‘Na luta ideológica para dominar a mentalidade das pessoas, os tribunais são organismos intimamente ligados com os assuntos públicos.’ (1968, p. 18)¹⁸. Comentando a tese ora apresentada, L. Bilsky explica que:

¹⁶ Kirchheimer utiliza o termo para se referir à busca por legitimação de atos políticos que se busca fazer através do acionamento do Judiciário.

¹⁷ No original: Probablemente, la misma batalla se libre simultáneamente em el Parlamento y los puestos administrativos, la prensa y la factoría, la escuela y lo templo.

¹⁸ No original: En la lucha ideológica para dominar la mentalidad del pueblo, las cortes son organismos conectados íntimamente con los asuntos públicos.

Em seu livro seminal *Political Justice*, Kirchheimer define julgamentos políticos como instâncias em que ‘a ação da corte é chamada a exercer influência sobre a distribuição de poder político’ (Kirchheimer 1961). Esta definição ampla inclui o uso do tribunal pelas elites dominantes ou por grupos externos e dissidentes para alcançar objetivos políticos por meios judiciais. Muitos escritores consideram como fator central em tais julgamentos a motivação política por trás deles¹⁹. (BILSKY, 2001, p. 11713)

Em ordens constitucionais liberais, isso ocorre devido ao prestígio de que goza o Judiciário, organização propalada como imparcial e vista como apta a fazer justiça na devida medida instituída pelas leis. Portanto, o grupo “detentor da verdade”, merecedor de maior credibilidade, teria seu pleito atendido na disputa judiciária em detrimento da parte adversa. Seriam a mais perfeita hermeticidade formal e o mais elevado grau de rigor técnico que definiriam o resultado da contenda, sem tendências pessoais, disputas ideológicas no aspecto conceitual das regras e princípios jurídicos e sem se posicionar politicamente diante da questão.

Em seu estudo, porém, o jurista alemão mostra como as percepções mais comuns ou mesmo aquelas propositadamente construídas para influenciar a população trazem concepções fantasiosas, dispostas de forma a ignorar ou até rejeitar o papel desempenhado pelas pressões exercidas sobre as cortes:

No quadro constitucional liberal, o valor do julgamento político depende das pressões psicológicas e políticas do momento. Por causa do significado das instituições e processos legais tradicionais, o julgamento é marcado por um elemento criativo de risco e imprevisibilidade, que o distingue de um desempenho de comando administrativo²⁰. (1968b)

Há, como se vê, a consciência de um grau de incertezas em torno do processo judicial que é determinante na definição do “valor do julgamento político”. Rejeita-se uma visão imaculada da jurisdição, segundo a qual casos tidos como comuns, a exemplo de um estranho assassinato da esposa de um médico, teriam o mesmo julgamento e seguiriam exatamente o mesmo critério de aplicação das leis

¹⁹ No original: ‘In his seminal book *Political Justice* Kirchheimer defines political trials as instances in which ‘court action is called upon to exert influence on the distribution of political power’ (Kirchheimer 1961). This broad definition includes the use of the court by the ruling elites or by outgroups and dissenters to achieve political goals by judicial means. Many writers regard the central factor in such trials as the political motive behind them.’

²⁰ No original: ‘In the liberal constitutional framework the value of the political trial depends on the psychological and political pressures of the moment. Because of the meaningfulness of the traditional legal institutions and processes, the trial is marked by a creative element of risk and unpredictability, which distinguishes it from an administrative command performance.’

que um caso envolvendo a morte a tiros de um político ocorrida depois de uma eleição acirrada (1968a, p. 48-49). O que se tem na prática é a inevitabilidade dos juízos com significado político. Por mais que se tente evitá-los, os Tribunais tendem a ser provocados para posicionarem-se e definirem disputas de caráter político. As garantias de procedimento constitucionais é que dariam o nível de segurança jurídica para a disputa.

O escritor não ignora, por outra via, que regimes totalitários enviesam essa tarefa e retiram a possibilidade de atuação independente das Cortes. Em tais casos, apenas o interesse oficial poderia prevalecer, com a judicatura servindo de homologadora da vontade do soberano. Nos termos apresentados, em todos os regimes políticos há “political justice”. As diferentes organizações estatais, de acordo com suas posições político-ideológicas, também comportam seu mecanismo de uso político da justiça. Uns modelos farão uso mais escancarado e desmedido do fundamento político e outros, apresentarão disfarces e até apresentarão mecanismos mais ou menos efetivos de controle. Em todos eles identificam-se três principais categorias de juízos políticos, prevalecendo um ou outro, a depender do contexto:

A. A causa que se refere a um delito comum cometido com fins políticos e executado com vistas a benefícios políticos que se podem alcançar como resultado do êxito da acusação.

B. O juízo político clássico: a intenção de certo regime para incriminar a conduta pública de seu inimigo, com o objetivo de retirá-lo da cena política; e

C. O juízo político derivativo, de onde são brandidas as armas de difamação, perjúrio e desobediência, em um esforço para criar uma má reputação ao inimigo político.²¹ (1968a, p. 47)

As três formas podem se fazer presentes concomitantemente e cada uma pode ser utilizada com maior ou menor intensidade. O objetivo comum a todas elas é desestabilizar o inimigo político, aquele que se quer desestabilizar ou excluir do debate público, ceifando sua influência. O livro em debate traz, assim, algumas nuances da utilização do aparelho judicial para objetivos políticos. Outrossim, é

²¹ No original: ‘A. La causa que se refiere a um delito común cometido con fines políticos y el ejecutado con la mira de beneficios políticos que pudieran alcanzarse como resultado del éxito de la acusación. B. El juicio político clásico: La intención de cierto régimen para incriminar la conducta pública de su enemigo, con la mira de expulsarlo de la escena política; y C. El juicio político derivativo, donde se esgrimen las armas de difamación, perjurio y vilipendio, en un esfuerzo de crear una mala reputación al enemigo político.’

inegável o destaque conferido ao juízo criminal, como pode se observar no Capítulo III, do qual se extrai que ‘o juízo criminal pode ser útil em conflitos políticos’ (1961, p. 53), com o arremate de que

A ação penal e a política parecem complementarem-se entre si, planejada a ação penal para atingir resultados políticos e a consequente ação política – eleição para o governo –, necessária para sustentar o resultado da ação penal. Mas o mesmo caso mostra que a frutificação desse paralelismo depende da credibilidade à jurisdição como um todo.²² (1961, p. 117)

Neste trabalho, o enfoque não será necessariamente o juízo penal. De inegável importância, devido à rotulagem que é capaz de criar, bem como pelas consequências políticas que pode causar (como cassação de direitos políticos e até a prisão), será abordada em um dos capítulos subsequentes, mas não por se tratar de julgamento criminal. A importância dos casos estudados daqui por diante advém das características dos julgamentos de ações de interesse de magistrados na condição de figura imbuída de poder estatal.

Antes de entrar nas particularidades dos casos analisados, para encerrar esta abordagem mais geral sobre a obra de Kirchheimer, resta apresentar o panorama do livro. Ao dividir o texto em três grandes partes, traz na primeira a delimitação do que denomina justiça política, com “casos, causas e métodos”. Mostra, então, as mudanças na estrutura de proteção do Estado em sua “evolução”, desde a antiguidade à sociedade contemporânea. É uma breve contextualização para apresentar algumas formas de atuação jurídica contra opositores políticos, sobretudo aqueles considerados inimigos de toda uma ordem política. Demonstra, assim, mudanças significativas a partir da Revolução Francesa, quando a reivindicação pela participação política abre-se, pelo menos em tese, aos indivíduos. Não perde de vista, porém, os maus usos sobressalentes em todas as conformações jurídico-formais, mesmo naquelas de caráter constitucional.

Na sequência, aborda “O juízo político”, com suas formulações, imbrincamentos entre os processos político e o criminal e análises de casos. Analisa que ‘os governos constitucionais têm sido, muitas vezes, capazes de cercar

²² No original: ‘Penal action and political action seem to complement each other, with the panl action planned for political results and the consequent political action – the gubernatorial election – necessary to uphold the result of the penal action. But the same case shows that the fructification of such parallelism depends on the credibility of the trial as a whole.’

drasticamente as atividades de seus adversários' (1961, p. 95). Apesar de se diferenciar de governos propriamente autoritários, que muitas vezes dispensam a busca por legitimidade de seus atos, desprezando a atuação judicial na eliminação de inimigos, os de caráter constitucional utilizam procedimentos previstos em lei, mas com distorções de gravidade variável para, a depender do contexto político, tomar decisão em determinado sentido. Geralmente, é mais fácil ratificar a ordem vigente, mas há pressões políticas, fragilidades do governo estabelecido, interferências midiáticas, características dos atores em conflito, dentre outros fatores que atribuem razoável grau de imprevisibilidade ao resultado.

Ainda argumenta que a jurisdição pode se apresentar como técnica política. Diz que a justiça pode ser utilizada como técnica de substituição, donde se depreende o manejo das leis e de métodos processuais para a instituição de uma verdade sobre o caso, a ser considerada como a única possível. Para Otto Kirchheimer, 'segundo parece, a jurisdição nos oferece o período histórico como seu objeto; a lei, como critério de julgamento, e o veredito como advertência para o futuro' (1968a, p. 118). É uma forma de construção do contexto histórico para a análise do caso segundo a legislação e conseqüente deliberação sobre o conflito político. Seria, pois uma técnica que possibilita a perseguição de interesses não meramente jurídicos.

Para encerrar a primeira parte, o Capítulo IV trata da "Repressão Legal de Organizações Políticas". Como se verá com maior vagar no tópico seguinte, analisa-se neste ponto 'as formas de tratamento que um regime estabelecido aplica aos grupos hostis' (1968a, p. 128). A preocupação é mostrar como os grupos majoritários tentam manter os minoritários sob controle através de técnicas legais. A repressão perpetrada contra atividades de alguns grupos políticos considerados hostis é o objeto do capítulo. Lança, para tanto, importantes questões sobre a legitimidade da repressão política, para problematizar se é democrático restringir a atividade de movimentos sociais específicos que se apresentam como opositores ideológicos.

A parte dois, denominada "O juiz, o acusado e o Estado", vai do capítulo quinto ao oitavo. Conforme exposição preliminar dessa parte segunda, são apresentadas as diferentes personagens do juízo político, com enfoque para o/a juiz/a, além do próprio réu e seu advogado. Não se entra nessa discussão sem antes apresentar algumas "condições da ação judicial" em termos de justiça política.

Os capítulos VII e VIII, por sua vez, trazem informações de notável riqueza histórica e nuances de grande relevo sobre o assunto. Contudo, ao disporem, respectivamente, sobre o Centralismo Democrático da Alemanha Oriental pós Segunda Guerra e sobre o exercício da Jurisdição durante transições políticas (como no caso do Tribunal de Nuremberg), lançam luz sobre temas que não interessam diretamente à pesquisa que ora se descortina.

Assim, ao analisar o capítulo V é possível perceber a tarefa colocada em questão no julgamento político e o papel desempenhado por seus atores. Primeiro, mostra o importante papel desempenhado pelo/a juiz/a e pelo judiciário em sua tarefa constitucional de defender as instituições com a aplicação equitativa da lei. Todavia, rechaça o epíteto atribuído aos magistrados de “soldados da lei”, com uma importante exposição de seu paradigma jurídico que atribui complexidade à tarefa hermenêutica, já que ‘A lei não é uma cadeia de comando e não conhece soldado algum que execute suas ordens’ (1968a, p. 193)²³. Nessa função, a judicialização da disputa política serve para legitimar ou deslegitimar determinadas pautas ou ações, vez que é ente apto a atribuir ou declarar a validade dos atos. Para isso, um tribunal seria democrático na medida em que garantisse sua independência em relação às vontades políticas e separasse a conduta discutida de sua própria atuação, de modo a conquistar o reconhecimento de sua competência perante a comunidade. É por isso que se justificam as garantias conferidas à magistratura (1968a, p. 196):

O juiz, seja constitucional, administrativo, civil ou criminal, tem a imunidade máxima contra todos os tipos de pressões, governamentais ou de outro tipo, por regulamentos que regem tanto em relação à sua posição de autoridade como a garantia de que, uma vez posto o caso em suas mãos, de acordo com as regras preestabelecidas para a distribuição de causas, ali permanecerá.²⁴

As garantias de independência de atuação e a formalização imparcial do processo a seu jugo não se confundem com uma atividade “apolítica”, como bem aponta Kirchheimer. A função de “individualizador de normas” e valorador de fatos não exclui o/a julgador/a da necessidade de realizar escolhas de ordem política, na

²³ No original: La ley no es una cadena de mando y no conoce soldado alguno que ejecute sus órdenes.

²⁴ No original: El juez, sea constitucional, administrativo, penal o civil, cuenta con la máxima inmunidad contra toda clase de presiones, gubernamentales o de otro tipo, por los reglamentos que rigen tanto respecto a su tenencia del puesto como la seguridad de que, una vez puesto el caso en su manos, de acuerdo con las reglas preconvénidas para la distribución de causas, permanecerá allí.

medida em que determinam os interesses prioritários e prevalentes. Por óbvio, num sistema mais democratizado há uma série de controles que tendem a não deixar o julgamento escapar das posições constitucionais estabelecidas, limitando a atribuição de sentido a uma margem tida como legítima sem excluir as diversas possibilidades interpretativas contidas nessa margem. Trata-se de tarefa das mais complexas, portanto.

Tudo isso não implica dizer que, ainda assim, o Estado não ocupa uma posição de vantagem, com o aparato burocrático disposto segundo a ideologia dominante. De tal maneira, a possibilidade de “desvios” é sempre premente. O uso da jurisdição para objetivos políticos é uma realidade subjacente aos diferentes governos. A perseguição a grupos ou sujeitos considerados “desviados” é vista como uma questão de autoafirmação e manutenção da supremacia. As disposições legais consideradas cláusulas abertas geralmente beneficiam a interpretação mais favorável ao regime vigente. Nesse sentido, o autor volta a reafirmar sua confiança na democracia constitucional como meio de contenção, valorizando a liberdade de expressão da opinião pública e o fácil acesso dos “inimigos” (pode-se ler opositores) do governo aos tribunais, bem como pela atuação policial dentro de um padrão burocrático assemelhado ao dos demais órgãos constitucionais.

Voltando ao papel do/a juiz/a, coloca-se a questão de como se constrói a opinião exposta numa decisão judicial. Uma série de fatores são colocados como influentes: precedentes judiciais, opinião pública, identificação do/a magistrado/a com a causa, contexto sociopolítico, questões inconscientes etc. Essas correlações não são objetivas e não estão claras a uma lógica racionalizável. Varia de caso a caso, mas deve guardar relação com a ordem positiva em vigor, priorizando-se os valores coletivos em detrimento dos pessoais, sob pena de autoritarismo. Essa margem que se abre é, algumas vezes, manipulada em favor de certa fórmula de poder, estabelecendo típico juízo político.

Já o capítulo VI traz duas perguntas iniciais merecedoras de destaque (1968a, p. 246):

Em que termos discerne o réu, que representa determinada causa, suas relações com o tribunal? Em que reside a diferença fundamental entre uma defesa comum e outra cujo objetivo principal

é destinada a outras considerações, que estão além da obtenção de uma decisão judicial favorável?²⁵

Em reflexões em torno de tais questionamentos, inicia-se com breve exposição de dois julgamentos considerados como os mais ressonantes da história: o de Jesus e o de Sócrates. Ambas as situações chamam a atenção para a postura adotada pelos réus, que defenderam suas convicções mesmo diante da consequência que se lhes apresentou: a pena de morte. Sacrificar-se por consequência de julgamento teve o efeito político inverso ao almejado pelas autoridades, já que as duas figuras eternizaram-se e tiveram suas ideias mantidas como influência de todas as gerações subsequentes. Tem-se aqui casos nos quais os acusados não viram o tribunal como obstáculo e fizeram sua defesa sem articular estratégias de absolvição, sem preocupação com uma decisão que fosse favorável a sua pessoa, priorizando a preservação dos ideais por eles representados.

Na sequência, analisa-se a identidade de grupo daqueles confrontados em julgamento político. A doutrina e a lealdade à comunidade política que representam são dois elementos que criam um vínculo entre o sujeito e o grupo a ponto de o acusado estar em juízo não necessariamente por seus atos, mas por representar tal ou qual coletividade. Doutrina e lealdade agem de forma independente, estando mais ou menos presentes a depender das características do coletivo. Essas características influenciam no próprio julgamento, pois interferem no modo como o réu é percebido pelo tribunal. Porém, há que se ressaltar que nem sempre uma decisão desfavorável ao grupo enfraquecerá o movimento. O judiciário pode figurar apenas como uma etapa menos importante de uma disputa política mais ampla, com outros focos de pressão mais determinantes. Várias vezes o autor cita exemplos de movimentos revolucionários de sua época, o que não interessa neste momento.

Traz também situações de quebra da lealdade, sobretudo através de informações dadas por um membro do grupo submetido à pressão, atitude denominada delação. É uma das condutas mais perniciosas e degradantes para uma agremiação política, que tem nela uma verdadeira traição. Mesmo assim, em casos excepcionais, quando a população abraça a causa do grupo dissidente, é possível que um juízo político sirva não para destruir os opositores, mas para

²⁵ No original: ¿En qué términos columbra el reo, que representa determinada causa, sus relaciones con el tribunal? ¿En qué estriba la diferencia fundamental entre una defensa común y otra cuya finalidad primordial tiene por objeto otras consideraciones, que se hallan más allá de obtener un fallo favorable del tribunal?

fortalecê-los (1968a, p. 258). Então, a traição assume grande potencial destrutivo, mas pode ser determinante para trazer o poder político aos “inimigos” do regime. Ao mesmo tempo, demonstra o cuidado que se deve ter ao combater a divergência, dado que o ataque indiscriminado deslegitima o governo e desestabiliza a ordem.

Para arrematar o papel dos atores, já que se viu a atuação do/a juiz/a e da/o ré/u, exploram-se diferentes possibilidades de posição ocupada pelo/a advogado/a. O grau de identificação com o cliente é o primeiro ponto. Como bom/a defensor/a de seu constituinte, há que se ter um vínculo de confiança em nível suficiente a garantir uma boa articulação de argumentos. Contudo, quando há conflito em relação às posições pessoais do/a causídico/a e a demanda posta, há um inevitável questionamento sobre a coerência da defesa. Por vezes, críticas foram proferidas nesse sentido, gerando menosprezo contra a advocacia.

Por via diversa, quando há identificação do/a profissional com o interesse representado judicialmente, o bom exercício da profissão teria maior possibilidade de êxito. Mesmo nessa hipótese, questões éticas (e até penais) sobre o limite que o/a advogado/a precisa observar na defesa de seu cliente são suscitadas. A própria representação de determinado réu, em governos não democráticos, pode representar por si só o cometimento de falta grave ou de crime. Em democracias, há que se admitir o maior grau de liberdade na atuação advocatícia, que não pode estar em conluio para encobrir ou facilitar violações à lei, limite esse muitas vezes controverso.

O/A advogado/a tem por função, pois, traduzir para os termos jurídicos a posição de seu constituinte, formulando, em tarefa criativa, interpretações aptas a lhe conferir legitimidade. Se sua convicção é reconhecida como verdadeira, e não simplesmente como uma estratégia bolada sem vínculo com a atuação cotidiana do/a profissional, sua aceitação resta facilitada. Por isso, a filiação ideológica do/a advogado/a pode influenciar no resultado de um julgamento político. A própria tática defensiva pode depender de tal filiação, já que a causa pode demandar uma defesa mais combativa e entusiasmada.

Já a escolha da maneira como se posicionará perante o tribunal pode custar conflitos profissionais, os quais estão sempre latentes num juízo político. Para evitar que essas questões se tornem determinantes para o julgamento ou mesmo para o tratamento dispensado a/o profissional, garantias democráticas devem ser fortalecidas. Kirchheimer apresenta uma regra do estatuto de advogados da

Alemanha ocidental de 1958, o qual tem afastado as preferências políticas como critério de recrutamento e licenciamento. O mesmo deve servir para a consideração devida a/o causídico/a em juízo.

O encerramento do capítulo é apresentado com o caso da internacionalização do juízo político. Tem havido um deslocamento não só de discussão política para organizações internacionais como também a criação de tribunais de jurisdição internacional tem ganhado proeminência. O potencial de legitimação pela análise internacional tem aumentado, até com o aumento da vinculatividade das decisões externas sobre as nacionais. É uma breve abordagem, mas de extrema relevância, sobretudo nos dias atuais, com criação de esferas transnacionais de discussão, o que será tratado em capítulo específico deste trabalho.

Ao final, a terceira parte do livro, apesar da grande importância teórica e das relevantes considerações históricas, não trazem muito suporte para refletir os casos pesquisados doravante. Portanto, faremos considerações menos aprofundadas sobre ela, apenas mostrando sua composição para, quando muito, tecer comentários comparativos entre os temas do livro e os problemas em análise. Os capítulos IX e X abordam, respectivamente, o asilo político e a clemência. Demonstra-se como cada um desses juízos tem forte conotação política.

No último capítulo, o XI, observa-se um resumo sobre a justiça política. O autor traz interessantes conclusões e arremata sua abordagem com explicações claras sobre o que foi debatido no transcorrer da obra. Diz, enfim, que a justiça política pode ser questão de ‘necessidade, eleição/escolha e conveniência’ (1968a, p. 460 e seguintes). Pode-se julgar necessário socorrer-se com a justiça política, a fim de dar uma resposta a uma grave ameaça ou afronta. Pode-se também, dentre um rol de opções que envolve tolerância com o opositor “de princípio” (seria melhor dizer principiológico) ou sua completa repressão, escolher qual é a mais benéfica ou que atende aos interesses predominantes.

Há, ainda, a análise da conveniência de ‘ganhar, estabilizar ou destruir determinadas posições políticas, manobrando para isso a opinião pública mediante um juízo político’ (1968a, p. 460). Segue-se com a retomada da ideia de uso das cortes como artifício técnico, destacando a diferença do “espaço judicial” numa ordem constitucional daquele mantido num regime totalitário. No primeiro, há uma margem de incerteza e a observância mínima (ou pelo menos aparente) de garantias processuais. No segundo, há uma total absorção do ideal político pelos

Tribunais, deixando transparecer o arbítrio e abrindo mão da credibilidade que deles se espera. Encerra-se o capítulo com a derradeira consideração de que o juízo político é um atalho ‘necessário e grotesco, benéfico e monstruoso, mas de todos os modos um atalho’ (1968a, p. 472). Necessário e benéfico é o instrumento na medida em que permite que o instrumental jurídico limite o poder político. Grotesco e monstruoso porque pode utilizar de métodos forçosos e irregulares para conferir o rótulo de justa a uma causa política específica, mesmo que viole direitos.

Encerrando o livro, apresentam-se os Apêndices “A” e “B”. Um sobre “O Império Romano e os cristãos” e o outro sobre “Guillaume Du Vair”. Poucas páginas são dedicadas a cada um dos casos, mas sem grande impacto nos objetivos perseguidos nesta pesquisa. São amostras de situações específicas de juízo político.

Conhecida a obra, resta debruçar sobre os problemas que instigam o presente estudo.

2.3 Uso político “das Cortes pelas Cortes” e as “Figuras da Perversão do Direito” num “sistema pemedebista”

Já se falou a respeito de algumas análises sobre “judicialização”, “politização” e “ativismo”, sempre se apontando elementos diferenciadores do presente estudo. Resta, porém, firmar posição quanto aos problemas democráticos que uma relação mascarada entre Direito e Política ocasiona. Sem entender a inserção do Judiciário na distribuição de poder entre grupos sociais de interesse (econômico, cultural, ambiental, de manutenção do patronato (FAORO, 2012) etc.), não é possível enxergá-lo como ente interessado nas tramas políticas.

Analisando o atual sistema político brasileiro, Nobre (2013) anuncia o “pemedebismo” como formulação institucional concebida historicamente e que afeta todos os âmbitos da organização estatal. Sua formulação aponta cinco elementos constitutivos desse sistema político (2013, p. 14): governismo; supermaiorias legislativas; sistema hierarquizado de vetos e de contorno de vetos; impedimento à entrada de novos membros; e bloqueio de oponentes ainda nos bastidores.

Respeitadas as características jurisdicionais, as Cortes participam dessa lógica de funcionamento, sobretudo pela participação ativa na dinâmica dos vetos e, o mais importante para este trabalho, pelo controle da entrada de novos membros

combinado com o bloqueio de oponentes ainda nos bastidores. Marcos Nobre não formulou a fundo os reflexos do pemedebismo sobre o Judiciário, mas expôs seu pensamento traçado a partir do uso do STF para o “contorno de vetos”:

É comum ouvir que movimentos de contorno de veto como esses [sobre o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas] representariam uma “judicialização da política” ou o exercício de um “ativismo judicial”. Como se o Judiciário estivesse indo além do que seria o seu domínio próprio, invadindo competências que pertenceriam ao Legislativo e mesmo ao Executivo. Nessa visão, o Judiciário teria já uma espécie de espaço predeterminado de atuação, fixo, imóvel e imutável, estabelecido sabe-se lá por que mente iluminada, que sabe de antemão como as coisas devem ser, independentemente das disputas políticas concretas. **De acordo com essa visão privilegiada, o Judiciário brasileiro seria, no final das contas, algo como uma porta dos fundos do sistema político.**

Quando se afasta uma visão redutora como essa, o Judiciário passa a ser entendido como integrante pleno do sistema político, tanto quanto o Legislativo ou o Executivo, com a especificidade que lhe é própria, **mas ele também atuando segundo a lógica pemedebista que domina o sistema.** (2013, p. 17-18)

O sistema de vetos a que se refere o filósofo é um conceito por ele utilizado para representar os bloqueios que o pemedebismo impõe aos potenciais transformadores dos sistemas político e social. Cada sócio (grupo de interesse arraigado ao poder oficial) do condomínio (política de conchavos suprapartidários que controlam o fluxo e a direção da “correnteza”) busca barrar, ou seja, vetar aquilo que não lhe pareça benéfico. Não se trata, pois, do veto presidencial necessariamente. É um poder geral utilizado pelos atores para conter determinadas pautas. Assim, para ultrapassar o veto estabelecido no parlamento, por exemplo, estratégias são criadas para contorna-los sem bancar o ônus político do enfrentamento direto, circunstância que pode culminar na provocação do Judiciário.

Para além disso, seguindo a linha de pensamento de Kirchheimer, é possível perceber que os Tribunais também são utilizados para eliminar inimigos na cena política, o que Nobre define como bloqueio de oponentes. Muito próximo a isso é o impedimento da entrada de novos membros, exercido ‘de maneira a tentar preservar e aumentar o espaço conquistado, mantendo pelo menos a correlação de forças existente’ (2013, p. 14). Ocorre que não são apenas os integrantes do Legislativo e do Executivo que atuam com esse objetivo em benefício próprio. O Judiciário também o faz e muitas vezes utiliza de sua própria estrutura para fazê-lo.

Daí é que se podem trazer pelo menos dois pontos a compreender sobre a relação do Judiciário com o poder político. Por um lado, há uma conjuntura a anunciar o poder judicante como partícipe *ad hoc* da política nacional, envolvido com as pressões externas, mas sem se situar diante da vida pública de forma aberta. Membros do Executivo e do Legislativo têm interesses e, bem ou mal, submetem-se ao crivo direto da opinião pública. O Judiciário teria apenas relação com a “legalidade” e, apesar de a opinião pública impactá-lo, não está sujeito a uma reprovação tal que possa modificar sua composição. Apresenta-se, pois, como uma conjunção de pessoas seletas cujos privilégios são justificáveis e cujo poderio é inquestionável e essencial à “estabilidade” da “ordem social”.

Por outro lado, os Tribunais têm utilizado cada vez mais a jurisdição para criar verdades sobre si, ou seja, para autenticar a posição de seus membros e as ideias que lhes interessam. Possuem uma estrutura que, vista como responsável por declarar o que é certo ou errado nas relações sociais em caráter incorrigível, estaria fora do alcance das transformações possíveis. Assim, dizem o que pode ou não ser dito, escrito e feito em relação aos órgãos judicantes a eles vinculados. Os casos estudados doravante tendem a dar conta dessa questão.

O problema principal para esse tipo de estruturação reside na ausência de controle dessas atividades autorreferentes levadas a cabo pelas Cortes. Parece não haver instância devidamente organizada e disposta no sentido de estabelecer freios e contrapesos. Em tal ordem de fatores, para usar o pensamento crítico de Rodriguez, estar-se-ia diante de “figuras da perversão do direito”, pois o caráter democrático de uma racionalidade constitucional-ocidental de estado de direito não poderia estar atrelado à ausência de controles.

O autor, avançando em seus recentes estudos em Teoria Jurídico-Crítica, extrai de suas três principais obras (2009, 2013, 2014) desvios ou afrontas ao caráter democrático, o que considera “figuras da perversão” do Direito. Em recente trabalho, esclarece (2016, p. 103):

Em um estado de direito, insistimos, as normas que regulam nosso comportamento devem ser responsivas aos desejos e necessidades sociais, seja em sua criação, seja em sua aplicação. A criação de normas **que não passem pelo crivo da sociedade** ou **que atinjam de forma injusta determinados grupos e não outros** caracterizam a **perversão do direito**, a qual faz com que o estado de direito passe a funcionar de maneira patológica, **frustrando a promessa que este regime faz às sociedades** nas quais está presente. (grifo nosso)

As “promessas” a que se refere Rodriguez dizem respeito àquilo que considera básico em um estado de direito (2016, p. 102-103):

Nesse sentido, qualquer instância de poder, nacional, internacional ou transnacional que reivindique a ideia de **estado de direito** para justificar seu poder abre espaço para um **processo ininterrupto e imprevisível de politização que terá como objetivo fazer valer a promessa contida em tal ideia, por meio de reivindicações que irão procurar incluir interesses [ex]cluídos e, por via de consequência, questionar a distribuição de bens, poder político e poder simbólico instituídos e garantidos por aquelas regras.** (grifo nosso)

Como se vê, a patologia própria de um sistema pemedebista, em seu bloqueio a mudanças, fechamento ao debate democrático e tratamento excludente, quando observada no Judiciário, é que traduz a “perversão do direito”. Esta, por sua vez, foi pensada inicialmente segundo três figuras descritas por Rodriguez (2016c): fuga do direito, legalidade discriminatória (originalmente denominada falsa legalidade²⁶) e zona de autarquia.

Essa atuação do Judiciário contrariamente ao Direito (compreendido nos moldes de estado de direito supra expostos) também é visualizada no uso político das Cortes pelas próprias Cortes. Isso porque a tentativa dos poderosos de perverter o direito está relacionada com a utilização do direito ‘para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos’ (RODRIGUEZ, 2016c, p. 103). Logo, ao se utilizar de sua estrutura e da atribuição de sentido aos elementos jurídicos por elas manipuláveis para decidir sobre questões que interessam a seus membros, as Cortes podem “fugir do direito”, agir com “legalidade discriminatória”, criar uma “zona de autarquia” ou tudo isso junto.

Ciente de que conceitos críticos não podem ser cristalizados, não há como precisar ou enquadrar cada caso numa figura da perversão específica. Portanto, na sequência do trabalho, ao investigar cada situação-problema, serão feitas aproximações entre os usos políticos da jurisdição pelo judiciário com as perversões do direito de Rodriguez, tipicamente pemedebistas, sem preocupação em realizar rigoroso enquadramento.

²⁶ O autor submeteu essa nomenclatura a revisão. Por questões de adequação a seu pensamento e às críticas que promove à racionalidade jurídica brasileira, tem optado por utilizar “legalidade discriminatória” em vez de “falsa legalidade”, o que não tem interferido do significado atribuído a tal categoria.

Então, para encerrar, importa dizer em quais aspectos, abstratamente, o “uso político” aqui estudado se aproxima de cada uma das “figuras”. Entendendo a fuga do direito como o abandono a uma forma racional de justificação do poder, afastando a sociedade da regulação (criação e aplicação de regras jurídicas); a legalidade discriminatória como o uso de regramentos pretensamente universais de forma seletiva, com o objetivo de excluir/discriminar/prejudicar grupos ou estabelecer privilégios; e a zona de autarquia como o estabelecimento de medidas/interpretações arbitrárias diante da margem interpretativa não unívoca dos textos legais, a criar “modelos meramente simbólicos de legitimação das decisões”; não é difícil promover paralelos entre os fenômenos ora pesquisados e as noções do jurista brasileiro.

O uso da jurisdição para fins políticos de interesse dos Tribunais (ou de parte deles) pode afastar do debate público certos temas (principalmente quando se restringe a liberdade de expressão, por exemplo), como também discriminar certas pessoas, *e.g.* através de interpretações mais punitivistas a seus críticos. Do mesmo modo, é possível legitimar o poder jurisdicional de forma simbólica, com legalidade aferida pela própria Corte, mas sem respaldo político-social.

Para verificar tais ocorrências, resta analisar alguns casos, como se exporá no capítulo subsequente. Antes disso, vale refletir sobre a busca de soluções para os bloqueios institucionais que acabam de ser apresentados.

2.4 Em busca da Dissolução dos Bloqueios Institucionais: para além da teoria clássica de tripartição de poderes

No intuito de enfrentar os bloqueios institucionais citados acima, uma aposta possível é no modo de integração social democratizada apta a conceber novas institucionalidades e novos esquemas de controle do poder.²⁷

Os estudos das análises de Habermas, agregadas as reflexões de pensadoras como Nancy Fraser, permitem perceber que, numa perspectiva crítica, a análise habermasiana do direito é profícua e permite uma reformulação institucional permanente através do uso da razão comunicativa. Preocupado com a integração

²⁷ Rodriguez (2013b) argumentou que a racionalidade do império do direito, ao disponibilizar a juridicidade em favor de novas demandas e carências sociais, tem um efeito desintegrador numa sociedade desigual. Isso porque o processo de legitimação democrática do poder pela via do direito exige um constante questionar da institucionalidade hegemônica e normalizadora do status quo.

social, o filósofo chegou à conclusão de que o direito é elemento basilar para uma vida em sociedade que busque vínculos de solidariedade. Então, reflete sobre o tema nos seguintes termos:

Como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais? O médium do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado. (2012, p. 25)

As pretensões de validade tensionadas por uma facticidade social são, para Habermas, atingidas através do direito. Mas não é um direito positivo qualquer. Para ele, 'a positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas' (2012, p. 54).

Por esse motivo, considerando o viés democrático que atribui ao direito bem como o caráter procedimental que enxerga no sistema jurídico, no que pode ser associado a Neumann, a ideia de direito habermasiana é impactante na busca de um sistema de justiça emancipatório. Isso porque acolhe uma multiplicidade de características e de disputas institucionais capazes de englobar as complexidades sociais sem enrijecer ou abstratizar os processos de reprodução social.

De igual maneira, reconhece no direito moderno 'um meio extremamente ambíguo de integração social' (2012, p. 62), devido à possibilidade de diferentes necessidades de diferentes grupos serem abrangidos e até mesmo pela existência de situações em que o direito positivo apenas confere legitimidade às manifestações de poder ilegítimo. Por isso, sua vinculação com a democracia torna-se necessária, com o devido esclarecimento de que 'o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito' (2012, p. 146).

Há problemas nessa proposição, na medida em que a comunicação teria na *esfera pública* um espaço privilegiado de discussão, esfera entendida como a reunião de pessoas privadas em um público para reivindicar 'esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a autoridade, a fim de

discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada [...], as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social' (1984, p. 42). Trata-se da esfera pública tipicamente burguesa, a qual, sem a devida preocupação com as desigualdades existentes na sociedade capitalista, pode reproduzir e acentuar exclusões. Fraser, assim, após apontar a grande contribuição e a indispensabilidade do pensamento de Habermas, traz seus limites e sugere uma esfera pública que valorize as diferenças, em vez de colocá-las em suspenso (o que foi levado em conta por Habermas em trabalhos posteriores):

Aquí creo que encontramos una dificultad muy seria en concepción burguesa de la esfera pública. En la medida en la que el hecho de poner las desigualdades sociales en paréntesis durante la deliberación significa proceder como si ellas no existiesen cuando de hecho si existen, este hecho no promociona una paridad en la participación. Al contrario, una tal puesta entre paréntesis normalmente ofrece ventajas para los grupos dominantes en la sociedad y desventajas para los subordinados. En la mayoría de los casos sería más apropiado quitar los paréntesis alrededor de las desigualdades en el sentido de te-matizar a éstos explícitamente, un punto acorde con el espíritu de los trabajos tardíos de Habermas sobre la ética de la comunicación. (FRASER, 1999, p. 152)

Para Fraser, o diálogo a constituir uma esfera pública plural e democrática deve se dar considerando as fragilidades/opressões sofridas por cada grupo social. Ao mesmo tempo, não concebe uma segregação tal que impeça a formação de uma sociedade integrada, inclusive na esfera transnacional, pois vislumbra que os discursos tendem a sofrer influências recíprocas e as pessoas, ao se perceberem como membros de públicos mais amplos, tornam seus atos comunicativos integrantes de um todo mais abrangente, ou seja, assumem “orientação publicista”. Também não idealiza os grupos sociais, reconhecendo neles características antidemocráticas e anti-igualitárias. É o que ela denomina “contrapúblicos subalternos”:

Este argumento [de que existem públicos diferentes em competição] adquire un apoyo adicional de la historiografía revisionista de la esfera pública, incluyendo cambios muy recientes. Esta historiografía registra que: miembros de grupos sociales subordinados -mujeres, trabajadores, gente de color, y homosexuales y lesbianas- en repetidas ocasiones- han encontrado las ventajas de constituir públicos alternativos. Propongo designar a éstos con el término de Contrapúblicos subalternos, para señalar que se trata de escenarios discursivos paralelos en los cuales los miembros de los grupos

sociales subordinados crean y circulan contradiscursos para formular interpretaciones opositoras de sus identidades, intereses y necesidades. (FRASER, 1999, p. 156-157)

Como bem destaca a autora, há interesses e necessidades conflitivos entre os públicos heterogêneos que compõem as sociedades, o que foi levado em conta por Habermas, sobretudo em “Further Reflections on the Public Sphere” (1992). Também no “Prefácio à nova edição” de *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, o autor alemão refletiu sobre algumas críticas feitas à obra e fez considerações importantes: ‘As tensões que brotam na esfera pública liberal precisam aparecer de modo mais evidente como potenciais de autotransformação.’ (2014, p. 48), reconhecendo um déficit de seu pensamento original, o qual negligenciou as disputas travadas no interior da esfera pública e a pluralidade de públicos com diferentes interesses em debate. Assim, diante da diversidade de coletividades, vislumbrou uma “esfera pública policêntrica”, em que há competição.

Bunchaft (2014, p. 170), estudiosa da obra habermasiana, considera que o teórico alemão ‘passou a admitir a coexistência de esferas públicas concorrentes, analisando as dinâmicas dos processos de comunicação que são excluídos da esfera pública dominante’. Combate-se, pois, uma “racionalidade” excludente que perpassa a esfera pública dominante, criadora de privilégios e que afasta as possibilidades de controlar quem detém o poder.

Quanto ao funcionamento do sistema de justiça, essas construções das esferas públicas plurais podem banhar o Judiciário a fim de reformular sua estruturação para democratizá-lo. Bunchaft (2016, p. 166), por exemplo, lança a tese do “Constitucionalismo Democrático-Paritário”, que tem como tarefa ‘resguardar o poder de deliberação dos cidadãos e dos grupos vulneráveis em relação aos procedimentos e às instituições político-sociais, para que estes sejam desprovidos de assimetrias’. Ao associar elementos do *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel com os diálogos sociais em *contrapúblicos subalternos* e paridade de participação de Fraser, mostra que sua inovadora formulação ‘incorpora como preocupação central a análise específica e atenta das estruturas de poder que perpassam os processos deliberativos’ (BUNCHAFT, 2016, p. 162).

É uma teoria que muito tem a contribuir com a construção de uma jurisdição mais próxima dos cidadãos e das esferas públicas não dominantes. Interpretando esse novo conceito jurídico-político-filosófico, Jéssica Cristianetti, em sua

Dissertação de Mestrado (2016), articula com propriedade o núcleo do pensamento de Bunchaft, usando como exemplo a discussão do STF em torno da chamada “união homoafetiva”, com repercussão aos direitos de minorias sexuais e da própria construção binária do gênero. Segundo Cristianetti,

O Constitucionalismo Democrático-paritário **pressupõe um Judiciário proeminente** que, a partir da **interação com os movimentos sociais**, atenua de maneira juridicamente sensível às demandas de minorias sexuais, desconstruindo mecanismos institucionais na esfera da paridade de participação e viabilizando suas condições de reconhecimento, de redistribuição e de representação. Se a paridade de participação envolve uma noção de processo, que especifica um padrão procedimental pelo qual é possível avaliar a legitimidade democrática das normas, então essa reflexividade também se aplica a **processos hermenêuticos de interpretação constitucional**. (2016, p. 140) (grifo nosso)

O problema que nos ocupa, porém, insere um ingrediente a mais e toca numa dificuldade aqui tida como central. Quando o próprio Judiciário está implicado na disputa por poder e os interesses de seus membros são colocados em questão, como se promoverá a abertura do sistema aos contrapúblicos, aos estigmatizados e aos cidadãos em geral? Nesse ponto em particular, a aposta de Bunchaft de um *Maximalismo Constitucional*, com a proeminência judiciária em “processos hermenêuticos de interpretação constitucional”, parece não resolver completamente o problema. Uma atuação proeminente do Judiciário contraposta à falência do Executivo e do Legislativo já é realidade que, sem dúvidas, tem muito a ganhar com o Constitucionalismo Democrático-Paritário. Contudo, se for colocada em questão a simultânea “falência” do sistema de justiça quanto ao modo como ele se apresenta no seio social, a resposta requer outros elementos. Aí emerge a dificuldade: sem controlar democraticamente uma esfera de poder cada dia mais pujante, não haverá democracia nem transformação emancipatória. Logo, o protagonismo deve vir acompanhado da contenção social.

Nesse sentido, é possível dizer que há a necessidade de abertura das instituições, inclusive do judiciário. Não só do ponto de vista da decisão a ser tomada como também, e principalmente, no que concerne à legitimação de sua atuação como um todo. Conforme assevera o prof. Rúrion Melo em suas análises sobre a radicalização da democracia, ‘os impulsos democráticos da sociedade não cabem, por assim dizer, dentro das configurações institucionais tradicionais do

Estado de direito'²⁸ (2016, p. 72). O esquema estatal não pode, assim, tomar como fundamento sua ordem legal-burocrática, tornando-se autorreferente. É necessário que seja influenciado pelas esferas públicas, notadamente por esferas públicas informais, a fim de suplantar as “barreiras de poder”, democratizando, em contrapartida, a circulação desse poder. Nas palavras de Melo:

Em outros termos, a esfera pública pode descrever as *mediações* entre fenômenos práticos do espaço social e as decisões e modos de atuar das autoridades estatais, isto é, a dinâmica de processos democráticos. Pois as tomadas de decisão política pretensamente legítimas geralmente são precedidas pelos fluxos comunicativos gerados em esferas públicas informais, e estas, por seu turno, podem qualificar e influenciar o conjunto de justificação das corporações parlamentares, do judiciário etc. (2016, p. 77)

A partir dessa ideia de esfera pública, inserida nos *processos de circulação do poder* (MELO, 2015), é que se pode construir um ponto de partida comprometido com a emancipação e social ‘colocando no centro do diagnóstico do presente, portanto, as relações entre política e direito’ (MELO, 2015, p. 26). Daí que para conter ou controlar um poder parte-se da participação pública informal em seu funcionamento e se reforça com a existência de uma via institucional capaz de impor limites a quem exerce o chamado poder soberano. O Constitucionalismo Democrático-Paritário, de Bunchaft, é uma boa alternativa para instituir uma (dentre outras que possam ser concebidas) ferramenta de diálogo e participação nas deliberações judiciais. Contudo, por não ser o problema de investigação da autora, não é construída uma fórmula de limitação, necessária ao escopo deste trabalho.

Noutra via, o que se tem hoje a título de controle são mecanismos de autocontenção judicial. É uma forma de confiar que o sistema de justiça atuará de maneira contida pelo senso democrático de seus próprios integrantes. É colocar na mão dos interessados(as) a prerrogativa de impor limites ao poder detido por eles e elas. É, enfim, acreditar mais no “bom senso” para reconhecer limites de magistrados(as) e integrantes do Ministério Público do que dos demais sujeitos (sejam outros detentores de poder ou não).

²⁸ Já se tem apontado neste trabalho que, para tornar o Estado sensível à esfera pública, é necessário redesenhar suas formas institucionais. O tema será retomado na sequência, mostrando-se que a organização estatal tende a criar barreiras contra os fluxos de poder periféricos, o que geralmente pode ser superado através de revoltas sociais.

Mesmo em termos de teoria clássica de tripartição de poderes há uma limitação do modelo proposto. Se a ideia formulada por Montesquieu era de limitação recíproca entre os detentores de poder²⁹, um vazio transparece quando o judiciário escapa dessa lógica e define alguns aspectos de sua atuação sem se preocupar com critérios de legitimação externos. Seu estatuto “técnico-jurídico” é visto, por vezes, como suficiente para sustentá-lo, já que, segundo Rodriguez, ‘é ainda dominante no debate público brasileiro a ideia de que o Judiciário é (e deve ser) o último bastião da “técnica” (2013, p. 180-181). Em outras palavras, apesar das novas atribuições, responsabilidades e demandas sociais colocadas ao sistema de justiça, prevalece a velha ideia quanto à justificação do poder.

O que se esquece é que, em Montesquieu, o papel atribuído à jurisdição é muito mais tímido. O próprio acesso à justiça era tema distante dos debates. Julgar era uma espécie de ratificação da “vontade popular” inculpada quase que matematicamente na lei, cuja margem de interpretação era sequer reconhecida. Ao se alterar esse paradigma da atividade jurisdicional, parece não ter havido uma contrapartida nem em termos de abertura à dita soberania nem em termos formais de controle, abandonando-se, numa análise mais cuidadosa, a teoria consagrada pelo Barão, pois

A cristalização da visão de que os poderes são três e de que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de *O espírito das leis* nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a

²⁹ Tendo adotado a teoria tripartite, a preocupação maior de Montesquieu era de que “o poder contenha o poder”. A doutrina do direito, quando bem elaborada, aponta essa característica, mesmo que não aprofunde o tema ou não o tome como problema de institucionalidade democrática a ser posto em questão. Nesses termos, é possível colacionar autores como José Afonso da Silva (2005), J. J. G. Canotilho (1999), Ana Paula de Barcellos (2002) e Carlos Augusto Alcântara Machado (2005). Este último bem considera o seguinte: ‘Percebeu Montesquieu, considerando as lições de John Locke (*Segundo tratado do governo civil*), que, para combater o absolutismo monárquico e o conseqüente abuso do poder, somente o poder seria capaz de conter o poder (“*Pour qu’on ne puisse du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, lè pouvoir arrête lè pouvoir*”). Fundamentado nessa premissa e diante de tal necessidade, concebeu a conhecida *tripartição orgânica das funções estatais*. As funções estatais típicas – já identificadas desde a Antiguidade clássica por Aristóteles (*A política*) – deveriam ser exercidas por órgãos distintos.’ (2005, p. 166). Como se vê, o mais importante do pensamento do teórico francês é seu embasamento, sua premissa, para chegar à noção de tripartição. A necessidade de limitar o poder é, assim, no registro de uma teoria crítica, mais importante do que a noção abstrata da existência de “três poderes”, mantendo-se a relevância, pois, da reflexão empreendida pelo Barão.

constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. (RODRIGUEZ, 2013, p. 185)

As próprias concepções mais comuns de “judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”, consoante retratado anteriormente, possuem ligações com uma tripartição estática dos poderes estatais. A soberania popular é pensada de acordo com o esquema de “funções típicas” e “funções atípicas” de cada poder, diante do que seria possível visualizar com uma certa clareza os desvios ou os excessos. Contudo, a configuração social mudou e, ainda nas palavras de Melo, ‘não se luta ‘contra’ a democracia e o direito, ou simplesmente ‘ao lado’ deles, mas por mais direitos, mais pluralização da representação e pela radicalização da democracia’ (2015, p. 15). Daí que a “luta por mais direitos” não observa uma formulação abstrata das emanações de poder pelo Estado. É nos embates, nas disputas cotidianas, que ocorre a “Luta por direitos na democracia” (Rodriguez, 2014) e, conseqüentemente, se constrói na realidade a relação entre os poderes, desvinculada de uma estruturação estanque concebida logicamente (Rodriguez, 2013b, p. 96).

Outrossim, o judiciário precisa ser entendido para além do seu papel de realizador *ad hoc* de políticas públicas³⁰. A linguagem dos direitos na disputa emancipatória por integração social tendente a abolir sistemas de exclusão, discriminação, opressão de todos os tipos, requer muito mais do que a atribuição ao judiciário da tarefa de realizar políticas, como por exemplo a distribuição de medicamentos no âmbito da saúde pública. A autoridade do judiciário na condição de partícipe da distribuição de poder social e centro de emanação de poder político é que precisam entrar na ordem do dia, sem apego a concepções clássicas de ideias historicamente concebidas para resolver problemas de um determinado momento. Por isso Kirchheimer guarda uma perspectiva diferenciada, que ultrapassa o debate “judicialização”, “politização”, “ativismo”. Ao perceber o sistema de justiça como via própria à disputa política, com relevantes efeitos na correlação de forças na sociedade, apontou um fenômeno pouco explorado do ponto de vista de uma racionalidade jurídica, vez que em geral esse tipo de caso é visto como uma

³⁰ Há uma vasta bibliografia sobre a atuação judiciária em relação às políticas públicas, como é o caso do livro “Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos”, de José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum (2016).

“disfunção”, o que impede um debate público amplo não para extirpá-lo, mas para democratizá-lo.

A experiência empírica mostra, por sua vez, que a autocontenção é uma ferramenta muito limitada. Os casos debatidos no próximo capítulo darão a dimensão da controvérsia, mas antes disso há que se apresentar duas interpretações constitucionais que provam que a manipulação hermenêutica ou mesmo a indevida seleção do que será ou não resolvido pela jurisdição constitucional levam a vislumbrar na concentração de poder sem contrapartidas um déficit democrático.

A primeira situação envolve a apreciação conferida ao art. 102, I, n, da Constituição de 1988. O texto, ao imputar competência ao Supremo Tribunal Federal para balizar interesses de juízes e juízas, dispõe caber à Suprema Corte, processar e julgar como instância originária: ‘n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados’. O enunciado constitucional leva em conta até o fato de julgadores serem indiretamente interessados na causa, o que levaria ao STF, por exemplo, o julgamento de diversas ações propostas por associações de magistrados. Ocorre que a interpretação conferida tem sido a seguinte:

AÇÃO ORIGINÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, I, "N", DA CB/88. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO, SUSPEIÇÃO OU INTERESSE DE MAGISTRADOS NA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO TRIBUNAL LOCAL. NÃO CONHECIMENTO DO FEITO PELO STF. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL LOCAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A mera alegação de suspeição dos componentes de Tribunal local para julgamento da causa pelo Supremo Tribunal Federal não permite o deslocamento da competência. Súmula n. 623. 2. O impedimento, suspeição ou interesse que autorizam o conhecimento da demanda pelo STF, nos termos do disposto no art. 102, I, "n", in fine, da CB/88, pressupõem a manifestação expressa dos membros do Tribunal competente para o julgamento da causa. Precedentes [AgR-MS n. 25.509, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 24.03.2006; AgR-AO n. 1.153, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 30.09.2005; AgR-AO n. 1.160, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO, DJ 11.11.2005 e AgR-MS n. 23.682, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 04.08.2000]. 3. Compete aos Tribunais locais o julgamento de mandados de segurança contra seus atos, nos termos do art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN [LC n. 35/79]. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AO 967 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado

em 02/08/2006, DJ 22-09-2006 PP-00028 EMENT VOL-02248-01 PP-00087 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 70-75) (grifo nosso)

AÇÃO ORDINÁRIA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS DE MAGISTRADOS EM PLANTÃO JUDICIAL. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência firmou orientação de que de que a competência prevista no art. 102, I, n, da Constituição somente ocorre nas hipóteses em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados ou que mais da metade dos membros do Tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados. 2. **Não há nos autos declaração formal de impedimento, suspeição ou interesse de mais da metade dos membros do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.** 3. Remessa à Justiça Federal. [...] (STF - AO: 1983 SP - SÃO PAULO 8621928-05.2015.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/03/2015) (grifo nosso)

O mecanismo serviria para minimizar a ausência de ente externo ao judiciário para deliberar sobre matérias de seu interesse, na medida em que se propõe a retirar do tribunal interessado a competência para decidir sobre essas causas. Contudo, percebe-se que nem a autocontenção de um órgão judiciário por outro é exercida amplamente. Apesar de a Constituição dizer que as ações de interesse direto ou indireto da magistratura devem ser processadas e julgadas pelo STF, criou-se jurisprudência segundo a qual a competência dependerá da declaração dos próprios interessados. Parece ser o único caso em que isso ocorre. É como se a Corte Suprema esperasse uma liberação ou uma afirmação dos envolvidos sobre se querem ou não ser julgados por aquele Tribunal.

Isso mostra como nosso sistema de controles do poder jurisdicional é frágil. A não ser em casos de crime de responsabilidade de membros do STF (art. 52, II, da CF/88), quando há deslocamento de competência para o Senado Federal, todo e qualquer caso envolvendo a magistratura ou membro seu será julgado judicialmente, nada impedindo que o julgamento ocorra pelo próprio órgão que o(a) interessado(a) compõe. Para piorar, a atribuição de competência a um órgão em tese mais isento (a Suprema Corte), no caso do art. 102, I, n, da Constituição, tem sido interpretada tão restritivamente que sua aplicação é insignificante.

Duas lições preliminares vêm à tona: a ausência de controle externo é problemática e a interpretação conferida a dispositivos em matéria de limites ao exercício da jurisdição é tão restritiva que inviabiliza sua aplicabilidade. O sistema, funcionando como está, consagra a vulgata de que o STF “está autorizado a errar

por último”. Se os limites impostos são frágeis, o “erro supremo” (ou seja, o erro do Supremo Tribunal) é escusável e institucionalizado. Para combater essa “orientação” de que se admite o erro cometido pelo Tribunal Máximo do Brasil, Souza Neto e Sarmiento (2013) criticam o exercício desmedido da jurisdição constitucional, o que, para eles, enfraquece a democracia, sem perder de vista o papel contramajoritário da Corte:

Na verdade, a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma *tensão sinérgica*. Há sinergia, porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. [...]

Mas há também uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar. O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição. Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas da sua dosagem. (2013, p. 133-134)

O problema é que os autores “resolvem” a *reflexividade do judiciário*, quer dizer, o fato de esse Poder Constituído ter por (principal) referência institucional a si mesmo, através do já criticado autocontrole, criando “parâmetros de autocontenção judicial”. Talvez por isso digam que a dificuldade da jurisdição constitucional está na “dosagem” com que é usada. Para este trabalho, por outra via, ao enxergar graves bloqueios na via do autolimites, o esforço a ser feito passa pela combinação teórico-prática em prol de um novo modelo de funcionamento. Assim, não é a restrição quanto aos conflitos políticos, como sugerem os juristas em destaque, mas uma reformulação do sistema de justiça (que pode se pautar no Constitucionalismo Democrático-Paritário, desde que não naturalize o formato jurisdicional existente) com parâmetros de controle que transcendam ao Judiciário.

Para melhor discutir essa dificuldade, resta voltar às esferas públicas de Habermas e Fraser e à ideia de direito do primeiro. A eles se junta a juridificação de Neumann, a qual está voltada para o controle/limitação do poder. Todos estão aproximados por um pano de fundo de uma democracia procedimental (mesmo que o último não tenha dito isso expressamente, seus conceitos permitem um paralelo

com tal fórmula). Nesse *procedimentalismo* o que importa é a inclusão das pessoas nos atos de poder, ou seja, na tomada de decisões dentro das esferas públicas. Apenas para demonstrar que Neumann compartilha dessa preocupação, importa trazer análise lapidar de Rodriguez sobre o constructo teórico do pensador:

O direito liberal, no diagnóstico de Neumann, é capaz de regular procedimentalmente, ou seja, combinando normas materiais e normas processuais, abertas ou fechadas. Sua racionalidade não se define pela presença majoritária de normas fechadas de conduta [...]. Sua concepção da racionalidade do direito, ao romper com o par conceitual weberiano racional/material, revela um novo padrão de funcionamento do direito, a que denominamos *procedimental*. (2009, p. 135)

Sofisticando o raciocínio, e a fim de bem demonstrar que o jurista alemão do século passado não formulou um Estado de Direito composto exclusivamente por “normas abertas”, Rodriguez formula as dificuldades que tais normatizações (as abertas) criam. Ao mesmo tempo, conduz a uma solução procedimental para isso:

Sob um Estado de Direito, todo ato de poder deve ser referido a uma norma jurídica. Estas normas podem ser abertas ou fechadas, materiais ou procedimentais. Controla-se o poder comparando sua conduta às normas que regulam seu ato. Quanto mais os órgãos de Estado atuam como órgãos normativos ou administrativos, ou seja, criam regras ou resolvem conflitos com base em normas abertas, mais difícil é controlar seus atos cobrando deles a aplicação dessas normas. Afinal, essas normas são abertas justamente para permitir que o poder aja num espaço indeterminado. O controle de atos praticados nestas condições é mais eficaz no nível do procedimento e não comparando o ato já realizado com uma norma abstrata que o fundamenta. Podem-se propor procedimentos para o preenchimento do sentido destas normas que envolvam a construção de órgãos colegiados, consulta a conselhos, representantes da sociedade civil etc. (2009, p. 138-139)

Logo, os diferentes públicos precisam se relacionar entre si e com o poder estatal através de regulações não tão específicas que se tornem opressoras nem tão genéricas que façam prevalecer a “interpretação” do mais forte. As regulações pautadas em cláusulas abertas permitem o estabelecimento de debates públicos, caso a preocupação com a legitimidade e com o caráter democrático das instituições sejam levados a sério. Estratégias jurídico-políticas procedimentais para a concepção do sentido de cada regra ou princípio revelam, assim, potencial emancipatório, ao passo em que valorizam o direito enquanto elemento de integração social. Como demonstram as experiências históricas analisadas por

Franz Neumann, caso haja uma “fuga do direito” (Rodriguez, 2009), projetos arbitrários provavelmente são levados a cabo. Segundo o jusfilósofo brasileiro:

A ideia de *fuga do direito* permite ver que o poder tende a fugir da formalização e do controle social, ou seja, alguns agentes sociais defendem medidas de exceção; ou mesmo de de-juridificação de certas atividades, para se apropriarem privadamente do poder de criar normas. (2009, Apresentação, p. XXIX)

Daí decorre, apesar das deficiências, a importância do Estado de Direito burguês, sendo que em Habermas esse Estado ‘estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar institucionalmente o vínculo entre lei e opinião pública’ (1984, p. 101). Nesse sentido, a levar em conta o papel do direito burguês para assegurar uma integração social que não banalize a violência, também não se pode concordar com um “Constitucionalismo popular” puro e simples, para o qual os tribunais deveriam ser excluídos da aplicação (e, portanto, da interpretação) de normas constitucionais.

O desenho ora rascunhado, que poderá ser desenvolvido mais a fundo em eventual tese, não retira da institucionalidade a força para limitar o poder. Nesse ponto, guarda divergências em relação ao Constitucionalismo Popular, no que se aproxima do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel³¹ (absorvido pelo Constitucionalismo Democrático-Paritário). Segundo a dupla,

O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo que afirma o papel dos tribunais em usar a razão jurídica profissional para interpretar a Constituição. Ao contrário do Constitucionalismo Popular, o Constitucionalismo Democrático não pretende manter a Constituição longe de tribunais. O Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais impostos judicialmente na política norte-americana. Ao contrário de um foco juricêntrico tribunalesco, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições e práticas de revisão judicial. Julgamentos constitucionais baseados na razão jurídica profissional podem adquirir legitimidade

³¹ A leitura que aqui se faz desses pensadores estadunidenses intenta proporcionar a elaboração de um judiciário mais inclusivo, mas não necessariamente com retirada de poderes/competências da Suprema Corte. Condicionar a legitimidade do exercício da jurisdição à observância de “valores e ideais populares” ultrapassa a proposta formulada neste trabalho, questão que não será tratada aqui.

democrática somente se a razão profissional estiver enraizada em valores e ideais populares.³² (2007, p. 379)

A análise é interessante e traz robustas reflexões sobre o papel do judiciário bem como sobre sua legitimidade democrática. Mais uma vez, porém, para países como o Brasil – plural, heterogêneo e muito desigual – a forma de interação com os tribunais sugerida parece insuficiente. O *backlash*, ou refluxo, referido por Bunchaft como ‘expressão do desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei’ (2016, p. 149), não é suficientemente forte para resolver os problemas de controle e abertura do sistema de justiça trazidos neste trabalho. Apesar de gerar consequências importantes, com influência recíproca entre Corte e movimentos sociais, há muitos aspectos que fogem a essa dimensão. Melhor dizendo, o *backlash* interessa ao funcionamento jurisdicional que se pretenda democrático, mas não é abrangente o suficiente para formar esquemas de limitação do poder aptos a conter o judiciário, sobretudo em matérias relativas aos interesses de seus membros e à disputa por hegemonia com outros atores político-sociais.

Outrossim, o *backlash* tem o elemento de participação popular direta como forma de democratizar o judiciário que é muito importante, pois a atribuição da responsabilidade de impor limites ao poder a um órgão de cúpula estatal também cria um impasse. Esse impasse pode ser ilustrado pela seguinte passagem de “O Império do Direito”, de Neumann, ao analisar a noção de *soberania popular* instituído pela Carta Magna da Inglaterra:

Essa nova tarefa [de supervisionar a performance dos deveres do rei, atribuída a um órgão composto pelos barões] não funcionou, e em seu lugar os estados desenvolveram o *con dominium*, assim como as funções de controle foram transferidas para este mesmo *con dominium*. **Isso não poderia funcionar porque, como acontece em todo caso de controle de um órgão do Estado por meio de outro, sempre surge a questão: quem controla os controladores? Quis custodiet ipsos custodes?** (2013, p. 131) (grifo nosso)

³² No original: ‘Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. Constitutional judgments based on professional legal reason can acquire democratic legitimacy only if professional reason is rooted in popular values and ideals.’

Essas questões são centrais para este trabalho, tendo em vista as aberturas para diferentes formas institucionais que podem expressar o direito positivo. Ao analisar a catalisação e/ou distribuição de poder político pelo tribunal, essas ferramentas teóricas serão úteis para a reflexão segundo critérios democráticos diante de casos em que as Cortes julgam a si mesmas.

De cara, é possível afirmar que a cristalização da tripartição de poderes, em sua concepção moderna (atualmente vigente), não dá conta de promover a abertura do poder de julgar. Ainda é Rodriguez quem arremata: 'pensar a sociedade para além dos três poderes é pensar em maneiras de dividir o poder entre soberano e sociedade, ainda, entre os particulares que se relacionam entre si.' (2009, p. 115). Mais adiante, reforça sua afirmação constatando que 'Para além dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é preciso pensar no desenho das instituições e em seu controle caso a caso.' (2009, p. 140). A concordância com esse ponto de vista se respaldada na conclusão de que a atual distribuição de poder, com desprestígio às esferas públicas sociais não estatais, é incapaz de combater desigualdades e produzir emancipação social.

Em cada situação concreta é que uma formulação emancipatória poderá ser concebida, não se vislumbrando, *a priori*, uma solução geral, capaz de resolver o problema do exercício de poder soberano pelo Judiciário, sobretudo quando são seus próprios interesses que estão em xeque.

Com a análise das contendas dispostas no capítulo que se segue, haverá tentativas de, pelo menos, minimizar o arbítrio judicial através de mecanismos aptos a limitar sua atuação e conferir à sociedade, através de suas diferentes esferas públicas, possibilidade de influenciar as Cortes.

3 O JUDICIÁRIO JULGANDO A SI MESMO: ANÁLISE DE CASOS

Nesta segunda parte do trabalho, busca-se investigar como se desenvolvem os processos judiciais que têm magistrados(as) como parte. Nas contendas selecionadas, juízes e juízas provocaram o judiciário ao se sentirem lesados por atitudes que entenderam contrárias a seus direitos. Ressalte-se, uma vez mais, que, em todos os casos, as condutas questionadas pelos integrantes do judiciário correspondem a fatos relacionados à atuação ou à posição institucional dos(as) magistrados(as), o que possivelmente configura acionamento do judiciário em termos de *political justice*.

Outrossim, exercitar o *political justice* independe da predisposição do judiciário a ser utilizado como ferramenta de distribuição do poder. Quando a ação é proposta, mesmo que haja andamento regular, democrático e equânime, o resultado pode legitimar uma posição em detrimento de outra. O arbítrio é percebido quando o sistema de justiça é instrumentalizado em benefício de uma das partes, apresentando tendências e procedimentos dirigidos a enaltecer a posição de um dos litigantes em exclusão ao outro.

Como destacou Kirchheimer, num regime constitucional materialmente marcada pelo seu caráter democrático, e havendo igualdade material de tratamento entre os atores em disputa, a incerteza do resultado sobressai. Para ele, 'se um processo conduzido sob um regime constitucional trará vantagens ou inconveniências políticas a seus instigadores, parece ser quase tão incerto quanto o resultado de uma campanha eleitoral.' (1968, p. 126). Sabido é que, por vezes, o jogo não é travado com equilíbrio entre as partes.

A cada dia, o assunto revela-se mais polêmico. É que os membros do judiciário têm entrado na cena pública cada vez com mais frequência não apenas através de decisões, mas de forma direta com exposição de sua própria figura. Entrevistas a grupos de comunicação de massa, palestras sobre casos *sub judice*, declarações quanto a temáticas políticas e econômicas, atos no Congresso Nacional e atos públicos em geral são alguns exemplos de manifestações perante a sociedade promovidas por membros de tribunais. A polêmica transparece quando há reações ou críticas às posições assumidas pelos(as) magistrados(as). Em alguns casos, são perceptíveis espécies de "ofensivas" e "contraofensivas", interessando ao trabalho vertente quando esses fenômenos ocorrem pela via das ações judiciais.

É certo, porém, que nem sempre a rechaça às críticas ocorre através da jurisdição. Foi o caso do juiz Sérgio Moro em pelo menos duas ocasiões. Numa delas, utilizou o “Painel do Leitor” da Folha de São Paulo para retrucar contra uma publicação na seção “Opinião” do dia 11/10/2016, na qual Rogério Cezar de Cerqueira Leite comparou o magistrado da “Operação Lava Jato” e o italiano do Medievo Girolamo Savonarola. Moro chegou a lamentar que a Folha concedesse espaço para publicações como aquela e disse que tais opiniões “deveriam ser evitadas” pelo jornal.

Noutra oportunidade, utilizou sua página pessoal no facebook para comentar publicação do jurista Lênio Streck na mesma rede social. Por essa via, “rebateu” as críticas que Streck formulou contra a disponibilização de uma sentença apenas dois minutos de sua “conclusão”, ou seja, da chegada dos autos eletrônicos ao gabinete do juiz. A crítica foi dura e a resposta também o foi. Dois símbolos do cenário jurídico pátrio (cada qual com suas respectivas contribuições) trocaram farpas publicamente sobre um ato oficial do magistrado. O que há de revelador nisso?

Para os fins almejados neste trabalho, interessante é perceber como há uma busca por legitimação (mesmo que simbólica) dos atos jurisdicionais. Isso revela uma afirmação do judiciário e de seus membros enquanto partícipes das disputas políticas cotidianas, nas quais as posições e os pontos de vista são disputados, utilizando de diferentes mecanismos (de forma mais democrática, menos democrática, não democrática ou antidemocrática) para se hegemonizar e fazer prevalecer seus interesses³³.

O problema reside na dificuldade de discordar perante as esferas públicas das atuações judiciárias. Sergio Moro, diferentemente dos casos a serem analisados na sequência, tem jogado com a “opinião pública” constituída a partir dos meios de comunicação de massa. Assim, reage a críticas pelos veículos de comunicação desse tipo e até pelas redes sociais. Ele mesmo parece praticar o “political justice” definido por Kirchheimer, com o objetivo de conduzir seus processos da maneira como entende adequada, mesmo que rompendo paradigmas relativamente seguros do ordenamento jurídico e da jurisprudência.

Segundo Otto Kirchheimer, a utilização de processos judiciais para dar autenticidade a determinada posição política pode passar pela ‘mobilização da

³³ Para Kirchheimer, em tradução livre, ‘Algo é denominado político se for pensado para se relacionar de uma forma particularmente intensa aos interesses da comunidade.’ (1961, p. 25)

opinião' (1961, p. 6-7). E para Moro, como ele mesmo tem afirmado reiteradamente, 'O que o juiz pode fazer é muito limitado sem o apoio da opinião pública' (UOL NOTÍCIAS, 30/07/2015)³⁴. Portanto, faz uso de ferramenta típica do uso político da justiça em situação bastante peculiar, já que ele mesmo maneja o aparato por conta própria, enquanto para o jurista alemão os sujeitos políticos da sociedade é que tensionariam as Cortes de diferentes formas para chegar ao resultado que almejam.

Esses casos são dignos de nota tanto para mostrar as diferentes formas de manifestação do *political justice* quanto para chamar atenção para o seguinte fenômeno: o judiciário e as magistradas e magistrados têm influenciado cada vez mais os debates públicos, seja com atos oficiais seja com posicionamentos individuais sobre diversos temas. Contudo, como têm lidado com as reações negativas? Em diferentes oportunidades, o que se visualiza é a imposição de restrições agudas através de decisões judiciais, pois julgadores ingressam com ações contra opiniões apresentadas contra si.

Para encerrar este introito ao estudo de casos, vale a pena mencionar a aparente aversão dos membros do judiciário a mecanismos de controle, ao passo em que buscam aumentar privilégios. Na disputa por poder, ocupar um espaço que possibilita decidir sobre os direitos de todos os grupos, inclusive do grupo de que se faz parte, gera um desequilíbrio grave. Assim, quando um outro órgão tenta regulamentar os limites de sua atuação, reações enérgicas exsurtem.

Prova do que se está a falar são as reações contra o Projeto de Lei do Senado n. 280 de 2016, que 'define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências'. Esse projeto tipifica crimes cujos sujeitos ativos são agentes públicos em geral, incluindo-se membros dos poderes legislativo e judiciário, além de membros do ministério público. Contudo, pública e organizadamente, apenas representantes de magistrados(as) e do *parquet* insurgiram-se contra a proposta. Não se tem conhecimento de que servidores públicos em geral e legisladores de qualquer esfera tenham reagido, enquanto atos públicos e outras formas de combate

³⁴ A respeito desse tema, não é de hoje que o referido magistrado alinha-se à busca por adesão da "opinião pública" à atuação do judiciário como meio de garantir o "êxito" da realização do que considera como objetivo da jurisdição em processos como os de combate a corrupção. Em texto de 2004, intitulado "Considerações sobre a operação mani pulite", assevera que 'a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial' (p. 57). Sugere até que, para a "efetividade", o rigor processual seja, objetivamente falando, transgredido com o apoio popular.

têm sido promovidas pela “Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público” (Frentas), em âmbito local e nacional.

No Rio Grande do Sul, por exemplo, no último dia 04 de outubro houve “Ato Público em defesa da Cidadania, do Ministério e do Poder Judiciário”, já que ‘O Poder Judiciário e o Ministério Público estão se sentindo ameaçados pelo Congresso Nacional e o governo federal’ (AJURIS, 2016). Já segundo notícia sobre a convocatória do ato promovido no Congresso Nacional em 08 de agosto do corrente ano, publicada no site da Associação Nacional dos Procuradores da República (integrante da Frente), ‘Entre as preocupações das entidades estão as propostas de lei que visam a intimidar a Magistratura e o Ministério Público, como o PL do abuso de autoridade ([nº 280/2016](#)).’ (ANPR, 2016).

Tais respostas mostram como essa articulação bilateral tem recebido o projeto: intimidação, ameaça, redução de prerrogativas, ataque à independência funcional. Apesar disso, a leitura do texto de lei proposto demonstra uma preocupação em delimitar o que muitos juristas defendem há muito tempo no que se refere ao exercício da prisão, ao recolhimento dos presos, ao tratamento a eles dispensado, a interceptações telefônicas, dentre outros. Óbvio que alguns dispositivos precisam de ajustes para evitar ambiguidades, mas o projeto em si visa a consagrar garantias fundamentais, penalizando aqueles que abusem de seu poder para constranger algum investigado ou réu³⁵.

O que interessa ao presente trabalho é a ânsia por manter certas atuações distantes de limites claros e formas minimamente consistentes de controle. A disputa contra o PLS 280/2016 não é caso de distribuição do poder a partir do judiciário, mas é indício da dificuldade enfrentada em todos os casos estudados, na medida em que as(os) julgadoras(es) buscam ter a si mesmas como referência de poder, combatendo atores externos que venham a colidir com seus interesses. Conforme se depreende de alguns documentos publicados, o discurso legitimador de uma “necessidade de poder” pouco controlável é o combate à corrupção. É o que se extrai, por exemplo, de nota do presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe, 2016):

³⁵ Sobre o tema, ver artigo de Bruno Torrano publicado no portal Empório do Direito (2016) com o título “Abuso de autoridade: o que interessa é o texto do Projeto 280/2016, e não os sonhos de Renan Calheiros”.

A criação de Comissão Especial pelo presidente do Senado Federal, Renan Calheiros (PMDB-AL), para votar a matéria justamente neste momento de intenso enfrentamento à corrupção no Brasil parece uma tentativa de intimidação de juízes, desembargadores e ministros do Poder Judiciário na aplicação da lei penal em processos envolvendo criminosos poderosos.

Como consequência (anti)democrática desse tipo de postura, tem-se que o judiciário é a instituição estatal brasileira mais fechada de todas. Não possui um nível de transparência minimamente satisfatório, o que o afasta das esferas públicas em termos de diálogo e controle. A pesquisa empreendida pela ONG Artigo de 19 [Article 19] sobre transparência nos órgãos judiciais (2016) demonstra seu caráter pouco arejado, dificultando as influências democráticas bem como cobranças mais robustas. Em sede de conclusão, o relatório desenvolvido pela ONG destaca o seguinte:

O judiciário, como já mencionado no correr desta pesquisa, tem sido visto historicamente como o Poder mais fechado e opaco, distanciando-se daqueles que buscam sua atuação para a proteção de direitos. Novos olhares sobre o papel do Judiciário têm exigido cada vez mais que as cortes assumam o impacto político de suas decisões. As demandas por maior transparência e participação têm crescido continuamente. (p. 45)

Na introdução desta dissertação já foi trazido dado segundo o qual o judiciário é o poder menos transparente. Assim, organiza-se administrativamente e atua perante a sociedade por vias pouco acessáveis ao público em geral. Suas cúpulas podem dispor de seus interesses sem interagir com órgãos externos, refletindo em privilégios, por exemplo.

No que se refere aos ditos privilégios, percebem-se (a) incapacidade de lidar com oposições aos benefícios recebidos e (b) estabelecimento de ganhos pecuniários por fora das esferas públicas, mesmo da esfera formalmente estabelecida para isso (que é o legislativo, por mais problemática que seja). Como se perceberá, muitas contendas surgiram por causa das críticas aos auxílios e vantagens. O auxílio-moradia foi o que mais chegou ao conhecimento público após a “regulamentação” promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Apesar de ser espécie de regra de ouro na administração pública que nenhuma vantagem ou obrigação pode ser criada senão em virtude de lei (art. 37, caput, da CF/88), o CNJ

driblou o Congresso Nacional e regulamentou o direito ao auxílio através da Resolução 199 de 2014.

Interessante perceber que o mesmo dispositivo utilizado como regra regulamentada pelo ato exige lei e não resolução, pois o teor do art. 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura (LC n. 35/1979) dispõe que 'Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, **nos termos da lei**, as seguintes vantagens: [...]II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado' (grifo nosso). Sendo assim, a levar em conta o impacto nos já elevados vencimentos da categoria, houve grande repercussão que até os dias correntes gera desconfortos na classe judicante, a qual tem se disposto a lançar mão do *political justice* para enfrentar os questionamentos.

Para jogar luz na questão, os números oficiais são esclarecedores. Há, no Brasil, 17.338 magistrados, segundo levantamento apresentado no Relatório Justiça em Números (CNJ, 2016, p. 37), com recebimento médio mensal de R\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais) cada (*idem*, p. 35), tendo em vista que a maioria recebe auxílios que, conforme a interpretação das cortes (mais uma vez o problema da *reflexividade* ou *autorreferência*), não são computados para fins de atingimento do "teto constitucional". São auxílios de diferentes tipos, a exemplo do auxílio-moradia, auxílio-alimentação e benefícios de outras espécies.

Ressalte-se, ainda, que não é de agora que há resistência a mecanismos de controle. A própria criação do CNJ envolveu "polêmicas" e foi 'objetivo da indignação de muitos setores do Poder Judiciário brasileiro', conforme expõe Alcântara Machado (2005, p. 230). Sem entrar no debate sobre a formação e o funcionamento desse Conselho, importa destacar que, ao ser criado com o objetivo de controle da atuação judiciária, provocou o rechaço por parte da magistratura.

Por tudo isso, numa tentativa de olhar para os tribunais como órgãos interessados no poder e não como entes imaculados, abordar o uso político da jurisdição é uma tarefa crítica voltada a viabilizar a discussão de novas institucionalidades aptas a formular soluções (sempre contingentes) para o acúmulo de poder pelo judiciário, conforme se buscará demonstrar a partir dos casos a seguir.

3.1 Mobilizações de servidores judiciais: é possível questionar a autoridade?

Muitas mobilizações contra instituições ou mesmo pessoas detentoras de poder (mesmo que não ocupante de cargo público) utilizam caricaturas, imagens, exposição de informações acompanhadas de fortes simbologias, dentre tantas outras possibilidades. Apenas para ilustrar o que se quer dizer, as caricaturas do Temer como “mordomo de filme de terror” e o Lula “pixuleco” são exemplos desse tipo de ação que circulam pela internet e por atos de rua. Para criticar o judiciário também existem essas ferramentas?

Os movimentos sindicais, quando bem organizados, fazem uso intensivo de instrumentos que promovam agitação e facilitem a transmissão de sua mensagem à classe que representam e à sociedade como um todo. Em relação ao judiciário não é diferente. Quando os servidores públicos de um tribunal sentem-se prejudicados por medidas administrativas (incluindo-se as questões salariais), voltam-se contra a corte de que fazem parte. Parece lógico que assim o seja, já que o judiciário possui independência para administrar seus recursos e seu pessoal (art. 99 da Constituição da República), além de deter exclusividade quanto à iniciativa legislativa para propor criação e extinção de cargos bem como as respectivas remunerações (art. 96, II, b, da Constituição da República).

Ocorre que as mobilizações de servidores são mal recebidas pelo tribunal, o qual acaba judicializando determinados atos dos movimentos paredistas a fim de impedir certas exposições públicas. Assim, haverá distribuição de poder entre as organizações em disputa, com um dos lados saindo “derrotado” em seu intento e, possivelmente, enfraquecido. Um dos polos nessa distribuição será o Judiciário e/ou seus membros, vistos enquanto autoridades públicas.

Situações como essas são particularmente interessantes na medida em que uma coletividade organiza-se para pleitear benefícios frente ao Tribunal ao qual está vinculada e, muitas vezes, envolve toda a sociedade com atos e informações incomuns à maioria da população. Como exemplo, tomam-se as campanhas salariais iniciadas em 2012 pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Sergipe (SINDIJUS/SINDISERJ) que culminou em condenação judicial por críticas ao então Presidente do Tribunal de Justiça de daquele ente federado.

De acordo com informações publicadas no site do Sindicato (SINDIJUS, 2013) e constantes na sentença do processo n. 201313600260, da 6ª Vara Cível da

Comarca de Aracaju, no dia 06/02/2013³⁶ houve uma manifestação organizada pelo ente sindical para denunciar e combater o alto valor da remuneração recebida pelo desembargador presidente e sua família. O ato ocorreu na praça em frente à sede do TJSE no dia da posse do novo presidente, como forma de ‘homenagem à despedida da gestão que pode ser considerada a mais autoritária com os servidores efetivos, dos últimos tempos’ (SINDIJUS, 2013).

O desembargador que estava de saída da presidência foi criticado não só pela mobilização direta. Os servidores publicaram matéria sobre o ato em seu site, a qual está sendo utilizado como uma das fontes de informação nesta pesquisa. Também se manifestaram em jornal impresso de grande circulação no Estado e alugaram outdoors para intervenções com o seguinte conteúdo: ‘Des. [Nome do Desembargador] desprezou os servidores do TJ/SE e ficou ao lado dos marajás.’. Consideravam que o referido magistrado empreendera o menor grau de abertura e diálogo com os trabalhadores do órgão, não dando ouvidos às reivindicações salariais promovidas. Diante disso, o Sindijus resolveu questionar os salários acima do teto constitucional, ou supersalários, instigados por matéria de “O Estado de São Paulo” sobre os vencimentos praticados na corte sergipana (SINDIJUS, 2015).

No dia da “despedida”, o sindicato, que já havia inaugurado um placar eletrônico denominado “mamatômetro”, instrumento exposto publicamente que servia para apresentar os gastos considerados desmedidos do TJSE bem como o que os servidores viam como regalias do Tribunal, promove a segunda edição do tal placar. Tinham ainda como figuras ilustrativas uma vaca e um “marajá”, para designar o repúdio aos privilégios. Isso porque, segundo as matérias, sentiam-se desvalorizados econômica e profissionalmente, mas conviviam com pessoas ocupantes de cargos comissionados recebendo altos salários em relação aos dos servidores, além de haver considerável número de magistrados recebendo além do limite constitucional.

Naquela segunda edição do mamatômetro, em “homenagem” ao presidente em fim de mandato, apresentaram o montante recebido do TJSE pelo desembargador e seus familiares no mês de janeiro de 2013: R\$ 116.748,30 (cento e dezesseis mil setecentos e quarenta e oito reais e trinta centavos):

³⁶ É digno de nota que, desde o início da manhã do dia 06/02/2013, houve tentativa de enfraquecer o movimento, com proibição de utilização de painel, desmonte de estruturas e retenção de fogos de artifício. Mesmo assim, o sindicato levou adiante seu ato. (SINDIJUS, 2013)

Figura 1: Mamatômetro do Tribunal de Justiça



Fonte: site do SINDIJUS (2013)

Ali servidoras(es) poderiam estar apontando a existência de elementos próprios de uma “zona de autarquia” em relação àquele padrão remuneratório. Rodriguez esclareceu que é uma postura autoritária utilizar a formalidade jurídica para conferir regularidade a posturas com pouca legitimação social. Mesmo havendo autorização legal, segundo a interpretação do tribunal, para o estabelecimento daqueles pagamentos, parece que o sindicato, ao questionar sobre a moralidade do ato, estaria buscando a legitimidade democrática daquela receita, considerando os vencimentos médios de trabalhadores vinculados à corte. Questionar sobre zonas de autarquia diz respeito, então, à possível “legitimação simbólica” da medida adotada:

O conceito de *zona de autarquia* tem justamente a função de ajudar a identificar e nomear setores de qualquer regime jurídico, nacional, internacional ou transnacional, em que os órgãos de poder atuam de forma arbitrária e explicitar modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões. (2016c, p. 106)

A existência de uma proteção formal fez com que o sentimento de que teria sido ofendido do ex-presidente tornasse viável a propositura de ação judicial contra o SINDIJUS. Nela, pleiteou indenização por danos morais, pois sua dignidade e de sua família teriam sido maculadas publicamente. Na primeira instância, o sindicato foi condenado a pagar R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Julgando os recursos de ambas as partes, os desembargadores deram provimento apenas ao apelo do magistrado e majorou o valor indenizatório para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Resumindo o trâmite do processo, o sindicato publicou matéria em seu site, em outubro de 2015, com o seguinte conteúdo:

Em decorrência da campanha salarial realizada pelos servidores em 2012 – “Diga Não aos Marajás do TJSE” – o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, aliado ao STF e ao STJ, condenou o Sindicato [...] a pagar indenização no valor de R\$ 50.000,00 ao [...] desembargador presidente do tribunal, à época, que alegou, em síntese, que teve sua honra ofendida.

[...]

Indeferimento da oitiva do autor do processo, requerida pelo sindicato para que relatasse as supostas ofensas; julgamento fulminante no mesmo dia em que havia sido transitado agravo; tempo recorde entre a conclusão e a publicação da sentença no primeiro grau (1 hora e 9 minutos); trancamento do seguimento dos recursos impetrados pelo sindicato; decisão com celeridade anormal no STJ, em menos de 2 meses da atuação naquela Corte; decisão com celeridade mais anormal ainda no STF, em menos de 1 mês da atuação; condenação em honorários de sucumbência no percentual máximo permitido pelo CPC (20%). Foram estes alguns dos episódios registrados no processo que não deixam dúvida, nem aos mais céticos, de que o Estado continua servindo de comitê para gerir os negócios comuns da elite.

Segundo a ótica sindical, vários atos processuais foram praticados em condição de anormalidade. Interpreta as ocorrências como confirmação da postura do Estado a serviço dos interesses da elite. Tanto a atuação judiciária precisa ser destrinchada em suas minúcias quanto a interpretação dada à condução da lide merece ser discutida para além da fórmula de subserviência das instituições às *elites*, genericamente consideradas. Houve, de fato, alguma diferença de tratamento para o processo instaurado pelo desembargador em relação à média dos processos?

Kirchheimer alinhavou que uma das vias do “political justice” consiste na concessão de aparente legalidade a procedimentos comprometidos com o jogo de poder, a fim de favorecer o escopo político de um grupo ou sujeito. No processo em análise, é possível delimitar três frentes de questionamento da legalidade processual: o tempo de tramitação, a fase de produção de provas e o fundamento das decisões finais de cada instância. No primeiro ponto, a “legalidade discriminatória” pode estar em questão.

Tramitar um processo com celeridade é, em tese, uma conquista da cidadania e uma garantia constitucional. Porém, certas circunstâncias podem levantar dúvidas sobre o alicerce dessa legalidade. Rodriguez utilizou o exemplo da demissão

seletiva de empregados pelo governo estadunidense durante o macarthismo, para exemplificar a legalidade discriminatória, arrematando o seguinte:

Fica claro neste caso como um direito garantido pelas leis pode acabar funcionando como meio para discriminar pessoas e grupos julgados suspeitos por uma razão qualquer, sem que se possa identificar facilmente tal ato como discriminatório. (2016c, p. 105)

Com essa perspectiva, uma previsão legal pode ser utilizada com uma finalidade autoritária. O trâmite do processo em análise na primeira instância traz um elemento que leve a crer que, a partir de determinado momento, houve uma discrepância em termos de celeridade. Através do acesso público à tramitação processual disponibilizado pelo portal do TJSE, vê-se que a petição inicial fora protocolada em 07/03/2013. As partes concluíram a fase postulatória, que é aquela em que devem proferir todas as alegações aptas à defesa de seus interesses, em 29/08/2013, quando foram intimadas para especificar as provas que pretendiam produzir. Iniciava-se a fase de instrução, destinada, basicamente, à produção das provas através das quais cada litigante pretende apontar a veracidade de suas alegações, obter confissão e/ou desconstituir as provas do *ex adverso*.

Já em 25/10/2013 são negadas as provas requeridas pelo Sindicato, levando-o a interpor recurso (agravo de instrumento) no dia 11/11/2013. A partir daí, o julgador da ação presta suas informações e determina que se aguarde o julgamento do recurso. Depois do julgamento final do agravo, transitado em julgado em 30/04/2014, retoma-se o curso do feito na primeira instância. Até esse momento seguia-se um ritmo comum a qualquer processo, mas, a partir daí, há uma tramitação com rapidez incomum.

Às 08:45h do dia 30/04/2014, o sistema processual da Vara de origem recebe movimentação automática do 2º Grau certificando o encerramento do recurso. Às 11:23h, a Secretaria da Vara acosta ao processo o acórdão com o julgamento da instância superior. Às 11:26h, certifica a “conclusão”, remetendo os autos para que se decida que andamento será dado ao feito, podendo-se proferir a decisão de mérito ou abrir prazo para que as partes se manifestem. Às 12:35h, é lançada sentença, resolvendo o mérito da questão e condenando o Sindicato.

Em pouco mais de uma hora o juízo estudou os elementos do processo, relembrou os acontecimentos e manifestações (já que não teve contato com as

alegações e documentos por pelo menos cinco meses), ponderou as teses envolvidas na controvérsia (com a complexa relação *liberdade de expressão/manifestação x intimidade/honra*) e proferiu decisão final naquele exíguo lapso de tempo em que recebeu os autos (a contar do instante da “conclusão”).

O agravo, que discutia exclusivamente a negativa ao pleito de colheita do depoimento pessoal do autor, teve um trâmite aparentemente condizente com o tipo de recurso e a questão debatida, passando mais de cinco meses e meio para decisão definitiva, a considerar que não há nenhum ato a ser praticado além da manifestação da parte recorrida e do juízo de piso.

O recurso de apelação, porém, também foi julgado com considerável rapidez. Distribuído em 16/07/2014, foi julgado na sessão do dia 22/09/2014, ou seja, pouco mais de dois meses depois. Sendo certo que muitos processos demoram mais tempo para serem julgados no segundo grau (cerca de seis meses, segundo o CNJ, 2016, p. 70), seria uma realidade alvissareira decidir colegiadamente dentro desse prazo em todos os casos.

A Lei Processual então vigente não instituía prazo certo para julgamento, mas continha indicação de que o rito sumário, mais célere por essência, observaria o prazo de quarenta dias (art. 550 CPC/73) e não contaria com a figura do desembargador revisor (art. 551, §3º, CPC/73). Como o caso em tela não se sujeitou a esse rito, houve remessa a(o) desembargador(a) revisor(a) para análise. Após, fora incluído em pauta a pedido dessa última autoridade. Saliente-se, ainda, que os autos foram remetidos para o Ministério Público antes de ser apreciado, retornando de lá com parecer.

Chama atenção também o fato de o processo ter chegado ao gabinete do(a) revisor(a) na tarde de 08/09/2014 e estar pronto para inclusão na pauta na manhã de 09/09/2014. Logo, considerando todo o iter processual, não há como deixar de perceber que julgar em pouco mais de sessenta dias em segundo grau é tarefa árdua, fazendo com que o processo em comento observasse maior celeridade em relação à média.

Seguindo-se à publicação do acórdão, houve interposição dos recursos especial e extraordinário pelo Sindicato. Negado seguimento a ambos pela presidência do tribunal, interpôs-se, em 05/03/2015, agravos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF). Conforme a legislação preconiza, os autos só seguem ao STF após o julgamento pelo STJ. Desse modo, o

STJ recebeu o feito em 28/04/2015 e o relator negou provimento ao agravo em 29/06/2015. Certificado o trânsito em julgado em 20/08/2015, o processo é remetido ao STF no dia seguinte. Conclusos para decisão em 28/08, o Ministro Presidente negou provimento ao recurso em 09/09/2015. Novamente, extremamente rápida é a análise, com uma atuação da Corte Suprema de maneira muito “eficiente”. Em questão de dias o agravo foi “apreciado”, negando-se a possibilidade de receber o recurso extraordinário.

Sem cristalizar o conceito de segurança jurídica, é possível dizer que a imprevisibilidade quanto ao tempo de tramitação do processo faz os conceitos de “celeridade” ou “razoável duração” oscilarem sem racionalização democrática, ou seja, sem segurança jurídica. Isso pode contribuir para o afastamento do controle social e a fragilização da forma direito, pois inexistente um procedimento estabelecido para a atribuição de sentido. De acordo com Rodriguez,

Pode-se compensar a indeterminação de regras materiais abertas por meio de regras processuais que definam os procedimentos para a tomada de decisão pelo aplicador, ou seja, que regulem o ato de aplicação.

Evidentemente, essa forma de pensar a segurança jurídica afasta de uma vez por todas a fantasia de construir um ordenamento jurídico absolutamente previsível e preciso. Há que se falar em graus de previsibilidade e não imaginar a possibilidade de uma previsibilidade completa. [...]

[...]

É preciso pensá-la [a segurança jurídica] como o controle institucional da indeterminação do direito por órgãos e procedimentos decisórios. (2009, p. XXXI-XXXII)

Com base nessa noção de segurança jurídica, soa estranho um trâmite processual que em alguns momentos se desenvolveu de maneira acelerada, como é o caso do tempo gasto para elaboração da sentença. É uma instabilidade do sistema perceber oscilações no tempo de tramitação fora do controle institucional, mesmo que se falasse em nome da “celeridade”, pois afeta até o grau de previsibilidade da ordem processual.

Expostos os passos seguidos pelo processo, segue-se ao ocorrido na fase de produção de provas. O autor requereu o depoimento do autor, nos termos do então vigente Código de Processo Civil de 1973:

Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

§ 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

Art. 349. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada. Da confissão espontânea, tanto que requerida pela parte, se lavrará o respectivo termo nos autos; a confissão provocada constará do depoimento pessoal prestado pela parte.

Como se percebe, o depoimento pessoal é um meio de prova à disposição da parte que pretende ouvir e interrogar a parte contrária. Vem sendo reconhecido como importante meio de prova, mas, muitas vezes, fica à mercê da vontade do juiz, já que o paradigma subjetivista do processo, segundo o qual o magistrado tem liberdade de apreciação e se convence consoante a própria consciência, ainda não foi superado. Assim, é difícil diferenciar a negativa de colheita da referida prova neste caso e em outros nos quais se considerou suficiente o acervo probatório já apresentado. Mesmo assim, por vezes, já se proferiram decisões, sobretudo em alguns Tribunais Regionais do Trabalho, indicando cerceamento de defesa por indeferimento do depoimento. A posição do juízo em estudo não seguiu essa corrente:

Com efeito, a determinação de provas que sejam consideradas úteis aos esclarecimentos das partes e, conseqüentemente, à instrução processual, tem por objetivo a formação do convencimento pessoal do juiz (art. 131, CPC), destinatário final das provas, a quem incumbe "determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias", podendo julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produzir prova em audiência, conforme o disposto nos arts. 130 e 330 do CPC.

Da análise dos autos, verifico que, *in casu*, estamos diante de fatos incontroversos, os quais não dependem de prova, *ex vi* art.334, CPC. Em verdade, o cerne da questão repousa na legitimidade da conduta perpetrada pela requerida, único ponto controvertido a ser solvido no processo, constituindo matéria de direito, razão pela qual infiro despicienda a prova em audiência pleiteada pela requerida.

O TJSE ratificou esse entendimento:

Bom, restritos ao motivo de irresignação do agravante, qual seja, a dispensa da oitiva do autor/agravado, como meio de prova, trilhando o caminho adotado pelo juízo de origem, nos termos do art.330, I do CPC, anotamos que tal audiência é desnecessária para o convencimento do juiz, diante dos documentos anexos aos autos, como trechos de jornais, outdoors, e outros.

Dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Interpretando os artigos supra citados no contexto dos autos, observamos que a oitiva do agravado em audiência nada traria de novo, ou de essencial que acrescentasse às provas já colacionadas ao procedimento.

O prequestionado art. 343 do CPC deve conviver em harmonia com os demais textos de lei anotados, cabendo ao juiz apreciar a documentação posta para sua apreciação e a partir dela, convicto que o processo se encontra ou não pronto para julgamento, deferir a produção de outras provas, necessárias ao deslinde da questão.

Pelos excertos destacados, foi dada a mais completa liberdade à possibilidade de indeferimento da prova. Se o(a) julgador(a) sentir-se convencido, pode proferir a decisão. Do ponto de vista da teoria da decisão, a primeira contradição é: como alguém pode dizer que está suficientemente convencido se não pode prever o conteúdo do depoimento pessoal? Em segundo lugar, toda a lógica de “livre convencimento” apresentada no acórdão descreve “liberdade” na apreciação da prova e não na produção. O próprio conceito de “diligência inútil” traz uma abertura de sentido apta a resvalar no uso de “argumentos de autoridade”, já que ‘Para esta forma de argumentar o objetivo não é demonstrar a correção de uma tese jurídica qualquer, mas simplesmente tomar uma decisão, mesmo sem oferecer razões de decidir à altura da complexidade do caso.’ (2013, p. 62).

No caso ora especificado, a questão da “utilidade da diligência” poderia ser alvo de maior discussão, já que em se tratando de dano moral, a extensão do dano seria melhor aferida através do contato com aquele que se diz desonrado.

Mesmo que a intenção da negativa de produção da prova, neste caso, estivesse influenciada pelo fato de o autor ser desembargador ex presidente da corte (o que não se pode afirmar), há uma atuação processual respaldada por vasta jurisprudência dos tribunais superiores. Assim, a veste de legalidade cai bem ao

procedimento adotado. Isso não impede as críticas necessárias à concepção de processo judicial e até mesmo de direito predominante na jurisdição pátria, com apego a paradigmas individualistas e dependente da “sabedoria” e da “justeza” de cada magistrado(a).

Ao final dessa exposição, importa trazer a lume alguns fundamentos da sentença e do acórdão proferido na apelação para se ter ou não um uso jurisdicional fora do que regularmente ocorre. Na primeira instância foi dito que:

Os fatos expostos até então evidenciam considerável excesso nas mensagens publicadas, extrapolando a seara do direito de informar e do apoio aos sindicalizados, emitindo juízo de valor que atenta flagrantemente contra a honra do autor, invadindo direitos individuais personalíssimos, igualmente garantidos pela Constituição Federal. Com efeito, as figuras da vaca representando o dinheiro público, do marajá representando privilégios concedidos aos desembargadores e ocupantes de cargos comissionados, do termo “mamatômetro” utilizado para indicar valores recebidos por familiares do autor em detrimento da remuneração dos concursados, charge do autor montado num trenó cheio de dinheiro e a imagem de dinheiro escondido em mala preta insinuam a existência de corrupção, injustiça e locupletamento ilícito, entre outros adjetivos negativos que a imaginação possa oferecer; tudo isso vinculado ao nome do autor e de sua família, demonstra que as ações do requerido ultrapassaram os limites da liberdade de expressão e do direito à crítica, violando desta forma a garantia constitucional à honra e imagem, restando abusiva, ilegítima e danosa a conduta perpetrada pelo requerido.

[...]

O autor, enquanto cargo que ocupava no momento (Presidente do TJ/SE), naturalmente estaria exposto a críticas. Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais, como no caso dos autos, em que o sindicato relaciona as decisões tomadas pelo autor enquanto presidente do TJ/SE a interesses pessoais, escusos e imorais, abalando sua reputação perante amigos, família e demais membros da sociedade, restando cabalmente demonstrado o ataque direto à honra do autor.

Outrossim, é irrelevante para o caso em comento que o sindicato tenha exposto fatos verídicos, pois todas as ações até aqui expostas configuram, tecnicamente, injúria e difamação, figuras jurídicas diante das quais inadmissível exceção da verdade.

Os trechos da sentença apresentam rechaço a todos os meios de crítica exercidos pelo Sindicato, também utilizados como forma de pressão para influenciar nas reformas que almejava. Fala-se que houve “juízo de valor” pejorativo, com uso de construções aptas a macular direitos fundamentais do autor. Algumas das ferramentas de manifestação, conforme já se expôs anteriormente, não foram concebidas para serem utilizadas contra o autor da ação. O mamatômetro, o marajá

e a vaca já eram imagens utilizadas pelo Sindicato, sendo que o marajá e a vaca são símbolos popularmente utilizados para caracterizar privilégios, tal qual se fez com o mamatômetro. A construção de charge, *a priori*, também não parece inscrever ato ilícito quando utiliza figura pública e intenta a crítica. Um trenó com dinheiro guiado pelo então presidente do TJ, conforme divulgado ao final de 2012, pode simbolizar a má distribuição das verbas, com poucos ganhando muito dinheiro e muitos recebendo baixa remuneração, conforme reconhece a própria decisão.

Existia, portanto, uma disputa política entre os litigantes, diante da qual se questionava a distribuição de benefícios pelo ente estatal, naquele momento representado pelo presidente do tribunal. Já foi apresentada alhures a posição de Rodriguez sobre o estado de direito enquanto possibilidade de questionamento e participação exatamente de questões como essa. Houve, pois, uma polarização na distribuição de poder a ser decidida judicialmente.

Também erra o juízo ao dizer que em caso de difamação não se admite exceção da verdade. Além de a análise não dizer respeito a uma imputação criminal, o que em si já afastaria o argumento, o parágrafo único do art. 139 do Código Penal dispõe: 'A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.'. Parece que esse é exatamente o caso. Houve críticas contra atos de um chefe de poder exercidos exatamente por essa condição de autoridade. Então, por mais duras que sejam as críticas, por mais que incomodem, deve-se reconhecer que sem impacto na esfera pública e sem exposição se torna muito difícil influenciar nas tomadas de decisão oficial. Melo utiliza como explicação dessa tentativa das esferas públicas informais em alterar o sistema de poder do centro político o *modelo de eclusas* de Peters. Para Rúrion Melo:

As eclusas funcionam, na verdade, como um sistema de comportas que podem ser transpostas, permitindo a interconexão entre o núcleo institucional e os influxos da periferia procedentes da esfera pública. As comportas representam, no modelo de eclusas, barreiras e estruturas de poder presentes na esfera pública e nos centros de poder político, as quais, para serem *superadas*, dependem das mobilizações e manifestações de revolta que, em certo momento crítico, atingem um grau de tal modo intenso na esfera pública, a ponto de modificar as relações de força entre a sociedade civil e o sistema político; e também da possibilidade que o próprio Estado de direito possui para regular os fluxos de poder que atravessam tal sistema. (2015, p. 32)

Através dessas reflexões, ao se concordar que há barreiras impostas pelo poder, é necessário esforço e estratégias criativas para superá-las para “modificar as relações de força” e “regular os fluxos de poder”. Em assim sendo, o incômodo gerado é uma forma de revolta importante para tentar promover a “superação” dos obstáculos que o poder emanado do centro (nesse caso, do judiciário) opõe. E a característica desses movimentos “sub-institucionais” de se utilizar de meios de pressão mais contundentes é importante na medida em que, no atual contexto, ‘a esfera pública só teria como resistir e impor a opinião e a vontade produzida na periferia da sociedade com muita persistência de movimentos sociais mais ou menos organizados’ (2016, p. 78).

No caso do judiciário, porém, o resultado não tem sido a promoção de abertura nem a alteração da dinâmica de poder. Tem-se apresentado como via o reforço da autoridade com a punição de quem promoveu o enfrentamento. O encargo político de comandar uma estrutura como um tribunal vem acompanhado de ônus do ponto de vista das responsabilidades e da interação com os mais diversos tipos de conflitos. Isso é próprio da democracia, sob pena de se paralisar os fluxos de poder.

Outro ponto que deixou de ser considerado na decisão condenatória foi o caráter de crítica generalizada pretendida pelas campanhas salariais, não necessariamente se voltando contra o então presidente da corte. Os únicos atos dirigidos objetivando a ele foi a segunda edição do mamatômetro e a imagem do trenó. O mamatômetro apresentou ao público a verba total recebida pelo desembargador e seus familiares que trabalham no TJSE, observando dados disponibilizados no portal da transparência. E então, o cargo ocupado parecia não ser relevante no sopesamento da legitimidade e do impacto da crítica, pois houve uma pessoalização a se sobrepor aos questionamentos contra a administração do presidente do tribunal, chegando a sentença a constar:

Ora, não é coerente nem razoável que o homem comum não se sinta ofendido com as ações do sindicato alhures expostas, atingindo a sua dignidade, bem como a sua reputação perante a sociedade, lesionando a honra objetiva e subjetiva. Ademais, a lesão a parentes próximos também configura o dano moral na espécie, vez que atingiu a vítima em ricochete.

Na avaliação da controvérsia, o tribunal, em sede de apelação, considerou:

Com efeito, a questão posta em debate envolve dois direitos fundamentais de relevância ímpar no ordenamento jurídico pátrio: a liberdade de expressão e informação e a tutela dos direitos da personalidade, entre os quais se destacam a honra e a dignidade, tendo sido ambos albergados pelo texto constitucional.

[...]

Desta forma, haverá direito à indenização por abalo imaterial, se as manifestações, quer escritas, quer faladas, tenham excedido o direito de criticar e/ou se expressar, invadindo a esfera jurídica da honra e imagem do autor, sem o cuidado necessário ou mesmo com intenção de caluniar, difamar ou injuriar.

[...]

Vislumbro que as atitudes do réu, no momento e contexto social em que ocorreram, demonstram o caráter eleitoreiro utilizado pela gestão sindical, quer dizer, o demandado utilizou de ultrapassada manobra política que se vale de críticas desmedidas à determinada figura política ou a “adversário”, para tentar angariar votos e prestígio, no caso em apreço, perante à massa sindicalizada.

[...]

Nessa senda, ao espalhar por vários bairros desta *urbe*, bem como de outras cidades do interior *outdoors* com a frase “Des. Osório Ramos desprezou os servidores do TJSE e ficou ao lado dos marajás”, tenta o réu induzir a população sergipana que o então Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe é um “marajá” (fls. 33/40).

Ora, conforme conhecimento popular, a expressão “marajá” tem uma conotação pejorativa, no sentido de que seria aquele integrante da administração pública que auferia salário, mas, no entanto, não trabalha efetivamente.

Da mesma forma, a manifestação do sindicato/réu no dia 06/02/2014 frente ao Palácio da Justiça, dia em que ocorreu a posse do Presidente Des. Cláudio Dinart Deda, ostentando faixa com os dizeres: “Pode até ser legal...mas será que é moral? Remuneração da família do Des. Osório Ramos no TJSE. R\$ 116.748,30”, também findou por agredir moralmente o autor e sua família, cujas filhas, consoante restou comprovado (fls. 24/27), são todas servidoras públicas investidas através de Concurso Público.

No tocante ao autor, Magistrado e Professor Universitário renomado e respeitado pela sociedade sergipana, com mais de 35 anos de serviço público, nunca esteve envolvido em qualquer situação que viesse a denegrir sua integridade.

Os desembargadores, colegas de trabalho do autor, levantaram questões sobre a honorabilidade e respeitabilidade dele e imputaram características negativas aos atos do réu, deslegitimando suas campanhas ao lhes atribuir objetivos meramente eleitoreiros. Com isso, a Corte majorou de quarenta mil para cinquenta mil reais o valor da indenização. Consideraram que as críticas foram desmedidas, mas aparentemente o “excesso” estaria relacionado à figura alvo muito mais do que às informações contidas nas exposições públicas. Em outras palavras, é como se o

próprio fato de afetar aquele desembargador fosse suficiente para gerar o dever indenizatório, mesmo com as informações contidas sendo verdadeiras.

De outro giro, contrariando o estabelecimento de limite tão raso para o exercício de crítica, o STF já teve oportunidade de tratar do assunto, sobretudo após o julgamento da ADPF 130/DF. Não sendo objetivamente imputado crime e sendo verdadeiras as informações divulgadas, a regra é a aceitação da crítica, por mais irônica e dura que ela seja.

É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil **a publicação** de matéria jornalística cujo conteúdo **divulgar** observações em caráter mordaz **ou** irônico **ou**, *então*, **veicular** opiniões em tom de crítica severa, dura **ou**, *até*, impiedosa, **ainda mais se** a pessoa a quem tais observações forem dirigidas **ostentar** a condição **de figura pública, investida**, *ou não*, de autoridade governamental, **pois**, *em tal contexto*, **a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso** de ofender.

Com efeito, a exposição de fatos **e a veiculação** de conceitos, **utilizadas** como elementos materializadores **da prática concreta** do direito de crítica, **descaracterizam** o “*animus injuriandi vel diffamandi*”, **legitimando**, *assim*, em plenitude, **o exercício** dessa particular expressão da liberdade de imprensa.

[...]

Sendo assim, e em face das razões expostas, **conheço** do presente agravo, **para dar provimento** ao recurso extraordinário a que ele se refere (**CPC**, art. 544, § 4º, II, “c”, **na redação** dada pela Lei nº 12.322/2010), **em ordem a julgar improcedente a ação de reparação civil por danos morais ajuizada** pelo ora recorrido.

(ARE 722744 / DF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 19/02/2014) (grifo do autor)

Portanto, a severidade da crítica não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar. Se o judiciário reconheceu a veracidade das informações e não visualizou nenhuma imputação objetiva de ato ilícito ao desembargador (o próprio mamatômetro admite a legalidade dos valores recebidos em alta monta), também não deveria criar uma interpretação particular que leve à conclusão de ter havido injúria e difamação ou mesmo o dever de indenizar. Mas, como exposto por Nobre, num sistema pemedebista, aqueles que estão contemplados pelo consórcio do poder tendem a preservar seu espaço e evitar que outros membros passem a integrar o grupo, pondo em risco a posição de destaque já consolidada.

O ponto a se ressaltar aqui é que estamos diante do judiciário autolegitimando seus interesses. Ao julgar um caso como esse, seria mesmo de se esperar que este

poder interpretasse de maneira favorável a si mesmo uma regra jurídica qualquer. É justamente por isso que a separação de poderes foi concebida. Para conter os poderes em situações nas quais seus representantes estão expostos, objetivamente, a uma situação em que poderiam tender a favorecer a si mesmos, independentemente do que possa dizer sua consciência individual.

Para evitar que situações como essa aconteçam e, como se pode ver pela análise deste e dos demais casos, fica evidente que ela ocorreu uma vez e continua ocorrendo. A separação dos poderes não é uma mera divisão administrativa de competência, mas é uma forma de promover a contenção dos homens e mulheres que os ocupam para evitar que eles cedam, por assim dizer, à tentação de concentrar o poder em suas mãos e de favorecer a si mesmos em suas decisões.

O magistrado, ex presidente do Tribunal, acionou o judiciário que integra e teve sua demanda julgada por seus pares. Seria um indício de déficit democrático?

A autoridade do legitimador repousa sobre quão pronta a comunidade encontra-se para reconhecer a competência do juiz para fornecer ou negar legitimidade ao ato de um indivíduo. Assim, a própria função do juiz pressupõe a separação entre o ato e sua legitimação.³⁷ (KIRCHHEIMER, 1968, p. 195)

O teórico propõe o reconhecimento da competência judicial bem como a separação entre o ato questionado e a causa de legitimação como pressupostos do exercício de uma autoridade judicante apta a conferir autenticidade (ou legitimidade) a determinada posição. Quando o Sindicato criticou e tentou deslegitimar figuras do judiciário perante a administração pública, um problema sério emergiu. Os dois requisitos de uma atuação democrática foram atingidos. Na medida em que o reconhecimento público do tribunal foi afetado, medidas judiciais foram preparadas para combater o ato que o afetou, dissolvendo-se a divisão entre o ato e o processo de sua legitimação.

A instância legitimadora do judiciário foi o próprio judiciário. A imagem de um membro da corte pode se confundir a da própria corte e vice versa, devido à característica personalista da jurisdição pátria (RODRIGUEZ, 2013). Quando o representante dos servidores mobilizou-se contra atos do presidente, expondo informações verídicas, teve sua ação interpretada enquanto ofensa pessoal.

³⁷ No original: La autoridad del legitimador descansa en lo preparada que se halle la comunidad para reconocer la competencia del juez para prestar o denegar legitimidad al acto de un individuo. Así pues, la propia función del juez presupone la separación entre el acto y su legitimación.

Esse não foi um caso único. Outro desembargador que ocupou a presidência do TJSE também promoveu ação indenizatória e obteve indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) nos autos do processo n. 201510200910. Em Minas Gerais também ocorreu situação similar, com propositura de ação judicial pela Associação de Magistrados de Minas Gerais (Amagis) e pelo então presidente do TJMG contra o Sindicato dos Servidores da Justiça de 1ª Instância de Minas Gerais (Serjusmig), e sua presidenta à época, Sandra Silvestrini, e também contra o Facebook e o Google (SINDOJUS/MG, s/d).

São processos judiciais que atingem a reflexividade do poder: o poder judiciário é quem pode falar de si mesmo. Outros sujeitos precisam ter cuidados maiores para falar de magistrados(as) do que de membros dos demais poderes clássicos (legislativo e executivo). A política administrativa e de remuneração empreendida pelas cortes é retirada do nível de debate público empreendido por outras categorias de servidores públicos (e trabalhadores do setor privado), pois o risco de pagar por isso através de indenizações é maior³⁸.

Uma saída para esse problema, como já se vem apresentando, é que seja assegurado o funcionamento de esferas públicas periféricas (ou contrapúblicos subalternos) que envolvam o judiciário. Através do procedimentalismo jurídico é possível preservar tais grupos. Isso porque a esfera pública, para atingir um nível democrático substancial, precisa funcionar com liberdade, livre da intervenção estatal e com abertura aos influxos de poder oriundos dos mais diversos grupos, sobretudo os mais excluídos. Segundo Habermas, a abertura institucional deve ser tal que permita 'introduzir e testar *novos* arranjos institucionais, que podem refrear a tendência de transformar os cidadãos em clientes do Estado' (2014, p. 77) (grifo do autor). Assim, em vez de haver uma absorção dos movimentos pelo Estado, deve haver um diálogo aberto, admitindo-se a manifestação o mais amplo direito de questionamento e de tentativa de influenciar a opinião pública, respeitada a autonomia dos membros "subinstitucionais" e reconhecida a capacidade do Estado de se transformar a partir de dentro (2014, p. 68).

O direito, então, ingressa nessa arena discursiva transformadora não para cercear a participação, mas para, através da 'institucionalização dos procedimentos

³⁸ É pouco palpável que governadores de estados acionem o judiciário tentando indenização por críticas empreendidas contra si, por maior que seja o achincalhe. Poucos são os casos de demanda dessa natureza e a pesquisa no Google com a expressão "governador processa sindicato" não apresentou resultado compatível com a busca.

jurídicos’, garantir ‘um cumprimento aproximado dos exigentes pressupostos da comunicação nas negociações equitativas e nas argumentações sem coerção’ (2014, p. 76). Uma comunicação nesse nível é bloqueada por respostas coercitivas que proíbem, por exemplo, a exibição do mamatômetro e a exposição de *outdoors* pela cidade, como consequência da determinação judicial, a qual ordenou a “reparação do dano” causado ao desembargador.

3.2 A Gazeta do Povo e a magistratura do Paraná

Em verdade, parece que, cada vez mais, torna-se tabu criticar os altos salários recebidos por membros do judiciário. Atualmente, no Estado do Paraná, cinco repórteres do jornal “Gazeta do Povo” estão respondendo a mais de quarenta ações indenizatórias propostas por diversos magistrados que teriam se sentido lesados com matéria divulgando os supersalários praticados no tribunal daquele estado. Segundo a Folha de São Paulo, ‘os pedidos somam R\$ 1,3 milhão em indenizações’ (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016).

No dia 15 de fevereiro de 2016, o veículo de comunicação divulgou e criticou em matéria na internet os supersalários praticados no Judiciário e no Ministério Público paranaenses (GAZETA DO POVO, 2016). Outras publicações foram feitas na via impressa do jornal. A remuneração de toda a magistratura e dos membros do ministério público foram publicados, utilizando-se as informações do portal da transparência.

Segundo o portal G1 (G1 PARANÁ, 2016), pelo menos 42 ações foram propostas pelos integrantes do TJ e do MP. A partir daí, a imprensa nacional passou a acompanhar o desenrolar dessa série litigiosa envolvendo profissionais da comunicação e a Gazeta do Povo, em um efetivo combate empreendido por vários membros das citadas instituições do sistema de justiça paranaense. Então, parecem ter vindo à tona publicamente algumas perguntas: o Judiciário e o próprio Ministério Público estão blindados à crítica? É democrático que os magistrados julguem uns aos outros quando todos eles foram mencionados na reportagem? Qual a instância de controle e limite da jurisdição?

É uma faceta da circunstância que beira ao monopólio do debate sobre a atuação judiciária, ente ainda muito fechado à dialogicidade da esfera pública. É como se o exercício da “crítica” em relação aos Tribunais só pudesse ser feito,

quando muito, quanto às decisões oficialmente proferidas em processos e no âmbito de uma concepção dogmática restrita, sem maiores exposições do(a) julgador(a). Falar sobre modos de atuação de cada membro, posição social que ocupam, remuneração que recebem e outros temas de interesse público que superem o conteúdo decisório, está submetido a limites graves. E o caso da Gazeta do Povo é ilustrativo. Por se tratar de processos travados contra um veículo de comunicação, e não só contra comunicadores, é oportuno trazer a reflexão de Kirchheimer sobre o tema:

Com grande frequência se tem analisado o problema [da disputa de poder] sob o enfoque da liberdade de expressão. A proteção à liberdade de expressão é absoluta e essencial para o processo democrático? Ou deve se sopesar a formação de consenso sem obstáculos, como fonte de adoção de decisões democráticas, contra suas próprias tendências inatas em direção à autodestruição e protegê-la dessas tendências, restringindo-lhe participação e expressão? Embora tais perguntas sejam pertinentes, a liberdade de expressão resulta, neste sentido, não ser mais que uma versão taquigráfica de um grande conjunto de manifestações que se cristalizam nos organismos e mediante as quais vem à vida a moderna democracia. (1968, p. 145)

Há questões importantes em torno da liberdade de expressão. Sem ela não é possível conceber a democracia moderna, consoante destaca o pensador alemão. Assim, qualquer postura com capacidade de retirar seu potencial crítico-discursivo é ilegítimo, contrário ao estado de direito fundado na abertura das instituições a transformações a partir do estabelecimento amplo do diálogo.

No “caso Gazeta”, diante da enxurrada de ações, comunicadores(as) processados apresentaram Reclamação junto ao STF (Rcl 23899) na tentativa de fazer prevalecer o entendimento firmado na ADPF 130 sobre o livre exercício da comunicação social. A relatora do caso é a Ministra Rosa Weber e suas decisões proferidas até agora dão o tom da disputa.

A Ministra do STF, inicialmente, decidiu por negar seguimento à provocação do jornal e dos jornalistas, ou seja, enfrentou a disputa apenas quanto à impossibilidade de o caso ser analisado pela Suprema Corte. De todo modo, fez constar que o direito de ação a todos aproveita, não havendo abuso nas diversas ações de magistrados e membros do MP. Assim, num primeiro momento, reverberou a tese dos(as) juízes(as). Todavia, face ao recurso interposto contra essa decisão, a mesma Ministra reviu sua posição e não somente resolveu processar o pedido como

deferiu liminar suspendendo todos os processos em trâmite. Ressaltou que os novos elementos trazidos no recurso permitiam perceber um cenário violador à liberdade de expressão.

Como se vê, as duas posições em choque foram acatadas em alguma fase do processo e, numa primeira análise, considerou-se que a provocação do judiciário por magistrados é normal, não passando de um direito fundamental de qualquer cidadão. O que não entrou no espectro de análise foi o assunto debatido nas ações, referentes à administração judiciária. A matéria que levou a toda a celeuma é a divulgação dos supersalários em tom de crítica, apontando-se que são benefícios desproporcionais para um determinado grupo.

Deixar esse assunto de fora é ignorar um fato institucionalmente com repercussões na teoria clássica da tripartição de poderes. Quando o CNJ, órgão do poder judiciário (art. 92, I-A, da CF/88), regulamenta benefícios (leia-se auxílio-moradia) a engrossar os vencimentos da magistratura, faz as vezes de legislativo. A concessão das verbas a cada magistrado(a) em particular é incumbência dos(as) administradores(as) dos tribunais, sob o comando de desembargadores(as). Por fim, qualquer questionamento sobre eventuais discordâncias quanto aos valores pode ser formulado perante o judiciário, função típica dos tribunais. Sendo assim, há uma acumulação de “três poderes em um”. Para utilizar a análise de Nobre, é possível vislumbrar um sistema de “contorno de vetos”, na medida em que o debate público amplo sobre a matéria é evitado, sequer instaurando processo legislativo para discutir o assunto.

Ao passar ao largo da discussão sobre a conformação institucional que o assunto gera, o que foi considerado pela ministra, ao ponto de gerar um novo posicionamento, foi a liberdade comunicativa, destacando-se a seguinte passagem:

Em nada contribui para a dinâmica de uma sociedade democrática reduzir o papel social da imprensa a um asséptico aspecto informativo pretensamente neutro e imparcial, ceifando-lhe as notas essenciais da opinião e da crítica. Não se compatibiliza como regime constitucional das liberdades, nessa ordem de ideias, a interdição do uso de expressões negativas ao autor de manifestação opinativa que pretenda expressar desaprovação pessoal por determinado fato, situação, ou ocorrência.

Aniquilam, portanto, a proteção à liberdade de imprensa, na medida em que a golpeiam no seu núcleo essencial, a imposição de objetividade e a vedação da opinião pejorativa e da crítica desfavorável, reduzindo-a, por conseguinte, à liberdade de informar que, se constitui uma de suas dimensões, em absoluto a esgota.

Liberdade de imprensa e objetividade compulsória são conceitos mutuamente excludentes. Não tem a imprensa livre, por definição, compromisso com uma suposta neutralidade, e, no dia que eventualmente vier a tê-lo, já não será mais livre.

Apesar do viés pouco problematizador quanto ao exercício do poder judiciário em seu próprio favor, o impacto político da decisão foi imediato. Os principais meios de comunicação nacionais divulgaram-na amplamente, com direito a matéria de mais de três minutos no Jornal Nacional (G1 JORNAL NACIONAL, 2016). Agora, toda a sociedade poderá acompanhar mais intensamente. O deslocamento definitivo da discussão abre margem para maior pressão e acompanhamento do caso. Porém, o problema posto não é resolvido. Isso não quer dizer que a decisão não aponte uma abertura à emanção de provimentos judiciais contrários aos interesses da magistratura. As influências e pressões externas, ou seja, o estabelecimento de debates em diferentes esferas públicas em face da manifestação judiciária pode ser uma via emancipatória que, em certas circunstâncias, traz respostas que transcendam ao formalismo ou à função autenticadora.

Mesmo assim, do ponto de vista da institucionalidade democrática, permanece a insolubilidade do problema central. Mesmo que o STF decida, nesse caso, em favor dos jornalistas, não terá havido um órgão ou instituição desvinculado do Judiciário a decidir sobre a distribuição do poder judicial.

Fato é que a decisão da Ministra, a ser analisada pelo Supremo Tribunal, atingiu a disputa travada no Paraná. Notas das associações de jornalistas, magistrados e do ministério público não faltaram nos dias que seguiram ao decisório. E depois da ordem de suspensão dos processos, houve uma forte manifestação de força em toda a imprensa. A mensagem que transparece para a população neste instante é a de que há abuso por parte do judiciário paranaense, mesmo que não se possa extrair tal assertiva da decisão. Logo, o impacto político não pode ser recusado.

Apesar de a contenda não possuir data para terminar, cada ato é divulgado com grande vigor, como é próprio da tentativa de “autenticar” cada posição via judiciário, em típico exercício do “political justice”. Isso porque, independentemente do resultado do(s) processo(s), a jurisdição é via comum de disputas políticas (em várias dimensões), mesmo que não envolva partidos ou que a atuação judicial

comece e termine “falando em nome da lei”. E usar a lei como escudo é exatamente a ferramenta de autenticação/legitimação dos anseios de cada grupo.

Como efeito prático, da forma como se arquitetou o acionamento ao judiciário, o exercício do trabalho jornalístico dos réus foi prejudicado, pois a propositura das ações se deu em muitas e distantes comarcas. Um dos juízes chegou até a dizer que houve articulação para coordenar as ações.

A separação entre as funções estatais exercidas e suas correlatas fontes de legitimação estaria se esvaindo quanto ao judiciário, o que afigura uma perda democrática. Isso porque, democraticamente, o fundamento do poder não pode ser o próprio poder. Mas quando a judicatura utiliza seu aparato judicante para justificar seu poderio através da coerção empreendida, a perspectiva repressiva emerge proeminente.

O caso da Gazeta do Povo é, nesse sentido, muito grave. Partícipes da atividade jurisdicional uniram-se para promover uma litigância estrategicamente articulada para desestabilizar aqueles que lhe criticaram. Muito pior que os impactos financeiros das prováveis condenações (devido à agilidade para a propositura da Reclamação, só se tem conhecimento de uma sentença, a qual, segundo consta na Rcl 23899, foi fixada no valor de vinte mil reais), tem-se o aspecto autenticador da supremacia dos vencedores com o conseqüente silenciamento dos comunicadores. A ratificação da ausência de controle e a contenção das discussões no seio social podem ser sequelas se as ações hoje suspensas forem legitimadas.

A desigualdade da disputa é ainda mais evidente porque, em vez de um magistrado ou de uma associação de magistrados, são muitos(as) juízes(as) questionando individualmente o mesmo ato. A publicação não enfatizou ou questionou o vencimento de “A” ou de “B”, mas de toda a categoria, expondo a fórmula adotada pelo tribunal para remunerar seus membros. Já por isso, não há ato personalizável a ser indenizado, já que todo agente público deve ter seu vencimento mensal disponível para a consulta pública. Mesmo assim, nota-se a pretensão (ou, no mínimo, a provável consequência) de utilizar do processo judicial para enfraquecer aquele que, para Kirchheimer, seria o inimigo.

Por ter gerado “impacto junto à opinião pública” contra a imagem de algum julgador, há muitos outros processos dignos de nota. Pela repercussão, a análise fica restrita ao caso do Paraná, mas em abril deste ano, por exemplo, o TJRS confirmou sentença que condenou jornalista e o jornal Zero Hora a pagar R\$

180.000,00 (cento e oitenta mil reais) ao desembargador presidente por ter criticado decisão proferida por ele em 2003 (MIGALHAS, 2016).

O caso a seguir guarde semelhanças com tais situações. Como se trata de processo penal e de repercussão internacional, será tratado isoladamente.

3.3 A Crônica Ficcional, a Condenação Penal e a Jurisdição Internacional

Um comunicador brasileiro que, em crônica ficcional, incomodou membro do Poder Judiciário do Estado de Sergipe foi submetido à jurisdição nacional e condenado criminalmente por suposta ofensa à honra de autoridade pública, com decisão transitada em julgado. Hoje se socorre junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos para tentar combater o que considerou violação do direito de liberdade de expressão.

Em maio de 2012, o jornalista José Cristian Góes publicou um texto, em portal de notícias eletrônico do Estado de Sergipe, intitulado “Eu, o coronel em mim”. Através dele, o autor produz uma crônica em primeira pessoa na qual um coronel relata as dificuldades de manter a aparência de ser democrático, ao tempo em que se qualifica como uma pessoa inteligente, autoritária e vingativa. O personagem diz precisar conservar essa fachada democrática, mas controla soberanamente os rumos da fazenda, pois tem nas mãos ‘a lei, a justiça, a polícia e um bando cada vez maior de puxa-sacos’ (GÓES, 2012). Em certa passagem, o coronel conta como reagiu a uma greve procedida com invasão da cozinha de uma das casas grande. Sem reconhecer o direito dos grevistas, ordenou ao jagunço das leis, representado por seu cunhado, que os expulsasse:

Dia desses fui contrariado porque alguns fizeram greve e invadiram uma parte da cozinha de uma das Casas Grande. Dizem que greve faz parte da democracia e eu teria que aceitar. Aceitar coisa nenhuma. **Chamei um jagunço das leis, não por coincidência marido de minha irmã, e dei um pé na bunda desse povo.** (GÓES, 2012) (grifo nosso)

O texto como um todo, que não passa de oito parágrafos com média de quatro linhas cada, traz em seu enredo a afirmação de poder por um coronel autoritário que tem à sua disposição vasto aparato para impor sua vontade. Ele conta ainda com a ignorância de grande parte do povo, o qual, contente e feliz, festeja na senzala sua necessária existência (GÓES, 2012). Não há menção de

nomes, lugares nem tempo dos fatos. Assim, naturalmente, há margem para múltiplas análises, ainda mais dentro do contexto brasileiro de políticas oligárquicas e pouco democráticas, com características peculiares na região Nordeste.

Em uma dessas interpretações, alguns ocupantes de altos cargos públicos sergipanos dizem ter entendido da crônica uma crítica desmoralizante a certo desembargador do TJSE. Isso porque o trecho em destaque acima ('Chamei um jagunço das leis, não por coincidência marido de minha irmã, e dei um pé na bunda desse povo.') faria referência direta e incontestável à pessoa do magistrado. Segundo o ponto de vista do então vice-presidente do TJSE (desembargador que se disse ofendido) e de algumas pessoas que confirmaram essa percepção em juízo, a estória estaria se reportando ao governador do Estado de Sergipe à época (que seria o coronel) e, como o desembargador era cunhado desse governante, estaria sendo atingido em sua honra pelo trecho mencionado. Por isso, resolveu representar criminalmente o comunicador por difamação e injúria.

Há outra questão levantada pelo desembargador. Em 2009, o jornalista havia publicado o texto "Para que serve um cunhado?" (GÓES, 2009) no mesmo portal de notícias. Naquela ocasião, falou aleatoriamente do vínculo de cunhadio e, ao final, teceu um comentário direcionado (especificando nomes) ao desembargador, pois havia poucos dias que ele decidira pela ilegalidade da greve de professores estaduais em ação proposta pelo Estado de Sergipe no primeiro dia de paralisação (AGÊNCIA SERGIPE DE NOTÍCIAS, 2009). Na oportunidade, Cristian Góes destacara a polêmica existente desde a nomeação do parente do governador para o Tribunal, pois este era advogado, integrou a lista tríplice constitucional e teve sua nomeação ao cargo efetivada pelo seu cunhado, o governador de então. O Ministério Público Federal chegou a propor ação civil pública contra a forma como foi escolhido o novo magistrado de segundo grau (processo n. 0004620-46.2007.4.05.8500 da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe) por entender que ali existia caso de nepotismo, mas não obteve êxito.

O escritor destacou no texto de 2009 que, inicialmente, o pedido do Estado de Sergipe contra a greve havia sido distribuído para um desembargador que era irmão do governador, o qual, mesmo não tendo sido nomeado por ele, declarou-se impedido de julgar o caso, como sempre fez em relação às ações de interesse da administração estadual durante a gestão do irmão. Já o cunhado, em que pese estar à época envolvido em polêmica de nepotismo em que não havia julgamento

definitivo, concedeu liminar em desfavor do sindicato dos professores e em benefício do ente público. São as considerações de Góes datadas de março de 2009 no final do texto “Para que serve um cunhado?”:

O governador Marcelo Déda entrou na Justiça Estadual contra os professores exatamente no primeiro dia da greve do magistério. Anote: no primeiro dia. Segundo que o pedido de ilegalidade do movimento de paralisação feito por Déda caiu nas mãos do desembargador Cláudio Déda, irmão do governador. Imediatamente, Cláudio Déda, correto, julgou-se impedido de apreciá-lo. É claro e óbvio. Ele não podia julgar porque o autor é Marcelo Déda, seu parente, seu irmão. Vale registrar ainda que Cláudio Déda jamais julgou qualquer ação em que o Governo do Estado seja parte na gestão do irmão. Registre-se também que Cláudio Déda não foi nomeado pelo atual governador.

Mas no caso do cunhado...hum. Primeiro porque a nomeação do seu cunhado para o cargo de desembargador provocou um significativo desgaste para Marcelo Déda, que chegou a ser acusado de nepotista. O Ministério Público Federal chegou a entrar com uma ação civil contra a nomeação de Edson Ulisses por Marcelo Déda. A ação contra o possível nepotismo ainda não foi julgada, ou seja, em tese, o desembargador cunhado estaria *sub judice*. São fatos.

Voltando a questão central da coluna, que é descobrir a finalidade real de um cunhado, penso nem ser melhor perguntar aos professores da rede estadual para que serve um cunhado. Quem deve ter respostas bem claras e objetivas para essa questão?

Neste caso, houve crítica objetiva ao desembargador, mas o texto não ensejou a criminalização do escritor de forma direta, não tendo sido objeto de judicialização. Contudo, a matéria foi utilizada para fins de interpretação da crônica publicada três anos mais tarde, conduzindo à condenação penal em ação suscitada pelo magistrado. Assim, o que releva destacar sobre a publicação de 2009 é o fato de ter sido ela levada em conta tanto pelo Ministério Público, ao propor ação penal (processo n. 201245102580 do Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju/SE), quanto pelo juiz, ao proferir sentença. O “ofendido” não teceu comentários sobre o texto mais antigo em sua representação, mas isso não impediu que a promotoria o destacasse na ação penal proposta. Para não dar margem a dúvidas, reforce-se que o único texto objeto do pedido de condenação fora “Eu, o coronel em mim” (GÓES, 2012), sendo a publicação anterior analisada judicialmente para fins de apreciar a “intenção” do autor da crônica. Na sentença, ao se decidir

sobre o argumento da defesa de impossibilidade de associação dos escritos, o sentenciante considerou o seguinte:

A análise desta demanda independe de análise conjunta dos textos, tendo em vista que, conforme argumentos já lançados, dentro do contexto social à época da escrita de “Eu, o coronel em mim”, dá para fazer correlação entre os personagens e a vida real. A leitura em conjunto dos textos apenas serve como uma das provas para convencimento deste Juízo acerca da identificação dos personagens tratados como o coronel e o seu cunhado jagunço das leis.

Nesse contexto, Góes foi condenado por injúria, decisão confirmada por maioria de votos na Turma Recursal do Estado de Sergipe (o relator acolhia os argumentos da defesa). O recurso contra o acórdão não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário, tendo, pois, transitado em julgado. Essa tramitação processual, por sua vez, ocorreu de forma, à primeira vista, problemática. Logo, para melhor compreensão do provável uso político que se fez do judiciário, alguns acontecimentos precisam ser expostos com brevidade.

O acusado apontou o pré julgamento da matéria, pois a juíza que procedeu ao recebimento da denúncia teria analisado questões de mérito antes de exercitada a ampla defesa, alegação defensiva fundamentadamente acolhida no voto do relator na Turma Recursal, mas rejeitada pelos demais julgadores. Já pela ata da audiência do dia 19 de abril de 2013, percebe-se que o comunicador foi impossibilitado de ouvir em juízo o governador como testemunha, em seu entender figura central para o deslinde dos fatos, já que seria pessoa diretamente relacionada às narrativas. Por outro lado, conforme consta nos recursos interpostos e na própria sentença, muitas perguntas da defesa do jornalista dirigidas ao “ofendido” e a uma testemunha de acusação (um conselheiro do Tribunal de Contas) foram indeferidas pela juíza, o que pode significar cerceamento de defesa.

Para além disso, houve substituição do magistrado competente para decidir o caso. De acordo com as alegações da denúncia encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e documentos que a acompanham, a juíza titular que conduziu a instrução criminal fora afastada pelo Tribunal e, em vez de ser designado o seu substituto imediato, um terceiro magistrado fora indicado pelo TJSE para assumir temporariamente a competência pela vara onde tramitava a ação contra Góes, proferindo decisão final apenas no ‘único processo que esperava

sentença antes de sua chegada' (p. 11 da petição), que era o do autor de "Eu, o coronel em mim". Além disso, há informações de que militantes sociais e pessoas interessadas no processo foram impedidas de acompanhar as audiências do caso, o que pode indicar inobservância do princípio da publicidade dos atos públicos.

Diante dessas circunstâncias foi que Góes foi julgado culpado e condenado a sete meses e dezesseis dias de detenção em regime aberto (convertida em pena restritiva de direitos) e ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de reparação de danos morais (liquidado no processo n. 201210701342 da 7ª vara cível da comarca de Aracaju/SE) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de honorários advocatícios. Sem mais possibilidades jurídicas de discutir o processo na jurisdição nacional, a associação civil de caráter internacional "Artigo 19" (*Article 19*) e o Coletivo "Intervezes", associação civil nacional, engajadas com a defesa da liberdade de expressão e o direito à comunicação, apresentaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denúncia contra o Estado Brasileiro (República Federativa do Brasil) por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda pendente de decisão. Recentemente, o CNJ disse não ter vislumbrado irregularidade no caso e que a designação do julgador do caso foi lícita, conforme divulgado pelo Tribunal em seu portal (AGÊNCIA DE NOTÍCIAS – TJSE, 2016).

Resta, pois, analisar o uso que se fez do aparelho judicial nesse caso, para, na sequência, tentar entender as possibilidades de controlar a jurisdição interna a partir de processos jurídicos transnacionais.

3.3.1 Uso político da justiça no "Caso Cristian Góes"

Para que serve um processo judicial de natureza criminal diante de uma contenda que diz respeito apenas à honra de uma pessoa? Qual o caráter dessa judicialização quando a pessoa que se diz ofendida é uma autoridade pública? Mais ainda: como garantir o equilíbrio de forças quando esse mesmo indivíduo ocupa, na mesma carreira, cargo de poder mais destacado do que aquele que vai resolver a lide de seu interesse?

Já se viu que são perguntas de difícil resolução. Por ora, interessa observar os acontecimentos do "Caso Cristian Góes" para problematizar a atuação do judiciário e seu uso no processo em comento. Daí, pelo menos duas hipóteses básicas podem ser arguidas: a ação tramitou em estrita observância aos preceitos

legais, evitando-se excessos de qualquer natureza e decidindo-se de acordo com o ordenamento jurídico, em regular atuação judicial; ou a ação tramitou com vantagens para uma das partes. Neste caso, o benefício pode ser fruto de uma má apreciação do processo (por pouco preparo ou equívoco do julgador) ou de uma predisposição (institucional ou pessoal) de favorecer alguém. Já essa predisposição pode ser estimulada por questões individuais ou políticas.

Mesmo sem discutir a fundo cada uma das questões problemáticas suscitadas, partir-se-á da suposição de que houve uso do judiciário em favor do desembargador. Como é impossível constituir certeza plena sobre esse uso da jurisdição (a não ser que houvesse alguma espécie de confissão), será assumida a hipótese de que a condenação do jornalista foi alcançada pelo uso político da jurisdição para autenticar o poderio do desembargador. Como problema base, dentre os vários apontados, tomar-se-á a indicação do juiz que proferiu sentença no caso em apreço como forma de guardar verossimilhança, já que há documentos apontando para a desestabilização da impessoalidade na designação do julgador a decidir a lide, vez que a lista oficial de substituição foi preterida e, mesmo o substituto tendo praticado diversos outros atos naquela Vara, a única sentença proferida foi a do “Caso Cristian Góes”.

Apenas para não deixar de citar, o indeferimento da oitiva de testemunhas também foi um problema. Numa situação normal, as diferentes narrativas das partes devem ser construídas para só depois se avaliar isentamente qual a melhor conclusão, considerando parâmetros jurídico-rationais para tanto. Kirchheimer pontuou que ‘como as partes naturalmente divergem, o papel desempenhado pelos acusados ou pelos demandantes devem ser reconstruídos em benefício do tribunal, e o depoimento das testemunhas pode ser decisivo’ (1968, p. 119). Como a lei pátria admite o indeferimento de testemunhas e a prática corrente lhe exime de uma fundamentação robusta para fazê-lo, esse aspecto não receberá atenção.

No caso de Góes, talvez seja interessante estabelecer o porquê de tê-lo como “inimigo” (nos termos de Kirchheimer) para, na sequência, delinear o nível de pressão posto sobre a corte.

Como foi analisado anteriormente, o comunicador foi condenado pela publicação de um texto ficcional. Essa crônica, por sua vez, foi interpretada paralelamente a uma matéria de mais de três anos antes, na qual o autor fazia crítica direta a um desembargador. Aparentemente, desde o escrito pretérito o

jornalista ficara marcado como alguém que pretendia afrontar a autoridade do magistrado membro da corte de seu estado. Assertivas duras foram feitas a partir da vinculação do desembargador aos interesses do governador, que era seu cunhado. Logo, a legitimidade e a própria autoridade do juiz foram postas em xeque.

Provavelmente, como tramitava ação judicial arguindo nepotismo na indicação do cunhado do governador ao tribunal e tendo em vista a objetividade com que as informações foram apresentadas na matéria mais antiga, o desembargador recém nomeado poderia se envolver em polêmica desnecessária caso judicializasse demanda contra o comunicador naquele momento. Três anos depois, porém, com a situação já estabilizada, sobressai a nova publicação. Mesmo sem qualquer alusão a fatos e pessoas reais, diz-se ter havido identificação da autoridade judicial com a figura ficcional do “jagunço das leis”. Era a oportunidade de reprimir aquilo que seria um abuso contra o já vice-presidente da corte, ou seja, contra a segunda pessoa do escalão de comando do poder judiciário de um ente federado.

No caso de se obter sucesso com a criminalização do ato do jornalista, um inimigo seria eliminado. O interesse na reprimenda foi tal que, não bastasse a representação criminal, pouco tempo depois o desembargador propôs ação indenizatória (processo n. 201210701342) para ter reparados os danos morais que diz ter sofrido. Logo após o trânsito em julgado da ação criminal, essa outra foi analisada como ação civil *ex delicto*, procedimento previsto no art. 63 do Código de Processo Penal que facilita o trâmite da ação reparatória³⁹. Os elementos trazidos até aqui parecem ser suficientes para firmar que o comunicador pode ser visto como desafeto político do magistrado. Bilsky retratou uma perspectiva de *political justice* pela qual as ofensas proferidas contra detentores de poder são marcantes para os julgamentos políticos:

Por esta razão, o protótipo de um julgamento político tem sido o julgamento criminal de um adversário político, por razões políticas. Essa definição ampla abrange julgamentos em que o réu atacou diretamente a ordem estabelecida por atos como traição ou sedição, mas também **julgamentos envolvendo crimes comuns em que**

³⁹ A sentença que condenou Góes ao pagamento de vinte e cinco mil reais ainda não é definitiva, pois pendente de recurso.

apenas a personalidade ou o motivo do infrator indica sua natureza política⁴⁰. (2001, p. 11713) (grifo nosso)

Da mesma maneira, a forma contundente com que se foi buscar a reprimenda judicial é exemplar. A extensão de uma condenação penal traz resultados bastante negativos para uma pessoa. No caso de Cristian Góes, um fato concreto foi o fim de suas publicações periódicas. Assim, se o interesse era afastar da cena alguém que questionava a autoridade, o objetivo foi alcançado. Kirchheimer qualifica esse tipo de *political justice* como julgamento político clássico:

O julgamento político clássico: a tentativa de um regime de incriminar o comportamento público de seu inimigo com vista à expulsão dele da cena política;⁴¹ (KIRCHHEIMER, 1961, p. 46)

No que se refere à pressão política, há indícios de que ela não foi tão sutil. A própria presença do vice-presidente do tribunal não pode ser considerada fato irrelevante, mas não é necessariamente uma ação política. As testemunhas que o acompanharam também são autoridades de relevo. Testemunhou por provocação da acusação o presidente da Associação dos Magistrados de Sergipe, um conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e um advogado criminalista de renome. Ainda assim, nenhuma pressão aparente pode ser apontada até esse ponto, mas há ocorrências de suma controvérsia.

Como dito, houve substituição do magistrado a proferir a sentença criminal. Essa substituição só pode ocorrer em casos excepcionalíssimos, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural. O Código de Processo Penal é explícito sobre o tema: 'Art. 399. [...] §2º O juiz que presidiu a instrução deve proferir a sentença.'. Trata-se de garantia de impessoalidade do julgamento, evitando-se direcionamento do resultado ou o uso do processo para perseguição de fins políticos. Tem-se na regra uma proteção contra o arbítrio, mas no julgamento de Góes foi ela fragilizada. O próprio Kirchheimer exprimiu preocupação com o assunto ao dispor que 'existem limites extremamente estreitos dentro dos quais o juiz pode transferir parte de seus

⁴⁰ No original: 'For this reason the prototype of a political trial has been the criminal trial of a political adversary for political reasons. This broad definition encompasses trials in which the defendant has directly attacked the established order by acts such as treason or sedition, but also trials involving common crimes in which only the personality or the motive of the offender indicates their political nature.'

⁴¹ No original: 'The classic political trial: a regime's attempt to incriminate its foe's public behavior with a view to evicting him from the political scene;'

assuntos a um substituto, ainda que este seja membro do mesmo órgão julgador' (1968, p. 196-197). Para ele, diferente das demais funções estatais, a do(a) juiz(a) é pessoal e intransferível.

No "Caso Góes", foram utilizados meios questionáveis na escolha do julgador, o que, usando um exemplo extremo (e respeitadas as devidas proporções), pode ser relacionado aos tribunais de exceção compostos após episódios trágicos de guerra para julgar os derrotados, juízos comprometidos com o objetivo político de condenar antes mesmo de estabelecido o julgamento. A constituição brasileira de 1988, com sua pretensão democrática, vedou órgão jurisdicional dessa natureza ('Art. 5º. [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;'), mas não foi suficiente para evitar a substituição do magistrado competente para julgar.

Sob as vestes da legalidade, a juíza da instrução foi afastada por trâmite previsto em lei, podendo a justificativa escorar-se no licenciamento, afastamento por qualquer motivo, promoção, convocação pelo tribunal ou aposentadoria (art. 132 do Código de Processo Civil). Na sequência, a lista de juízes substitutos foi ignorada e outro magistrado diferente daquele previsto em ato normativo do próprio Tribunal foi escolhido para suprir a vacância temporária. No pouco tempo que lá esteve, julgou o único processo pendente de sentença, que era exatamente o do desembargador. Retomando a analogia com os tribunais de exceção, pertinente é o ensinamento de Kirchheimer:

Julgamentos do regime antecessor combinam as características mais problemáticas dos julgamentos políticos. Eles invariavelmente levantam os problemas do tribunal *ad hoc* (**juízes selecionados para a finalidade específica**) e da resposta *tu quoque* (discutido acima). Eles também sofrem de **deficiências processuais, as restrições à liberdade de defesa, e a falta de qualquer jurisdição de recurso**. Eles são em grande parte **voltados para a criação de imagens politicamente úteis**⁴². (1968) (grifo nosso)

Nessa ordem de ideias, mesmo que o Tribunal tenha poderes para designar o magistrado a substituir um par na ausência deste, a forma como se desenrolou o processo como um todo e a atuação do juiz substituto levam a crer que houve a composição de um juízo *ad hoc* para sentenciar no caso Góes. A reprimenda

⁴² No original: "Predecessor regime trials combine the most problematic features of political trials. They invariably raise the problems of the ad hoc court (judges selected for the specific purpose) and the tu quoque rejoinder (discussed above). They also suffer from procedural shortcomings, restrictions on the freedom of defense, and the lack of any appeals jurisdiction. They are largely directed toward the creation of politically useful imagery."

imposta ao final do processo pode, pois, ser analisada sob a perspectiva de um julgamento político para atender o interesse da autoridade em constranger seu adversário.

Além disso, de acordo com os documentos analisados, em especial o voto do relator da apelação na Turma Recursal, pode ter havido pré julgamento da ação quando a juíza de primeiro grau recebeu a denúncia. Na fase de recebimento, cabe ao julgador apenas verificar a existência de condições da ação e de justa causa para a persecução criminal, tendo em vista que a ausência desses elementos enseja rejeição da denúncia (art. 395 do Código de Processo Penal). Assim, não se pode analisar o mérito quando do recebimento, pois a ampla defesa não foi exercitada e as provas não foram produzidas. Contudo, para receber a ação penal a juíza fez constar o seguinte:

O texto “Para que serve um cunhado?”, antes mencionado foi publicado três anos antes do ora combatido “Eu, o coronel em mim” e, portanto, de conhecimento de todos. A denúncia não estar (*sic*) a tratar de um texto tido como “ficcional”, produzido isoladamente. É, antes de mais nada, conforme se pode observar, a sequência do texto produzido anteriormente. Por isso, não basta rotular ou qualificar um texto como uma narração ficcional quando do conteúdo do mesmo pode-se verificar o contrário.

Ao lermos a “narrativa” Eu, o coronel em mim, podemos fazer a associação ao Governador do Estado e ao Desembargador Edson Ulisses, que é cunhado do governador Marcelo Déda.

Daí que, ao contrário do que aduz a defesa, o texto possui atores definidos e identificados, assim como narra o desenvolvimento de ações identificáveis, produzindo uma mensagem real.

Em análise da questão, manifestou-se o relator:

Está claro para mim que a eminente magistrada deliberou sobre aspectos sensíveis do mérito quando recebeu a denúncia, antecipando juízo que só caberia na prolação de um decreto condenatório.

Além de estabelecer conexão entre outro texto de autoria do acusado que não foi objeto da denúncia, em notável incursão na atribuição do MP, concluiu que houve narrativa de ações reais imputadas ao Governador do Estado e ao suposto ofendido.

Esse voto, que não prevaleceu na Turma Recursal, anuncia a possibilidade de o resultado estar sofrendo influências anômalas desde o início. De alguma maneira, o recebimento da denúncia assume a existência e a reprovabilidade do crime como pressupostos. Mesmo com a melhor das provas em sentido contrário, a

decisão já estava tomada. Ao final, apenas para ilustrar, já que não há pretensão de aprofundamento em incursões jurídico-dogmáticas, sabendo-se que a característica básica do crime é o dolo, a condenação de Cristian ocorreu sem a verificação desse elemento, pois para o sentenciante 'este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa ofenda outra, embora assim esteja agindo com *animus criticandi* ou até *animus corrigendi*.' (p. 24-25 da sentença). O julgador não levou em conta que esse tipo penal não se vincula exclusivamente ao resultado (ofensa), que é questão de foro íntimo. Há a necessidade inescusável de se estabelecer a intenção de injuriar, notadamente quando aquele que se diz criticado é figura pública sujeita às mais severas críticas e pior ainda quando a dita ofensa for subjetivamente extraída de texto ficcional. Cezar Roberto Bitencourt traz lição exemplar apontando o saneamento de controvérsias quanto à necessidade de identificar o elemento subjetivo consistente na vontade do autor de ofender a honra para que se configure o crime de injúria:

Afinal, em que consiste esse elemento subjetivo: será somente a simples consciência da natureza ofensiva dos atos, palavras ou gestos, ou será necessário também o propósito de injuriar?

Modernamente, essa dificuldade está superada, na medida em que o entendimento majoritário firmou-se não apenas na doutrina nacional, mas especialmente na doutrina europeia, no sentido da necessidade do *animus injuriandi*, sem o qual não se poderá falar em conduta típica contra a honra. [...]

Enfim, o *elemento subjetivo* do crime de injúria é o *dolo de dano*, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido, atribuindo-lhe um juízo depreciativo.

Mas, além do dolo, faz-se necessário o *elemento subjetivo especial do tipo*, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si sós, são insuficientes para caracterizar o crime de injúria. [...] Enfim, como referimos nos crimes anteriores, a existência de qualquer outro *animus* distinto do *animus offendendi* exclui o crime contra a honra. (2007, pp. 310-311)

Ao que parece, o julgador ignorou essas lições de direito penal e deu interpretação própria ao crime de injúria. Considerando os acontecimentos caracterizados no processo, toda a exposição autoriza que se trabalhe com a hipótese de uso político da justiça. Desse modo, tendo em vista o atual estágio de provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para tornar sem efeitos a condenação criminal contra José Cristian Góes, resta analisar a

possibilidade de controle do ato de jurisdição interna em sede de processo jurídico transnacional.

3.3.2 Jurisdição Internacional como Via de Controle?

A República Federativa do Brasil, estado nacional integrante da Organização dos Estados Americanos, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992) e submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto n. 4.463/2002), é composto por estados federados, cada qual com poder judiciário próprio.

A organização judiciária de todos os entes, por sua vez, deve observância às regras constitucionais, às leis nacionais (especialmente em matéria processual e quanto à regulamentação da magistratura, conforme dispõem os art. 22, I, e 93 da Constituição, respectivamente) bem como aos tratados internacionais de que o país é subscrevente. Nesse sentido, há um sistema de vinculações e de proteções básicas ao qual todas as pessoas submetidas ao judiciário brasileiro, em qualquer de suas esferas, fazem jus. A inobservância dos preceitos desse sistema pode ensejar provocação das instâncias hierarquicamente superiores, figurando o Supremo Tribunal Federal como corte máxima. Ainda assim, caso sejam esgotados todos os recursos internos e haja violação a direito previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é possível provocar o Sistema Internacional de Direitos Humanos (SIDH).

No âmbito do SIDH, a porta de entrada é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que pode receber petições ou comunicações de qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida por estado-membro (art. 44 da Convenção). Encerrada sua atuação, a própria Comissão ou um estado-membro, caso necessário, submeterá o litígio à Corte Interamericana na hipótese de a solução proposta por aquele órgão não ser satisfatória ou não ser respeitada. Proferida sentença, cabe ao estado-membro cumpri-la, conforme disposto no art. 68, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa conjuntura aponta para um fenômeno global de alteração do conceito de soberania nacional mantido sob os marcos vestfalianos. O monopólio estatal da positivação do direito tem cedido espaço para a internacionalização da jurisdição.

Rodriguez bem retrata os efeitos dessa interação jurídica para além das estruturas estatais:

Uma legislação supranacional implica no abandono do clássico conceito de soberania como poder absoluto de dizer o direito no âmbito do Estado. O Estado deve acatar normas estabelecidas por um poder superior, passíveis de serem aplicadas diretamente em seu território, sem necessidade de qualquer procedimento de regulamentação ou recepção pelo ordenamento jurídico nacional. (2003, p. 248)

A partir dessa interação supranacional, uma pluralidade de regulamentações externas tem interferido na vida das pessoas. Se é certo que há muito tempo já se discute o pluralismo jurídico dentro das sociedades, não é menos certo afirmar que desde meados do século XX a institucionalização de processos jurídicos em âmbito supranacional tem sido intensificada em nível considerável. Para Tamanaha:

Conectados à globalização, os observadores notaram que os Estados estão perdendo poder em várias vias. Como no exemplo da UE, os Estados têm dado um pouco do seu poder soberano de controlar seus próprios assuntos em certos aspectos econômicos, políticos e legais, sujeitando-se a uma autoridade superior⁴³. (2007, p. 386)

Espaços transnacionais de juridicidade estão sendo edificados em todo o globo com foco em várias frentes das relações humanas, incluindo os direitos humanos (que é considerado um dos mais importantes). Nesse aspecto é que está situada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mencionada por Tamanaha nos seguintes termos:

Um segundo tema relevante na literatura destaca a invocação de normas de direitos humanos, muitas vezes por organizações não-governamentais (ONG's), para desafiar as leis estaduais ou ações ou seu direito consuetudinário ou práticas culturais. Processos estão sendo trazidos a tribunais supranacionais de direitos humanos, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por parte dos cidadãos em busca de reparação contra o seu próprio Estado. Nestas situações as normas e

⁴³ No original: "Connected to globalisation, observers have noted that states are losing power in various ways. As in the example of the EU, states have given up some of their sovereign power to control their own affairs in certain economic, political and legal respects, subjecting themselves to a higher authority."

instituições de um sistema legal estão sendo lançados contra o outro.⁴⁴ (2007, p. 387)

Esse é exatamente o caso de Góes. Está provocando a Comissão Interamericana com o objetivo de levar o processo à Corte de Direitos Humanos através do SIDH e obter reparação contra o Estado brasileiro. Estabelece-se aí uma forma de controle institucional em que o ente supranacional invoca a Convenção Americana de Direitos Humanos para apreciar a regularidade da atuação estatal. No processo aqui referido, aponta-se violação do art. 13, referente à liberdade de expressão, e do art. 8º, relativo às garantias judiciais, ambos dispositivos da legislação convencional.

Nessa senda, o direito internacional público clássico, ‘voltado para a participação exclusiva de nações’ e ‘constitutivo das relações ‘inter-nacionais’’ (HABERMAS, 2006, p. 120), tem sofrido transformações para reconhecer um espaço de cidadania supraestatal em que as pessoas e organizações da sociedade civil são sujeitos de direitos independente da vinculação a uma nacionalidade, submetendo os Estados às decisões tomadas por organismos internacionais.

Na sociedade globalizada, pautada na crescente interdependência entre nações, povos, indivíduos, comunidades etc., o espaço de legitimação externa está mudando tanto quanto o interno. Classicamente, um Estado precisa do reconhecimento dos demais para existir como tal. Em termos de globalização, esse reconhecimento passa por entes diversos, estatais ou não, tendo como um dos critérios o respeito aos direitos humanos. Portanto, passa a existir um novo modo de legitimação do poder.

A nova formação institucional que se edifica, dentro da qual ‘os Estados nacionais enredam-se em dependências de uma sociedade mundial progressivamente interdependente, cuja especificação funcional avança de modo totalmente indiferente às fronteiras territoriais’ (HABERMAS, 2006, p. 183), a soberania é deslocada para manter com as regulações internacionais o dever de respeito logo que se manifeste pela adesão à convenção/pacto/tratado. Mesmo

⁴⁴ No original: ‘A second theme prominent in the literature highlights the invocation of human rights norms, often by non-governmental organisations (‘NGOs’), to challenge state laws or actions or customary laws or cultural practices. Suits are being brought in supranational human rights courts, like the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights, by citizens seeking redress against their own state. In these situations the norms and institutions of one legal system are being pitted against another.’

apegado ao direito internacional público, Napoleão Miranda reconhece esse novo cenário que, não dissolvendo a soberania nacional, a reconfigura:

Sem dúvida, a existência de uma sociedade internacional e, conseqüentemente, de obrigações vinculantes para o Estado, não é incompatível, em princípio, com a soberania deste. Tal compatibilidade é resultado do princípio de que os compromissos internacionais do Estado derivam do consentimento deste mesmo Estado [citação a Paulo M. Cruz]. Ambas as proposições têm como fundamento o fato de que mesmo o Estado nacional soberano mantém relações e vínculos variados com outros Estados soberanos na arena internacional, vendo-se na necessidade de estabelecer e respeitar obrigações mútuas nos diversos planos de relacionamento internacional – econômico, cultural, político, social, humanitário, científico, tecnológico, militar, diplomático etc. – a que estão sujeitos. (2004, p. 91)

Os compromissos internacionais assumidos passam a sujeitar os Estados a controles externos, principalmente em matéria de direitos humanos. Ainda segundo Miranda (explicando o pensamento de Abram Chayes):

A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não-isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é, sobretudo, um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania.

Talvez em nenhuma outra área as pressões exercidas sobre a soberania dos Estados nacionais, oriundas de elementos de caráter jurisprudencial, se façam sentir com maior força do que no campo dos direitos humanos. Como bem afirma Paulo Márcio Cruz, *é exatamente no que diz respeito aos Direitos Humanos que o Estado Nacional vem mostrando notáveis indícios de exaustão diante da globalização e das normas jurídicas internacionais.* (2004, p. 92)

Há, pois, uma pressão que se exerce sobre as nações quando se busca efetivar as diretrizes de proteção aos direitos humanos, fazendo sucumbir a fórmula tradicional de soberania. No mundo globalizado, tem-se acompanhado com cada vez mais rigor os desrespeitos aos direitos da pessoa humana internacionalmente estabelecidos, perpetrando-se uma série de constrangimentos aos atos a eles atentatórios. Em vias institucionais, as jurisdições supranacionais têm efetuado controles e condenado Estados à reparação de danos bem como a outras sanções.

Assim é que se estabelecem processos jurídicos transnacionais de fiscalização, limitação e orientação de atos dos poderes públicos nacionais.

No contexto que ora se retrata, o poder judiciário interno fica obrigado às regulações internacionais a que o país tenha aderido. Para o caso estudado neste trabalho, a Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser observada pela jurisdição brasileira, de forma que a jurisprudência pátria tem internalizado sua normatividade e realizado com cada vez mais frequência o controle interno de convencionalidade. O maior exemplo disso é a Súmula Vinculante n. 25 editada pelo STF, segundo a qual 'É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.', pois foi nesses termos editada por aplicação pela Suprema Corte do art. 7º, item 7, da Convenção.

Na hipótese de o judiciário deixar de aplicar a regulação convencional, estará sujeito ao controle externo de convencionalidade, praticado no âmbito da Organização dos Estados Americanos aos aderentes da jurisdição interamericana de direitos humanos através do já mencionado SIDH. Uma vez apresentada denúncia à Comissão Interamericana, um processo de análise com participação do Estado apontado como violador é instaurado. Se reconhecida a violação à Convenção e não adotadas as medidas recomendadas, o caso pode vir a ser submetido à Corte Interamericana, onde será instaurado um processo contencioso supranacional para apuração de responsabilidade de Estado-membro:

A responsabilidade internacional do Estado em razão da atuação do Poder Judiciário decorre da atuação do referido órgão em dissonância com os compromissos internacionais. O exemplo da situação apontada é o questionamento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, considerada contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos, pode gerar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. Portanto, as Cortes Internacionais atuam no controle da convencionalidade da jurisprudência nacional. (MAEOKA; MUNIZ, 2008, p. 2580-2581)

Sem dúvidas, reflete no continente americano, incluindo o Brasil, o fenômeno global de transnacionalização da responsabilidade do Estado pela violação dos direitos humanos. A humanidade já vive tempos de fragmentação da autoridade nacional pela possibilidade de socorrer-se juridicamente em arenas supranacionais. A globalização, inicialmente com pretensões meramente econômicas, está diluindo as fronteiras estatais e transformando os espaços de disputa por direitos. Segundo

Jayme, 'O conceito tradicional de soberania ruiu diante do fenômeno da globalização, não tendo sido, até o momento, reconstruído de maneira a contemplar todas as transformações ocorridas.' (2008, p. 85).

O alinhamento dessas ideias apresenta a clareza que se tem quanto ao controle externo dos abusos do Estado. O uso político da justiça como meio de intimidação e repressão de pessoas que se apresentem como adversárias do governo ou de determinado ocupante de cargo de poder configura excesso estatal controlável em sede de jurisdição internacional. A contenção das ações estatais, por sua vez, não se resume ao aspecto individual da demanda apresentada. Uma postura de formação de precedente é estabelecida e se busca forçar a edição de orientações claras para a internalização do direito que se firma supranacionalmente. Trata-se da prática de "litígio estratégico", que pode ser explicado da seguinte maneira:

"Litígio estratégico", "litígio de impacto", "litígio paradigmático", "litígio de caso-teste" são expressões correlatas, que surgiram de uma prática diferenciada de litígio, não necessariamente relacionada ao histórico da advocacia em direitos humanos. O litígio estratégico busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Trata-se de um método, uma técnica que pode ser utilizada para diferentes fins/temas. (CARDOSO, 2011, pp. 365-366)

Isso se dá num contexto de internacionalização e de estratégias de democratização dos Estados latino-americanos, que, enfrentando altos e baixos, tendem a se tornar mais sensíveis às demandas sociais, devendo permitir o exercício de diferentes formas de controle. Ainda para Evorah Cardoso, na América Latina,

As instituições internacionais passam a ter outra função, a de complementar o ambiente doméstico, a de provocá-lo a funcionar "melhor" ou a de inserir novos temas no espaço doméstico e não apenas o de servir como espaço de denúncia de violações. Aqui o espaço internacional continua um *locus* útil à ação coordenada de redes transnacionais, mas o objetivo da ação política passa a ser outro, o reconhecimento de um direito e a transformação das políticas domésticas de direitos humanos. Para que essa ação funcione, sistema internacional e doméstico têm necessariamente de estar mais interligados. A internacionalização do Estado, por sua vez,

torna-o mais receptivo às decisões das instituições internacionais.
(2011, p. 365)

A forma de ação delineada, voltada para a influência de processos jurídicos internacionais nas políticas públicas internas, é um procedimento adotado no caso de Góes, visto que foram formulados os seguintes pleitos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Diante todo o exposto ao longo dessa denúncia de flagrante inaptidão do Poder Judiciário do Estado Brasileiro, que provocou uma injusta condenação criminal a JOSÉ CRISTIAN GÓES desamparada pela normativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em clara violação ao direito fundamental da liberdade de expressão, que agora se requer a esta Corte os seguintes pedidos:

- a) receba a presente denúncia e declare sua admissibilidade;
- b) declare a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro pela violação do artigo 13, combinado com o artigo 1.1., 2, 8 e 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

Determine a título de reparação que a República Federativa do Brasil:

- c) revogue os dispositivos de crimes contra a honra do Código Penal; [...] (grifo do autor)

Nota-se, enfim, o nítido interesse em consolidar e generalizar a decisão, provocando a alteração de disposição legislativa pátria. As associações buscam remodelar o reconhecimento do crime de injúria bem como dos de calúnia e difamação no Brasil, tentando expurgá-los da ordem jurídica interna. Para isso, buscam difundir entendimento consolidado por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas, Organização para a Segurança e Cooperação na Europa e a própria Organização dos Estados Americanos, notadamente na “Declaração Conjunta” instituída em 2000 como ferramenta do “Mecanismo Internacional para a Promoção da Liberdade de Expressão”, na qual se orienta a revisão da legislação dos crimes contra a honra como forma de evitar ofensa à liberdade de expressão.

A “Artigo 19”, o “Coletivo Intervenções” e tantos outros entes coletivos têm atentado para o processo de transformação do espaço de soberania, estabelecendo novas formas de vigilância do uso irregular e antidemocrático do poder estatal. Violações a direitos humanos, mesmo que transpareça em litígio individual como o de Cristian Góes, estão sendo levados a arenas transnacionais de disputa e podem alterar a dinâmica de poder. Ainda em fase inicial, a denúncia apresentada à

Comissão Interamericana no caso do jornalista sergipano ainda não trouxe resultados evidentes, mas possui potencial de, no mínimo, viabilizar o debate sobre a liberdade de expressão (como já tem acontecido) e sobre o uso político da jurisdição e rearranjar a jurisprudência brasileira sobre a matéria. É um caminho espinhoso e lento, mas que, se atrelado à democratização das esferas públicas, pode acarretar ganhos instituições para uma contenção do uso instrumental do judiciário como autenticador do poder de seus membros.

3.4 A Litigância do Ministro do STF

O Ministro Gilmar Mendes, membro do Supremo Tribunal Federal e atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral, é um magistrado que constantemente aparece na mídia para emitir opiniões sobre assuntos diversos, sejam políticos, jurídicos, sobre processos em andamento ou até sobre a atuação de outros julgadores ou órgãos do sistema de justiça. Nesse sentido, expõe-se publicamente e impacta nas relações institucionais, também influenciando nas disputas entre e dentro das esferas públicas. Sua opinião tanto é usada socialmente como argumento de (da) autoridade quanto é usada como manifestação inoportuna.

Apenas para ilustrar essa exposição e dar consistência ao argumento aqui esboçado, é possível citar ocorrências recentes: afirmou que 'O TST é formado por pessoas que poderiam integrar até um tribunal da antiga União Soviética' (CORREIO BRAZILIENSE, 2016)⁴⁵; disse que 'promotores e juízes ameaçam parlamentares com Lei da Ficha Limpa' (ESTADÃO, 2016); e ao criticar algumas posturas assumidas pelos procuradores da Operação Lava Jato, 'disse que os procuradores da República precisam calçar "sandálias da humildade" e não podem se achar o "ó do borogodó" por receberem atenção da imprensa' (G1 NOTÍCIAS, 2016). Há outras assertivas de polêmica ainda mais grave, mas esse não é o objeto do trabalho.

Por ora, o que interessa é a maneira como o ministro tem lidado com as críticas a suas posições. Se por um lado sua constante presença na mídia o coloca em posição de maior suscetibilidade à crítica, por outro ele tem buscado afastar

⁴⁵ Sobre sua afirmação, recebeu resposta em Ofício assinado por 18 dos 27 Ministros do TST encaminhado à presidência do STF (RBA, 2016), além de ter sido publicado no portal jurídico Jota um artigo assinado por três ministros da corte trabalhista rebatendo sua posição (CARVALHO, CORRÊA e MELLO FILHO, 2016).

reações capazes de lhe diminuir o prestígio. É certo que se houver divulgação de informação inverídica que tenha por objetivo ofender, a intervenção judicial pode ser exercitada. Mas em relação a Gilmar, quase sempre suas ações contra-atacam críticas a sua atuação formuladas através de duras discordâncias.

Segundo o portal de notícias Nexo (2016), Mendes processou pessoas como Monica Iozzi, José de Abreu, Guilherme Boulos, Rubens Valente, Clóvis de Barros Filho, Paulo Henrique Amorim (pelo menos quatro processos) e Luis Nassif. A não ser no caso de José de Abreu, que teria afirmado que Gilmar contratara um criminoso e pergunta se é aplicável o domínio do fato, todos os demais questionam posições do ministro ou, quanto a Clóvis de Barros Filho, narra um fato que teria vivenciado, sem imputar adjetivos ao magistrado.

Em comum, todos são figuras influentes, capazes de influenciar a opinião pública, até porque publicam, postam nas redes sociais, escrevem para jornais. Será, então, que o tom da crítica contra ele deve ser pautado no comedimento, mesmo se tratando de figura pública integrante de poder constituído? Seu recado é dado sempre que possível: cuidado quando falarem de sua pessoa. Até agora, considerando as decisões de primeira instância nos sete processos (contabilizando apenas um de Paulo Henrique Amorim), ganhou em dois, conseguiu compromissos dos réus em acordos firmados em dois processos e perdeu em três. O exercício da crítica tem sido ignorado, prevalecendo a pretensão de imputar ilicitude à manifestação. Conforme advertiu Kirchheimer,

A zona de genuína crítica política se perde nas névoas que ocultam a tênue separação entre fato, fantasia e desejo. Não resulta nada fácil desembaraçar os componentes e isolar a contribuição maliciosamente difamatória. Muitos dos recentes estatutos têm guardado essa dificuldade, submetendo a crítica legítima a medidas punitivas. (1968, p. 44)

No caso brasileiro, onde não existe uma regulamentação sobre a crítica, a restrição tem ocorrido na arena judicial, a depender das circunstâncias e dos sujeitos envolvidos, já que, em tese, prevalece a liberdade de expressão.

Ao observar as ações julgadas procedentes em favor de Mendes (aquelas contra Monica Iozzi e Paulo H. Amorim), vislumbram-se semelhanças entre elas. Em ambas a imagem de Gilmar é veiculada. Iozzi confronta sua decisão de libertar Roger Abdelmassih, condenado por 58 estupros, que acabou fugindo. Para tanto,

replicou pelo facebook (ferramenta de compartilhamento) uma imagem do ministro com o questionamento “cúmplice?”. É muito comum que imagens diversas de figuras públicas circulem na internet com todo tipo de montagem, caricatura, questionamento etc. Porém, nesse caso, além da formulação do pedido parecer em si estranha (é inimaginável que todo tipo de imagem envolvendo personalidades como ele seja censurado), sobreveio condenação impondo-lhe um limite na manifestação de sua posição.

Apesar de não haver qualquer criação da imagem por parte da atriz, o fato de replicar a imagem foi suficiente. Não inventou fatos nem teceu comentários envolvendo o nome do ministro. Seu “erro” foi manifestar seu descontentamento com a decisão utilizando a figura do ministro, culminando com a imputação de pagamento de indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com recurso ainda pendente de julgamento.

Também é sintomático o fato de Gilmar perder parte considerável dos processos. Se suas arguições são frágeis, sua vontade de repreender o ato se revela intenso. O que transparece, nessa hipótese, é seu desejo de não se ver publicamente exposto de maneira negativa. Usa o processo judicial para atingir esse fim, tentar confirmar sua posição de poderosa “liderança” do estado brasileiro. Pela posição que ocupa, poderia estar tentando impor uma dominação que lhe garanta a primazia de sua visão de mundo. Para falar desse assunto, oportuno lançar luz sobre os ensinamentos de Weber:

A dominação, ou seja, a probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato, pode fundar-se em diversos motivos de submissão. Pode depender diretamente de uma constelação de interesses, ou seja, de considerações utilitárias de vantagens e inconvenientes por parte daquele que obedece. Pode também depender de mero “costume”, do hábito cego de um comportamento inveterado. Ou pode fundar-se, finalmente, no puro afeto, na *mera* inclinação pessoal do súdito. Não obstante, a dominação que repousasse apenas nesses fundamentos seria relativamente instável. Nas relações entre dominantes e dominados, por outro lado, a dominação costuma apoiar-se internamente em *bases jurídicas*, nas quais se funda a sua “legitimidade”, e o abalo dessa crença na legitimidade costuma acarretar consequências de grande alcance. (WEBER, 2003, p. 128).

A perspectiva weberiana utilizada para explicar a dominação ainda hoje influencia e embasa as reflexões sobre o tema. Em se tratando do *political justice*

referido nestes escritos, importa perceber que a busca de “legitimidade” através de “bases jurídicas” é bastante contemporânea. É nesse sentido que o judiciário serve como instância de autenticação, de modo a contribuir com a distribuição de poder, independentemente de estar predisposto a fazê-lo. Então, quando pessoas como Monica Iozzi são condenadas, a mensagem pública é: “cuidado ao escrever sobre o Ministro”. A derrota (ainda não definitiva) processual dela teve grande repercussão e serve para reforçar uma ideia segundo a qual se deve submissão a quem tem poder, sobretudo quando esse poder advém de um alto representante da hierarquia burocrática do Estado. Uma vez mais, é Weber quem formula:

O fervor dessa influência emocional [a respeito do impacto que a expectativa de derrota provoca nas classes dominantes] não tem, no todo, uma origem econômica. Baseia-se em sentimentos de prestígio, que freqüentemente se disseminam profundamente pelas massas pequeno-burguesas nas organizações políticas que alcançaram uma história rica em poderio. O apego a todo esse prestígio político pode fundir-se com uma crença específica na responsabilidade própria às grandes potências como tais para com a forma pela qual o poder e prestígio são distribuídos entre essas comunidades políticas e as que lhe são estrangeiras. Desnecessário dizer que todos esses grupos que têm o poder de determinar uma conduta comum dentro de uma estrutura política se impregnarão fortemente desse fervor ideal de prestígio do poder. Permanecem como os portadores específicos e mais fidedignos da ideia do “Estado” como uma forma de poder imperialista exigindo uma dedicação sem restrições. (WEBER, 1982, p. 201-202)

Nesse aspecto, ao aproximar poder e prestígio, pode ser que desconsiderar o prestígio do ministro signifique para alguns uma mácula a sua posição social de detentor de cargo relevante. Consequentemente, sua própria personalidade seria atingida, já que não é possível dissociá-lo da função exercida. O próprio ordenamento jurídico foi concebido com essa expectativa, impondo limites e prerrogativas aos magistrados diferentes do que se estabelece para os demais cidadãos. O Estado, e tudo o que representa, é comandado por pessoas que se diferenciam das demais.

Assim, se prevalecer o autoritarismo, essa diferenciação gera atitudes opressoras e criação de privilégios, resultando numa jurisdição que se legitima simbolicamente (RODRIGUEZ, 2013), ou seja, sem abertura real às esferas públicas. Como fora exposto já na introdução, quando a autoridade da instituição prevalece como sua própria razão de ser, a legitimação aparece apenas

simbolicamente, imputando status de regularidade e correção a atos que não passam de uma posição pessoal, tendo em vista que, na jurisdição brasileira, ‘os juízes argumentam em nome próprio, oferecem sua opinião, mas o fazem revestidos da autoridade da instituição, que prevalece no final das contas’ (RODRIGUEZ, 2013, p. 84). Portanto, ainda mais clara se torna a atribuição de ofensa pessoal a um ato promovido no exercício da jurisdição, visto que esta é caracterizada como personalista (idem). Se a função pública se confunde com a pessoa que a exerce, o prestígio pessoal pode estar em xeque quando aquela função for questionada.

Ocorre que nem tudo é tão lógico quanto parece. As relações institucionais são complexas e as esferas públicas (hegemônicas ou não; tradicionais ou subalternas) são conflituosas. Promover essa reflexão permite enfrentar disputas como a das associações de magistrados e membros do MP em face de Mendes. Houve provocação da Procuradoria Geral da República feita por entidades de juízes e procuradores sobre a afirmação supramencionada do ministro, segundo o qual ‘promotores e juízes ameaçam parlamentares com Lei da Ficha Limpa’ (ESTADÃO, 2016) deve ser acompanhada. Ainda não se pode falar sobre esse caso específico, pois faz poucos dias que o pedido de abertura de inquérito foi apresentado (CONGRESSO EM FOCO, 2016). Contudo, trata-se de caso interessante para avaliar como os órgãos envolvidos reagirão ao conflito de duas forças com respaldo na estrutura estatal: de um lado associações de juízes(as) e promotores(as); de outro o ministro do STF.

Aqui se vê a reflexividade do esquema institucional. O judiciário, se provocado pelo Procurador Geral da República (autoridade máxima do MP), poderá atuar em caso envolvendo interesse de magistrados e membros do MP. Não há instância mediadora. Também não há diálogo com a população. É quase um problema *interna corporis* que pode ter num silencioso arquivamento sua melhor solução, pois o público espectador já terá visto uma falação “inapropriada” respondida com uma representação. Para essa plateia, isso pode ser suficiente, a depender dos objetivos de cada sujeito a utilizar das ferramentas jurídicas neste caso.

O risco que se corre em situações como essa, em que há grande afastamento do sistema de justiça quanto à sociedade, é reforçar a sensação de desconfiança no judiciário. Já se mostrou que esse é o poder mais fechado. Para completar, dados apontam sua pouca credibilidade, apesar de, paradoxalmente, ser o menos pior dentre os três poderes clássicos. Segundo pesquisa da FGV, 29% das pessoas

acreditam no poder judiciário. Já 11% disse acreditar na presidência da república e 10% no congresso nacional (Relatório ICJ Brasil, 1º semestre/2016). É um cenário desolador, na medida em que forças armadas (59%), igreja católica (57%), imprensa escrita (37%), ministério público (36%), grandes empresas (34%) e emissoras de tv (33%) ostentam maior credibilidade.

Seria, assim, a coercitividade judicial o elemento mais importante na autenticação do poder nas disputas de *political justice*?

Lançar perguntas sem respondê-las é um risco para qualquer trabalho acadêmico. Todavia, deixar de expressar um entrave subjacente ao fenômeno investigado pode transparecer algum grau de cegueira. Uma nova pesquisa precisaria ser empreendida para se chegar a tal resposta.

Por ora, o que se pode sugerir diante de litígios como os promovidos por Gilmar Mendes é um debate amplo sobre a regulamentação do direito indenizatório por figuras públicas, excluindo-se, de antemão, a possibilidade de criminalizar os atos. Assim, seria possível expressar, a título sugestivo, que só gera indenização a atribuição de condutas que não existiram no plano fático e, cumulativamente, que seja apta a gerar grave suspeita sobre a conduta pessoal do agente. Se o fato tiver relação com o exercício do cargo, cabe apenas o direito de resposta quando se comprovar a inverdade. Logo, críticas como a de Iozzi, direcionada a questionar um ato praticado no exercício do cargo público, em nenhuma circunstância pode se sujeitar a reprimenda judicial, por mais dura que seja.

Por esse pensar, reduzir a pressão de uma possível “autenticação” pela via judicial pode ser mais benéfico para o estabelecimento de debates democráticos, principalmente quando membros do próprio judiciário estejam envolvidos.

4 CONCLUSÃO

Na tentativa de entender o funcionamento do judiciário brasileiro, aqui se empreenderam análises de um fenômeno particular capaz de revelar deficiências institucionais desse poder constituído. Com a mobilização de uma teoria lançada em meados do século passado, foi empreendido um estudo tendente a retirar os tribunais da posição de espectadores da disputa política para situá-lo como intenso partícipe.

Assim, diante do problema central – “como a jurisdição brasileira se manifesta e se relaciona com o poder político, numa perspectiva teórica de “political justice”, diante de litígios nos quais magistrados são parte e discutem atos relacionados, direta ou indiretamente, à administração da justiça?” –, é possível formular uma resposta, mesmo que parcial. Não parece incorreto dizer, depois das análises produzidas, que o judiciário nacional tem um comportamento de proteção de sua posição privilegiada de exercício do poder soberano, chegando a concentrar em si todas as funções estatais de uma só vez. Quando se coloca em foco a distribuição de poder entre os órgãos jurisdicionais e outros atores político-sociais, o judiciário costuma reforçar seu poder, resguardando os interesses de seus membros e afastando da disputa agentes que pretendam colocá-los em xeque.

Não foram alvo deste trabalho os motivos que levaram o sistema de justiça brasileiro a ser construído nessa formatação. Para Danilo Pereira Lima (2013, p. 105), ‘numa sociedade como a que existe no Brasil, onde vários aspectos da dominação estamental ainda permanecem vivos, a distinção entre a esfera pública e a esfera privada [das juízas e dos juízes] ganham contornos um tanto quanto confusos’. Independentemente da “confusão de esferas” promovida pelos(as) magistrados(as), a necessidade da inclusão de esferas públicas subalternas, e até a promoção de abertura do judiciário à esfera pública em geral, passa a ser uma prioridade, pois o diagnóstico proposto aponta para a fragilidade dos sistemas de controle em relação a esse poder.

Nesse sentido, o *political justice* de Kirchheimer oferece ferramentas suficientes para entender os anseios de autenticação política pela via judicial. Muito mais do que centrar as reflexões na abrangência social que a função judicante tem tomado, com críticas ao “ativismo”, à “judicialização” e à “politização”, o uso político

da justiça mostra diferentes formas de buscar hegemonia política através da disputa litigiosa perante os tribunais. Mostra que interessa aos grupos sociais essa participação das cortes na distribuição de poder político. Portanto, em vez de afastar *a priori* a interação política do judiciário, busca retratar como diferentes conformações sócio-histórico-políticas tendem a alterar os rumos do uso político das cortes, ora mais democraticamente ora mais arbitrariamente.

Isso quer dizer que, no registro puro e simples da tripartição de poderes, o debate sobre possíveis déficits democráticos advindos da atuação judiciária “ativista” ou “politizada”, ou mesmo o deslocamento das questões sociais mais relevantes no sentido de uma “judicialização”, pouco contribui para o enfrentamento da “perversão do direito” presente no sistema de justiça. Daí que desvios perceptíveis quanto a uma ideia de estado de direito inclusivo, participativo e aberto ao debate sobre a distribuição de capital social, político, cultural, econômico etc., precisam ser empiricamente identificados para que possam ser combatidos. Contudo, o apego a uma institucionalidade estática (como a teoria tripartite) engessa a formulação de alternativas para dissolver os bloqueios institucionais.

Se, por um lado, o judiciário integra uma estrutura pemedebista de poder, criando barreiras ao ingresso de novos “condôminos” para dividir seus privilégios, por outro lado, pensar uma esfera pública na qual o judiciário possa ser integrado e expandido para além de seus membros é a maneira de dessacralizar suas manifestações e conter seu poderio. Partir de um Constitucionalismo Democrático-Paritário, por exemplo, seria um primeiro passo para o estabelecimento de uma dialogicidade menos desequilibrada. Com um passo além, a organização do judiciário passaria por uma série de transformações desde a base, através de uma reforma descentrada no exercício do poder, a fim de buscar um alicerce de legitimação social.

Perceber que o judiciário é o poder menos transparente e que goza de um prestígio questionável perante a sociedade é um dado importante para repensar sua estrutura. Ocorre que não partirá de dentro o ímpeto de transformar esse poder constituído a fim de viabilizar uma sociedade emancipada. Os casos estudados mostram que a intensa participação pública da magistratura quanto a assuntos de interesse geral não veio acompanhada de uma disposição a interagir abertamente com as críticas formuladas.

Ao mesmo tempo em que as cortes são mais provocadas a decidir sobre relações de poder, afastam-se de esquemas de contenção. Passam a buscar em si o fundamento da própria existência e do seu funcionamento. Caso se insista em questionar suas posições, reações enérgicas surgem com uso das competências constitucionais de que gozam para “eliminar o inimigo”. Processos judiciais passam a ser manejados de uma maneira contestável, apesar da aparência de legalidade que se lhes confere. Assim, magistrados(as) provocam o judiciário para ver seus interesses próprios de membros da magistratura preservados e os tribunais passam a julgar a si mesmos, num political justice carente do ente estranho aos participantes da disputa.

Em geral, chama a atenção a dificuldade quanto a reações contra posições assumidas, privilégios gozados, forma de administração das cortes, opiniões publicadas, etc. Chega a destoar a possibilidade de manifestação contra o judiciário daquela proferida contra o legislativo ou o executivo. A *forma direito* cede em detrimento da *formalidade do direito*, mantendo-se as honrarias que historicamente tem se articulado em torno do judiciário, típico de uma visão imaculada da justiça.

Uma análise de arremate é produzida por Rodriguez (2016b), em trabalho ainda inédito, para quem:

Por meio da autenticação, conceito utilizado por Otto Kirchheimer para compreender a função do Judiciário na segunda metade do século XX, os agentes sociais pretendem afirmar sua posição como superior às demais participantes da controvérsia, por meio da obtenção do reconhecimento simbólico do judiciário e a consequente possibilidade de reivindicar o uso da violência estatal em favor de seu projeto normativo. (p. 12)

Há, assim, projetos normativos e de organização de sociedade que disputam a atuação judiciária. Através da via dos processos judiciais, posições são legitimadas e outras deslegitimadas, com efeitos concretos na distribuição de poder. Para pensar uma regulação que transcenda a teoria dos três poderes e inclua o sistema de justiça nas esferas públicas transformadoras, reconhecendo os interesses político-sociais de seus membros, é necessária uma democratização radical que abra ao diálogo todos os setores.

Este trabalho, enfim, em que pese inacabado do ponto de vista da necessidade crítica de avançar na perspectiva de um poder julgador emancipatório, pode vir a contribuir trazendo de maneira mais ou menos organizada um problema

de primeira ordem: a reflexividade do poder judiciário. Também recupera uma obra que se mostra atual para entender a jurisdição sem aniquilar a política da tarefa cotidiana e imediata das cortes, propondo que o uso político da jurisdição tanto deve ser usado para democratizar quanto para desestabilizar a estagnação de uma institucionalidade pemedebista, e não para produzir falsas legalidades, zonas de autarquia ou fuga do direito em benefício dos tribunais (ou de quem quer que seja). Isso se esferas públicas plurais integrarem seu esquema de funcionamento, controlando-se a instrumentalização do processo como mecanismo ratificador do status quo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Relatório mostra que tribunais de Justiça não cumprem Lei de Acesso à Informação. Publicado em 13 mai. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-05/relatorio-mostra-que-tribunais-de-justica-nao-cumprem-lei-de-acesso-informacao>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. CNJ decide que não houve irregularidades em processo contra jornalista. Publicado em 20 out. 2016. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/agencia/noticias/item/9519-cnj-decide-que-nao-houve-irregularidades-em-processo-contrajornalista>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático*. Tese – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ARTICLE 19. *Caminhos da transparência* [livro eletrônico]: a lei de acesso à informação e os tribunais de justiça. São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL [AJURIS]. *Ato Público: Juízes e promotores denunciam retaliação do Congresso e governo federal contra Judiciário e MP*. Publicado em 03 out. 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2016/10/03/ato-publico-juizes-e-promotores-denunciam-retaliacao-do-congresso-e-governo-federal-contrajudiciario-e-mp/>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL [AJUFE]. *Proposta defendida por Renan Calheiros contra abuso de autoridades ofende garantias da magistratura*. Publicado em 07 de jul. 2016. Disponível em: <<http://www.ajufe.org>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA [ANPR]. *Frentas convoca grande ato em Brasília para o dia 8*. Publicado em 02 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/noticia/4747>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em:

<<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, Brasília, DF, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. *Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário*. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, jul.-dez. 2006.

BILSKY, L. Political Trials. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2001. Disponível em: <http://www.tau.ac.il/law/members/lbilsky/political_trials.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2015.

BILSKY, L. *Political Trials*. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2001. Disponível em: <http://www.tau.ac.il/law/members/lbilsky/political_trials.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, volume 2*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 280/2016*. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=196675&tp=1>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n. 1983*. Autor: Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Réu: União. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=AO&numero=1983&origem=AP>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Originária n. 967*. Autor: Ubaldo Ataíde Cavalcante. Réu: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, 02 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=AO&numero=967&origem=AP>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 23899*. Reclamante: Editora Gazeta do Povo S/A. Reclamado: Juiz de Direito do 6º Juizado Especial Cível da Comarca de Londrina. Relatora. Min. Rosa Weber. Brasília, 1º de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4976411>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma análise do voto do ministro Luís Roberto Barroso à luz do constitucionalismo democrático-paritário. Em: L. L. Streck, L. S. Rocha & W. Engelmann (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, n. 12, p. 137-168. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 1, p. 153-180, jul. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDOSO, Evorah. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Buenos Aires, Ano V, Número Especial, 2011.

CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lelio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. *A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho – a triste sina de Sísifo*. Publicado em 18 out. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-trabalho-triste-sina-de-sisifo>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Monica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 81-92, out. 2009.

CONGRESSO EM FOCO. Juízes e procuradores pedem inquérito contra Gilmar Mendes por acusa-los de chantagem. Publicado em 21 out. 2010. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/juizes-e-procuradores-pedem-inquerito-contragilmar-mendes-por-acusa-los-de-chantagem/>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016.

CORREIO BRAZILIENSE. Gilmar Mendes: ‘TST superprotege trabalhador’. Publicado em 22 out. 2016. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/10/22/internas_eco>

nomia,554291/gilmar-mendes-tst-superprotege-trabalhador.shtml>. Acesso em: 1º nov. 2016.

CRISTIANETTI, Jessica. *A união homoafetiva no STF e o constitucionalismo democrático: contribuições da filosofia do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

EMPÓRIO DO DIREITO. Abuso de autoridade: o que interessa é o texto do Projeto 280/2016, e não os sonhos de Renan Calheiros. TORRANO, Bruno. Publicado em 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/projeto-2802016/>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

ESTADÃO. Ficha limpa é usada para chantagear, diz Gilmar. Publicado em 19 out. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ficha-limpa-e-usada-para-chantagear-diz-gilmar,10000083019>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

ESTADÃO. Pesquisa aponta que o Judiciário é o Poder menos transparente. Publicado em 12 mai. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-aponta-que-judiciario-e-o-poder-menos-transparente,10000050811>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

ESTADO DE MINAS. Pesquisa aponta que o Judiciário é o Poder menos transparente. Publicado em 12 mai. 2016. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/05/12/interna_politica,762055/pesquisa-aponta-que-judiciario-e-o-poder-menos-transparente.shtml>. Acesso em: 09 jun. 2016.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FGV DIREITO SP. Relatório ICJBrasil 1º semestre/2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf>. São Paulo: FGV, 2016. Acesso em: 02 nov. 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. Magistrados entram com dezenas de ações contra jornalistas no PR. Publicado em 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1778916-magistrados-entram-com-dezenas-de-acoes-contrajornalistas-no-pr.shtml>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

FOUCAULT, M. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2011.

FRASER, Nancy. Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente, *Ecuador Debate*, n. 46, p. 139-174, abr. 1999.

G1 JORNAL NACIONAL. Equipe da Gazeta do Povo pode ser condenada por faltar audiência no PR. Publicado em 25 jun. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/06/equipe-da-gazeta-do-povo-pode-ser-condenada-por-faltar-audiencia-no-pr.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

G1 NOTÍCIAS. Gilmar Mendes critica vazamento e diz que MP se acha o 'ó do borogodó'. Publicado em 23 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/08/gilmar-mendes-critica-vazamento-e-diz-que-mp-se-acha-o-o-do-borogodo.html>>. Acesso em: 07 out. 2016.

G1 PARANÁ. Rosa Weber revê decisão e suspende ações contra jornalistas no Paraná. Publicado em 01 jul. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/07/ministra-do-stf-reve-decisao-e-suspende-acoes-contra-jornalistas.html>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

GAZETA DO POVO. TJ e MP pagam supersalários que superam em 20% o teto previsto em lei. Publicado em 15 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/tj-e-mp-pagam-supersalarios-que-superam-em-20-o-teto-previsto-em-lei-8p4mx7sxjog1r9rivs1hrlrig7>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012 – reimpressão.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jurgen. *O ocidente dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, i. 1, article 4, winter 2004.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts, *Annual Reviews of Political Science*, v. 11, 2008.

HORKHEIMER, Max. *Textos Escolhidos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

JAYME, Fernando Gonzaga. A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 53, jul/dez 2008.

MELO, Rúrion. O “paradoxo” da democracia radical: crise, protestos e perda de legitimação, *Dois Pontos*, v. 13, n. 2, p. 71-82, out. 2016.

MELO, Rúrion. Repensando a esfera pública: esboço de uma teoria crítica da democracia, *Lua Nova*, 94: p. 11-39, 2015.

MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Política*. Mexico: Uteha, 1968a.

KIRCHHEIMER, Otto. Political Justice. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/doc/1G23045000963.html>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

KIRCHHEIMER, Otto. Political Justice. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/doc/1G23045000963.html>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: the use of legal procedure for political ends*. New Jersey: Princeton University Press, 1961.

LIMA, Danilo Pereira. *O poder judiciário e a autonomia do direito: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAEOKA, Erika; MUNIZ, Tânia Lobo. A responsabilidade internacional do poder judiciário e o controle da convencionalidade da jurisprudência nacional. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, p. 2577-2595, nov. 2008.

MIGALHAS. Jornal zero hora e colunista indenizarão presidente do TJ/RS. Publicado em: 1º abr. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI236898,71043-Jornal+Zero+Hora+e+colunista+indenizarao+presidente+do+TJRS>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. *Revista CEJ (Brasília)*, Brasília, v. 27, p. 86-94, 2004.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite, *Revista CEJ*, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEXO. Quem Gilmar Mendes já processou e qual foi o resultado. Publicado em 05 out. 2016. Disponível em:
<<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/05/Quem-Gilmar-Mendes-já-processou.-E-qual-foi-o-resultado>>. Acesso em: 08 out. 2016.

NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. 3. ed. São Paulo: Papyrus, 2013.

NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. 2011. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001>. Acesso em: 02 dez. 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalismo and backlash. *Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series*, paper 169, jan. 2007.

REDE BRASIL ATUAL (RBA). Em ofício ao STF, ministros do TST rebatem declaração de Gilmar. Publicado em 30 out. 2016. Disponível em:
<<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2016/10/em-oficio-ao-stf-ministros-do-tst-rebatem-declaracoes-de-gilmar-4154.html>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Vol. 19, n. 37, p. 99-124, 2016c. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1682>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo: direitos e lutas sociais. *Novos Estudos*, ed. 96, p. 49-66, jul. 2013b.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito contra direito: direito, democracia e conflito social no mundo contemporâneo*. Inédito, 2016b.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política, globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em direito. Em: L. L. Streck, L. S. Rocha & W. Engelmann (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, n. 11, p. 125-156. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radical no Brasil (1988 e 2013): uma interpretação à luz de Franz Neumann. Em: L. L. Streck, L. S. Rocha & W. Engelmann (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, n. 12, p. 83-96. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da política*. 26 mai. 2003. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/078en.php>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINDICATO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA AVALIADORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS [SINDOJUS/MG]. Juízes processam servidores do judiciário e facebook por crítica a privilégios. Disponível em: <<http://www.sindojusmg.org.br/site/?p=16032>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SERGIPE [SINDIJUS]. Mamatômetro leva o marajá para a despedida da gestão Osório Ramos e resiste a repressão do TJSE. Publicado em 07 fev. 2013. Disponível em: <http://www.sindiserj.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=932:matometrometro-leva-o-maraja-as-ruas-e-resiste-a-repressao-do-tjse&catid=63:sindiserj>. Acesso em 05: mai. 2016.

SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SERGIPE [SINDIJUS]. Sindicato combate os marajás do TJSE e é condenado a pagar indenização a desembargador. Publicado em 21 out. 2015. Disponível em: <http://www.sindiserj.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2423%3Asindicato-combate-os-marajas-do-tjse-e-e-condenado-a-pagar-indenizacao-a-desembargador&catid=63%3Asindiserj&Itemid=122>. Acesso em: 05 mai. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. *The Julius Stone Institute of Jurisprudence*. Faculty of Law, University of Sydney, The Julius Stone Address 2007, v. 30, p. 375-411, jul. 2007.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do estado: os limites de ação como condição para a legitimidade do poder judiciário na construção da democracia. Em: *XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Direitos Fundamentais e Democracia I*, p. 232-259. Florianópolis: Editora CONPEDI, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE [TJSE]. Detalhamento da folha de pagamento de pessoal. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

UOL NOTÍCIAS. Juiz pode pouco sem opinião pública, diz Moro. Publicado em 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2015/07/30/juiz-pode-pouco-sem-opiniao-publica-diz-moro/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

UNISINOS. Mestrado e Doutorado em Direito: linha de pesquisa. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/mestrado-e-doutorado/direito/presencial/sao-leopoldo/linhas-de-pesquisa>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paulo Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social, revista de sociologia da USP*, São Paulo, vol. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEBER, Max. *Sociologia*. 7. ed. 5. reimpressão. São Paulo: Ática, 2003.