

CONSENSOS E LEGITIMIDADES DAS DECISÕES PARLAMENTARES E JUDICIAIS¹

AGREEMENT AND THE LEGITIMACY OF PARLIAMENTARY AND COURT DECISIONS

Nelson Jobim²

Em primeiro lugar, eu não quero fazer uma análise acadêmica, quero narrar para vocês a partir de fatos. Buscar a verdade, não em princípios ou regras, mas nos fatos. Discutir fatos e, a partir dos fatos, formular determinadas abstrações ou determinados conceitos.

A nossa solução de conflitos sempre passa por certas regras. Algumas por regras jurídicas, outras por regras éticas, mas sempre regras. Gostaria de examinar com vocês o problema das regras de natureza jurídica, a lei e a forma de elaboração da lei. Em sendo assim vou narrar aquilo que vivi.

Quando eu ingressei na política em 1986, me elegendo deputado federal, eu saí da faculdade onde eu era professor de Filosofia do Direito, de Direito Processual Civil e fazia um curso de pós-graduação em lógica matemática e filosofia analítica, então eu conseguia fazer algumas análises. Me lembro que, quando eu era professor, fazia uma análise dos textos legais e fazia críticas aos legisladores, dizendo que não sabiam o que estavam fazendo, que aquilo estava tudo errado.

Quando entrei no Congresso Constituinte em 1987, por uma série de circunstâncias, que não importam aqui, eu acabei sendo um ator junto às grandes lideranças da época. Na verdade, eu não tinha poder político de sugerir decisões. Naquele momento o que eu tinha era a capacidade de escrever, eu era uma espécie de amanuense do pessoal, aquele que escrevia. Perguntavam determinadas coisas e eu acabava escrevendo.

¹ Conferência proferida no VI Encontro de Pesquisas em Administração de Conflitos do Núcleo de Pesquisas em Administração de Conflitos, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, em 06/10/2021.

² Advogado, deputado federal, ministro da Justiça, ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e ministro da Defesa.

O PMDB, na época, era um partido majoritário e o líder do partido era o senador Mário Covas de São Paulo. Como era o partido majoritário, o PMDB ficou com todos os cargos principais da Constituinte: a relatoria, com Bernardo Cabral do PMDB do Amazonas, todas as presidências e relatorias das comissões e das subcomissões da Assembleia Constituinte.

No início dos debates houve um momento que chamo de recepção e de catarse, um momento de você discutir e brigar nas subcomissões e marcar posições, até que os temas começaram a se afunilar. Na política você tem que antecipar a decisão, e a formação da vontade majoritária tem que ser antecipada por uma catarse. Não se pode pular a catarse, que é a discussão às vezes violenta, mas violenta a discussão, não o ódio pessoal que está ocorrendo hoje.

Na Constituinte os temas discutidos acabaram afunilando para a reunião do Colégio de Líderes, onde estavam todos os partidos representados e a presidência desse colégio era exercida pelo Mário Covas. Ali se formavam as decisões, os consensos, os dissensos, ou seja, administrava-se todo o conflito político existente. A administração desses conflitos ou dessas dissidências, ou seja, os modos como se produziram as decisões na Assembleia Constituinte, se dava por quatro meios.

No primeiro meio você debatía uma determinada matéria e, se conseguisse consenso em relação a ela no Colégio de Líderes, ia para o plenário. Os partidos encaminhavam para suas bancadas votarem favorável e a matéria era aprovada. Então, num primeiro momento, havia a obtenção de um consenso. Contudo, não era um consenso de unanimidade, era um consenso formado pela maioria, no caso específico a maioria absoluta. Normalmente, quando havia consenso, eles eram globais, havendo pequenas dissidências pontuais.

Nos acordos de mérito nós nos reuníamos, discutia-se determinada matéria e eu então redigia o texto. Havia reuniões na casa do Dr. Ulysses para revisão do texto e ele indicava uma perspectiva sobre a votação.

Quando não havia um consenso e havendo um dissenso impossível de ser solucionado, você encaminhava o tema para um acordo procedimental. Este era o segundo meio de administrar o conflito. Diante da impossibilidade de acordo de mérito, estabelecia-se um acordo procedimental e se acertava como a matéria em que houve dissenso seria discutida e votada no

plenário da Assembleia, ou seja, você acertava o *modus faciendi*, como chegar lá e haver o debate no plenário. Acordava-se sobre o tipo de debate, a data e a instrumentalização de quantos falariam contra e a favor.

Em outros casos, não havendo acordo e não havendo nem a possibilidade de fazer um acordo procedimental porque não se tinha sequer a maioria para isso, se encaminhava essa matéria para adiante, ou seja, acabava não se discutindo o assunto. Nestes casos fazia-se o uso de um instrumento que foi muito importante naquele momento da Constituinte: encaminhar a parte não consensuada da matéria para ser discutida adiante em lei complementar ou lei ordinária.

Um quarto mecanismo aplicável a estes casos, quando você não tinha a possibilidade de mandar para a lei ordinária porque havia necessidade de um enunciado na Constituição, era introduzir um nível de ambiguidade no texto legal. O que eu criticava como professor, quando eu não conhecia o processo legislativo real, era o que se fazia. Testávamos várias alternativas de texto até chegarmos a uma posição que era aceitável por todos os grupos.

Uma das formas pelo qual no processo legislativo você impede que determinada matéria seja votada ou seja aprovada é exigir uma radicalização no texto. Um exemplo disso ocorreu com a não aprovação do Conselho Nacional de Justiça na época do processo constituinte. Nós tentamos, quando elaborávamos o capítulo do Poder Judiciário, criar o Conselho Nacional de Justiça e não conseguimos. Havia uma posição dúbia da OAB na época, tendo em vista a posição que tinha o presidente da OAB Seccional de São Paulo, que era o Conselho com maior número de votos para eleição do Conselho Federal. Havia também uma objeção da esquerda que, representada por Plínio de Arruda Sampaio, que queria que o Conselho Nacional de Justiça fosse um órgão plenário com representações dos sindicatos, de advogados, etc.

A esquerda não queria saber do Conselho Nacional de Justiça, então usou esse mecanismo para não aprovar a matéria, uma tese de radicalização, estabelecendo que não aceitariam a criação do Conselho se não fosse do modo sugerido por eles, mesmo sabendo que não aceitaríamos isso. O texto de criação do Conselho Nacional de Justiça acabou não sendo aprovado e a matéria só foi aprovada depois com a Emenda Constitucional 45.

Outro caso específico que é muito emblemático dessas técnicas se deu com a formação do texto do art.7º, inciso XV, que dispõe sobre o repouso semanal remunerado. Tínhamos duas posições nítidas. Uma posição sindicalista com os grupos da esquerda e da centro esquerda, que pretendiam um texto indicando um momento da semana, o domingo, e o modalizador deontológico da obrigatoriedade, estabelecendo que o repouso semanal remunerado se daria obrigatoriamente aos domingos. O outro grupo, que era o grupo chamado de direita ou de centro direita, pedia um outro tipo de texto. Não se queria essa obrigação do domingo e pretendiam estabelecer que o repouso semanal remunerado seria fixado por meio de convenção coletiva ou contrato coletivo de trabalho, ou seja, postergar a discussão sobre o momento de gozar esse direito para uma solução de conflitos posterior que levaria, necessariamente, à justiça do trabalho.

Não houve consenso, nem a esquerda aceitava a solução pretendida pela direita e centro direita, nem a direita aceitava a obrigatoriedade aos domingos. Então eu, juntamente com o Antônio Britto, comecei a conversar com as duas frentes sobre a matéria. Quem representava a esquerda era o líder do PT na época, Plínio de Arruda Sampaio. O Plínio de Arruda Sampaio, cuja origem política era o Partido Democrata Cristão, era de uma esquerda católica, não fazia parte dos radicais, e manifestou que a esquerda não abriria mão do termo domingo no texto do enunciado. De outro lado, quem era o interlocutor da direita nessa matéria, dentre tantos líderes dessa frente, era o Roberto Campos, e ele dizia que não pode ser obrigatório o domingo.

Diante do impasse sabíamos que era preciso ter o domingo, condição *sine qua non* do Plínio, e não ter a obrigação. Eu e Antônio Britto concebemos a seguinte solução: repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos. O texto foi aprovado por mais de 400 votos. Ficou o domingo que a esquerda queria e saiu o obrigatório que a direita não queria. Colocamos um privilegiamento ao domingo via a expressão preferencialmente.

Os advérbios de modo no processo legislativo são um grande instrumento na medida em que eles são transeuntes, eles caminham, não são fixos como o substantivo e o adjetivo. O adjetivo enriquece ou enfraquece o substantivo, mas o advérbio de modo cria um trânsito que nos permite aprovar o enunciado. A necessidade de fazer a maioria nos empurrava para uma ambiguidade nos termos mais controversos. Diante do dissenso sobre o tema ou se utilizava da ambiguidade ou estabelecíamos que o assunto seria resolvido em lei ordinária ou lei complementar.

A Lei Complementar não tem, como dizem os nossos juristas, um status diferente porque ela trata de temas constitucionais. A escolha de ser ou não ser complementar encontra-se na divergência maior ou menor sobre o tema. Se o tema era muito divergente, optávamos pela lei complementar. Vejam por exemplo a questão da demissão sem justa causa, do encerramento do contrato de trabalho, tinha que ser regulado por lei complementar. Não diz respeito à complementação de Constituição, mas a soluções políticas. Ninguém queria discutir estes temas direcionando o legislador ordinário para uma maioria simples, desejavam a maioria absoluta da lei complementar. Se o assunto fosse simples, optávamos pela lei ordinária.

A Lei Complementar não é materialmente complementar à Constituição, mas sim instrumentalmente complementar, tendo em vista o nível de dissídio sobre o qual trata o assunto. Não há juízo material na distinção entre Lei Ordinária e Lei Complementar.

E assim os conflitos foram administrados e se construiu a Constituição.

A academia criticou muito a Constituição logo após sua promulgação, a achavam muito detalhista, que ela deveria ser genérica tratando apenas do poder do Estado. Ocorre que nela foram inseridos tantos temas, porque naquele momento as pessoas se deram conta de que era muito mais fácil você aprovar um texto no processo constituinte do que aprovar uma lei ordinária, porque no processo constituinte você tinha a votação em dois turnos por maioria absoluta.

Se o assunto fosse objeto de lei ordinária dependeria, primeiro, de uma iniciativa e, dependendo da circunstância, de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo ou dos Tribunais e ainda teria que aprovar a lei dentro da Câmara e do Senado. Se fosse rejeitada no Senado ia para o arquivo, se não fosse rejeitada no Senado e fosse modificada, voltava para a Câmara para rever a situação. Se o Senado aprovasse a lei, o texto da Câmara ia para o Executivo e este poderia vetá-la. Dessa decisão de veto ainda caberia a rejeição, que na época, dependia de votos de 2/3 dos parlamentares.

Lembre-se que nas constituições militares houve uma mudança no veto estabelecendo dois terços para derrubá-lo. Isso porque a oposição começou a crescer muito e os militares entenderem que havia a necessidade de uma modificação, que foi feita em 1982, estabelecendo que a reforma seria por maioria de dois terços e não por maioria absoluta.

Então essa é a razão pela qual todo mundo queria colocar no texto da Constituição o seu pedaço. Há um fato emblemático nesse sentido. O Fernando Henrique Cardoso era líder do PMDB no Senado e foi o relator do regimento interno e eu era seu assessor. Houve um momento em que compareceram no gabinete, na época das comissões que discutiam a elaboração da Constituição, um grupo de taquígrafas do Senado com um texto para botar na Constituição sobre taquígrafas do Poder Legislativo. Questionamos a elas se achavam que esse tema era relevante para estar na Constituição e elas mantiveram a posição argumentando que tudo estava sendo colocado na Constituição, não podendo elas ficarem de fora. Essa afirmação ilustra muito bem a lógica do que estava ocorrendo.

No processo legislativo ordinário - e aqui eu vou falar sobre um problema histórico - até um determinado momento tínhamos na Câmara de Deputados uma reprodução daquilo que fazíamos da Constituinte. Na Câmara havia o colégio de líderes e ele representava os seus liderados, ou seja, um líder que tivesse uma bancada de 50 deputados teria, em tese, o voto dos seus 50 deputados no plenário. A posição do líder era, na maioria das vezes, a posição definitiva porque eles tinham 80% dos votos da sua bancada. Então se fizessem um acordo no colégio de líderes acertando uma composição de mérito, se era o caso, ou processual, você já tinha a segurança da aprovação no plenário de determinada matéria porque representava a posição da maioria da bancada, bastava o líder encaminhar na hora da votação no plenário.

O restante da bancada, normalmente 20%, eram antigos deputados com mais autoridade e tinha-se que conversar diretamente com eles. Esses deputados eram aqueles formadores de opinião, não participavam do colégio de líderes por qualquer outra circunstância, mas integravam o partido e tinham uma posição.

Esses líderes tinham o controle da posição de sua bancada por duas razões: eram eles que intermediavam a relação dos deputados com o presidente da Câmara e com o executivo; e em razão do modo como o plenário funcionava em suas deliberações.

A estrutura da Câmara na época era composta pela presidência da Câmara, colégio de líderes e o plenário. O colégio de líderes era o intermediário dos deputados com a presidência da Câmara e com o Executivo para suas reivindicações legítimas. Se um deputado quisesse ter uma discussão com o Executivo sobre determinado tema e seu secretário ligasse diretamente para o gabinete do Ministro, a secretária do Ministro diria que seria conveniente que fizesse seu

pedido via sua liderança partidária porque seria mais rápido. Os deputados percebiam que os líderes tinham um poder e que eles dependiam muito dos líderes para resolver os seus assuntos no Poder Executivo. Igualmente se diga em relação ao presidente da Câmara, quando o deputado tinha alguma reivindicação ao presidente da Câmara, o líder tinha que, necessariamente, ir junto, senão não funcionava. O Dr. Ulysses, quando presidente da Câmara, recebia o deputado, mas a coisa só funcionava se viesse com a ratificação do líder da bancada. Portanto, o líder tinha uma autoridade política, porque se elegeu líder, e uma autoridade, digamos assim, administrativa nessa fórmula de intermediação.

Agora, dito isso, também é necessário entender o funcionamento real do plenário e as regras de aprovação do texto dos projetos de lei. Esses comentários dos juristas sobre o processo legislativo se estabelecem a partir do texto constitucional que, com exceção de um trabalho escrito por José Afonso da Silva, normalmente descrevem como é que os outros devem se comportar, uma espécie de dogmática prescritiva, mas não sabem dizer como é que acontece. Esses trabalhos desconhecem o mecanismo da ambiguidade que descrevi e as posições que podem se manifestar no plenário.

No plenário é possível identificarmos quatro posições no curso da aprovação de um projeto. A primeira é impedir que os outros votem com obstruções. Para que uma matéria seja votada no plenário é necessária a presença, na sessão, da maioria absoluta dos membros da Câmara. A maioria absoluta não deve ser dita como sendo a metade mais um dos membros da casa, mas sim o número imediatamente superior à metade dos membros da casa, porque se a casa tiver número ímpar vai ficar metade e haverá confusão. Então, matematicamente definido, a maioria absoluta corresponde ao número imediatamente superior à metade.

Se um determinado partido ou determinado grupo de deputados não quer que a matéria seja votada, ele não dá quórum e impede até mesmo que os outros votem. Quando começa o processo de votação, esse partido ou grupo pede a verificação de quórum e se declara a obstrução. Seus membros não são declarados ausentes para efeitos administrativos, mas estão exercendo um direito parlamentar de obstruir e não dar quórum. Feita a verificação de quórum, se esse partido que tentou a obstrução for derrotado, no sentido de que existe o quórum, a matéria vai ser votada.

Prosseguindo a votação esse partido ou grupo pode ainda propor outra obstrução que o regimento viabiliza: discutir longamente a matéria. Se criam discussões de muito tempo, usam todos os tempos regimentais possíveis e fazem destaques de todos os artigos relativos àquele projeto, tudo para evitar que se vote, mesmo já tendo quórum.

Uma segunda forma de se posicionar no plenário é, na linguagem de fora do Parlamento, votar em branco. Nesse mecanismo, ao contrário da obstrução, ele quer que os outros votem, mas ele não quer votar, ou seja, ele quer dar o quórum para a votação, mas não vota pela matéria. Na câmara de deputados você tem no sistema eletrônico uma tecla para o sim, uma tecla para o não e outra tecla para a abstenção.

As abstenções são computadas exclusivamente para o quórum de votação. Para o quórum de votação somam-se todos os presentes, inclusive os que votaram em abstenção. Porém para o quórum de aprovação as abstenções não são contadas, ou seja, para ser aprovado só se conta o sim ou não. Se o sim superar o não, a matéria foi aprovada; se o contrário, a matéria foi rejeitada. Então é equivocado se dizer que para se aprovar uma matéria precisa maioria relativa. O que se precisa é da maioria relativa daqueles que votaram sim ou não, mas não dos presentes. Portanto, hipoteticamente, seria possível que uma matéria fosse aprovada por unanimidade com um voto desde que o resto tenha se absterido.

A terceira posição é votar sim. A quarta posição é votar não. Estas são, digamos, as regras do trabalho e os caminhos que você pode adotar num processo de discussão da matéria. Daí porque são absolutamente necessários os entendimentos dos líderes.

Esse mecanismo tripartite de presidente da Câmara, colégio de líderes e parlamentares funcionava muito bem. Até que houve uma mudança em 2005 quando o PT e o PSDB se desentenderam na composição da mesa da Câmara. A mesa era eleita, mas normalmente os líderes faziam um acordo. Não é necessário que o candidato à presidente da Câmara seja indicado pelas lideranças, normalmente o é, mas pode ter um candidato avulso, que normalmente não era eleito. O partido majoritário ficava com a presidência, o segundo partido da maior bancada ficava com a vice e assim se distribuía a mesa. Nesse ano não ocorreu o acordo em razão de dissidências internas.

No PT houve uma dissidência entre dois personagens, o deputado Greenhalgh, do PT de São Paulo, e Virgílio Guimarães, deputado do PT de Minas Gerais. Eles disputaram dentro da bancada quem deveria ser o candidato do PT para a presidência da Câmara. Essa divergência acabou indo para o plenário, porque o PT não se entendeu com o PSDB para a composição e foram para uma eleição. Só que tinha um terceiro candidato, Severino Cavalcanti, que era um candidato avulso. Na votação é necessária maioria absoluta para a eleição do presidente da mesa. No primeiro turno de votação o candidato do PSDB foi o terceiro mais votado e ficou fora do segundo turno. Foram para o segundo turno o Greenhalgh e o Severino Cavalcanti, que era um candidato do baixo clero, ou seja, de fora das lideranças partidárias. Como o PSDB se desentendeu com o PT, no segundo turno os parlamentares do PSDB votaram no Severino Cavalcanti porque não queriam que o PT fosse eleito em retaliação a não terem feito acordo com eles. O Severino foi eleito presidente da Câmara.

No momento em que o Severino foi eleito presidente da Câmara os deputados passaram a ter acesso direto à presidência da Câmara sem a intermediação dos líderes. Isso porque Severino não foi eleito ou indicado pelos líderes e não dependia deles, representando diretamente os deputados. Além disso, o presidente da Câmara passou a ser o intermediário dos deputados em relação ao executivo federal, sem a interferência dos líderes.

Com isso o colégio de líderes perdeu importância e, por essa razão, não teve mais capacidade de estabelecer composições. A formação das vontades majoritárias ficou extremamente dificultada porque você não tem com quem falar, não se tinha mais articulação dentro da Câmara para formar a maioria. Passou a ser necessária a composição direta com os deputados e a entrega de vantagens. Essas vantagens eram legítimas, não havia corrupção nesse caso, assegurando alguma coisa para sua região em troca de um voto para apoiar uma posição do Governo. Como consequência desse poder do presidente da Câmara, o executivo ficava dependendo dele para aprovar as suas matérias.

A partir do Severino os presidentes da Câmara que foram eleitos posteriormente gostaram dessa, digamos, novidade bonapartista. Os presidentes passaram a ter acesso direto ao plenário e sua posição foi se enriquecendo progressivamente. Não tinham mais a intermediação dos líderes, não dependiam mais dos líderes. Vários deles instrumentalizaram, com muita inteligência essa posição de ser o comandante do plenário.

Embora eu já não estivesse mais na Câmara, o sujeito que eu percebi como sendo um dos mais capazes de fazer essa chegada direto aos Deputados foi o Eduardo Cunha. Ele tinha uma capacidade imensa de fazer isso através de negociatas e, com isso, conseguir estabelecer uma maioria.

Hoje em dia a maioria dos eleitores sequer sabe quem são os líderes dos partidos na Câmara. Nós temos hoje 24 partidos na Câmara dos Deputados. O PSL, que agora está se juntando ao DEM, tem 53 deputados. O PT tem 53. Alguém conhece o líder do PT na Câmara? Não, porque não tem mais importância. Por que não tem mais importância? Porque não tem mais convencimento. O líder do PL, do PP, do PSB, do PSD, ninguém sabe quem é o líder. Quem tem importância hoje é o presidente da Câmara.

E essa importância do presidente da Câmara foi enriquecida progressivamente em razão da participação do Congresso na elaboração do orçamento. Num determinado momento, enquanto eu ainda estava lá, os deputados tinham emendas ao orçamento, mas normalmente elas eram relativas à bolsa de estudos. O ingresso dos deputados no orçamento foi evoluindo e se criaram, com a Emenda Constitucional 86 de 2015, as emendas individuais impositivas dos parlamentares, muito aplaudidas à época pela mídia e pela academia. Antes as emendas dos parlamentares não eram impositivas e o parlamentar tinha que negociar com o Executivo para a liberação da sua emenda que foi aprovada. Com a impositividade, os deputados ascenderam sobre o Executivo porque ele estava constitucionalmente obrigado a executar a emenda. E assim se deu mais força a quem geria tudo isso: o presidente da Câmara.

Além das emendas individuais impositivas surgiram, em 2019, as emendas de bancada que passaram a ser também impositivas via Lei de Diretrizes Orçamentárias que era votada pelo Congresso. Depois surgiram as famosas emendas de relator, chamadas de RP9 no orçamento público. Os valores dessas emendas do relator não passam por dentro do orçamento da União e vão direto para o destinatário, que normalmente são as prefeituras, para execução de obras específicas definidas pelos deputados. E assim a presidência da Câmara administra atualmente algo em torno de 10 bilhões de reais de emendas do relator.

E assim surge uma inconsistência entre a aplicação de uma verba via emenda impositiva com os eventuais planos nacionais e estaduais que possa ter o Poder Executivo Federal e Estadual, porque de repente aparece uma emenda parlamentar mandando fazer uma

determinada obra que não tem o mínimo sentido no contexto estadual ou federal, mas tem o sentido de ser na base do parlamentar.

Com isto desorganizou-se extraordinariamente a formação da vontade majoritária. Sem as lideranças e com o empoderamento progressivo dos parlamentares e da presidência da Câmara via as chamadas emendas parlamentares impositivas, a formação da maioria do congresso para a aprovação de lei depende hoje da presidência da Câmara. Ora, isto conduz a um tipo de decisão majoritária que depende das negociações políticas daqueles que estão comandando o processo.

O processo democrático, que é um processo prático de composição dos conflitos, de solução das suas dissidências, acabou perdendo expressão. Hoje você não consegue resolver conflitos políticos através dos mecanismos parlamentares de composição dos conflitos, das dissidências, dos não acordos, porque não há acordo.

Diante da não existência de acordos parlamentares surge um elemento curioso: o fenômeno que hoje nós chamamos de judicialização da política. Não se confunda judicialização com ativismo. Eu estou usando a palavra judicialização não no sentido do ativismo, ativismo eu dou um outro contexto. A judicialização se dá quando um grupo político é derrotado na sua composição de votação no Congresso e leva a matéria para o Judiciário.

Em 1988 houve uma constitucionalização dos direitos econômicos e sociais. Utilizando da divisão entre os três tipos de direitos fundamentais, você tem primeiro os direitos civis e políticos, que caracterizaram a primeira metade do século XIX com a conquista do direito de votar, o direito de ir e vir, etc. Esses direitos não se satisfaziam com uma prestação, satisfaziam-se pelo mero exercício. Era o que os alemães passaram a chamar de *Kannrechte* e traduzimos aqui, pela via dos italianos, em direitos potestativos. Por exemplo, no direito de revogar uma procuração que você outorgou o mandatário não tem participação nenhuma, o mandante decidiu revogar e revoga, exerce o direito de revogar e cria uma consequência na esfera jurídica do teu mandatário, ou seja, um direito poder, potestativo.

No final do século XIX é que começaram a surgir os direitos sociais e econômicos, com a necessidade e urgência apontada pelos partidos socialistas, e ampliados no início do século XX com a Revolução Russa e com o *Welfare State*. Os direitos econômicos e sociais são

diferentes, eles não são satisfeitos pelo mero exercício, eles dependem de uma prestação. No direito à educação, à saúde, à habitação, à alimentação, alguém tem que pagar isto. É um direito que depende de uma prestação de terceiros, em alguns casos do Estado e em outros de particulares. Portanto são direitos que estão vinculados à capacidade econômica e do interesse econômico da sociedade de satisfazê-los. Esses direitos levam a uma disputa entre os pretendentes àquelas prestações e aqueles que não querem pagar.

Logo, quando um grupo não consegue a satisfação de um desses direitos pela via política, recorre ao Poder Judiciário para que ele entre na discussão das políticas públicas, ou seja, satisfaça sua pretensão pela via da judicialização. Também deu origem à judicialização o problema da ineficácia na implantação das políticas públicas. E assim o Poder Judiciário passou a ser chamado para participar de disputas políticas não só dentro do Congresso, mas externas.

Outro elemento que também levou à judicialização foi a ampliação da legitimação ativa para as ações de constitucionalidade junto ao Supremo.

Desde 1898 o Poder Judiciário brasileiro passou a poder não aplicar as leis que eram inconstitucionais aos casos concretos. É aquilo que os americanos chamam de *judicial review*, ou seja, o que nós chamamos aqui de controle difuso da constitucionalidade. Esse controle difuso foi uma outorga do poder legislativo brasileiro. Isso vem da Lei 221 de 1894, que definiu as competências da Justiça Federal ainda no início da Primeira República, depois da Constituição de 1891, em que um deputado do Rio Grande do Norte fez uma emenda outorgando aos juízes o poder de não aplicar aos casos correntes as normas contrárias à Constituição Federal e aos tratados feitos pela República.

Em 1965 houve uma Emenda Constitucional criando a representação de inconstitucionalidade, ou seja, importaram o controle abstrato da constitucionalidade do sistema europeu. E aí começaram a conviver no Brasil dois sistemas: o sistema do controle concreto e o sistema do controle abstrato da própria lei via, naquele momento, ação de representação de inconstitucionalidade. Vamos deixar bem claro que essa representação de inconstitucionalidade não foi posta em 1965 na Constituição porque havia uma reclamação por parte dos constitucionalistas. Na verdade, sua inclusão foi uma necessidade política do governo militar que tinha medo de perder a maioria dentro do Congresso Nacional e precisava prever a

hipótese de que o Congresso viesse a aprovar leis contrárias à Constituição outorgada pelos militares e que precisariam ser controladas.

Eles então criaram esse controle direto da constitucionalidade e deram a legitimação ativa para o procurador geral da República. O Procurador Geral da República, nessa época, integrava o gabinete da Presidência da República e tinha a qualidade de Ministro. Além disso o Procurador Geral da República era o advogado do presidente da República, não existia a Advocacia Geral da União.

Quando em 1987 começamos a discutir o tema na constituinte, nós chamamos a atenção para o fato de que a legitimação ativa não deveria caber somente ao Procurador Geral da República, que o controle da constitucionalidade deveria caber também aos órgãos externos ao Governo para trazer representantes de setores da sociedade que pudessem promover a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade das leis.

Como na Constituição de 1988 o Procurador Geral da República saiu do gabinete da presidência, passou a ser um órgão autônomo e se criou a Advocacia Geral da União, passaram a ter legitimidade ativa para as ações de controle de constitucionalidade em abstrato: o Presidente da República, o presidente do Senado, os sindicatos de âmbito nacional, os partidos políticos e a Ordem dos Advogados do Brasil. Com isso se possibilitou o controle da constitucionalidade das Leis provocado por órgãos externos ao Estado.

Essa ampliação da legitimação ativa para as ações controle de constitucionalidade é uma das causas também da judicialização. Isso viabilizou que os partidos políticos e os sindicatos levassem as suas reclamações e os seus juízos de inconstitucionalidade para o Supremo Tribunal.

O Supremo criou uma restrição pela jurisprudência, em relação à legitimação ativa dos sindicatos, estabelecendo que só tinha legitimação ativa se na matéria suscitada pelo sindicato houvesse pertinência temática. Se fosse um assunto completamente fora da relação de trabalho que eles representavam, não poderiam entrar com ação. Isso foi uma restrição criada pelo tribunal numa tentativa de defesa, de não ter tantas ações de inconstitucionalidade.

A terceira causa de judicialização é a incapacidade da política de resolver as suas controvérsias, se elegendo o tribunal para ser o grande personagem no conflito político. O caso

do senador Jamil Haddad, do PSB do Rio de Janeiro, ilustra esse recurso ao Poder Judiciário para solucionar o conflito político. Haddad era o único representante de seu partido no Senado e era o líder do partido. Ele não discutia as matérias dentro do Congresso e defendia sua posição sobre o tema através de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo. Ele dizia que se discutisse no Congresso não teria visibilidade, o que só conseguia quando ajuizava no Supremo a ação direta de inconstitucionalidade e virava notícia.

Além do mais, temos o problema da legislação ambígua. O Poder Legislativo, por ser incapaz de produzir um consenso que torne nítido o texto legal, aprova leis em que você tem múltiplas alternativas legítimas face à ambiguidade a lei. Com isso o Poder Legislativo está outorgando ao Poder Judiciário uma espécie de poder legislativo supletivo porque caberá ao Poder Judiciário escolher uma das alternativas, todas elas legítimas considerando a ambiguidade do texto legal.

Contudo, escolher alternativas significa juízo de conveniência e juízo de conveniência é juízo político, não é juízo jurídico. O Poder Judiciário tem que decidir, e acaba decidindo, porque nós temos uma regra do chamado *non liquet* que está no art.5º, inciso XXXV da Constituição que o obriga o Poder Judiciário a decidir sobre uma questão que lhe é posta.

No início havia uma certa resistência do Tribunal de entrar em questões políticas, as qualificando como matéria *interna corporis* para que não se decidisse sobre questões que eram meramente políticas e que eram, digamos, o prolongamento do debate político perante o Judiciário.

No entanto, começou a surgir uma fundamentação acadêmica para fazer com que o Poder Judiciário passasse a entrar também na decisão dessas matérias. Essa corrente, é o chamado neoconstitucionalismo. O ministro Luís Roberto Barroso deixou muito clara essa posição ao definir que a judicialização: “são questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral que estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário”. E diz ele que essa judicialização é um fato. Portanto ao lado da judicialização veio o crescimento daquilo que nós estamos chamando hoje de ativismo judicial que é o fato de o Poder Judiciário entrar nessa temática. Vejam a frase do Barroso que deixou muito claro isto, disse ele que o ativismo judicial não é um fato é uma atitude. Diz ele assim: “é a escolha de um modo específico proativo de interpretar a Constituição expandindo seu sentido e alcance”. Ele está associando uma

participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com a maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

Observa que é muito bem redigido isso e significa que o Judiciário vai se manifestar sobre esses assuntos como o último a decidir. Se construiu uma falácia com isso, a de que o Poder Judiciário atenderá aos anseios da sociedade. Toda vez que ouvimos o termo anseios da sociedade estamos diante de um instrumento retórico para você tentar levar o seu ponto de vista à solução do assunto.

Na realidade o que ocorre é que o juiz está substituindo o debate político e, pior, sem legitimação política porque não é eleito. Eu brinco um pouco com essa questão, porque quando nós aprendemos com o velho Leitão de Abreu, que era professor de Introdução ao Direito, qual eram as fontes do Direito, elas eram a lei, os costumes, etc. Agora criou-se uma nova fonte de direito: o concurso público. Concurso público para juiz passou a ser fonte de direito porque com ele se pode concretizar os valores constitucionais com mais competência, expandindo o sentido da Constituição.

Tem uma outra questão que também alimenta esse protagonismo do Poder Judiciário. Na década de 90, quando o Ministro Marco Aurélio Mello era o presidente de Supremo, apoiado por todos os colegas da época, decidiu-se propor ao presidente da República uma lei para a criação da TV Justiça. O discurso da época era da transparência, muito valorizada naquele momento. E realmente o objetivo inicial da TV Justiça era ser transparente. Ocorre que, progressivamente, com uma evolução muito larvar e silenciosa, essa transparência passou a ser instrumento de visibilidade individual dos ministros.

Eu fazia uma categorização, meramente conjectural em relação aos fatos, sobre os Ministros do Supremo, considerando como se tornaram Ministros do Supremo. Todos eles foram indicados por um Presidente da República, não havia distinção. Eles foram indicados porque tinham relações diretas com o presidente ou porque tinham relações indiretas, alguém de relação do presidente indicou. Eu, por exemplo, fui indicado ao Supremo porque eu tinha relação direta com o Fernando Henrique, foi ele que me indicou e eu era ministro da Justiça à época. O Paulo Pertence foi indicado pelo Sarney porque ele era Procurador Geral da República no modelo anterior a 88, portanto era membro do gabinete.

A distinção estava na origem da relação com aquele Presidente que indicou, direta ou indiretamente. Numa tipologia tipo weberiana podemos ter duas origens da relação. Não necessariamente elas são dois tipos puros. Uns tiveram a sua relação direta ou indireta com o presidente oriundas da sua biografia, outros só tinham relações e não tinham biografia.

Os ministros que foram indicados porque já tinham a biografia tem uma conduta no plenário distinta dos ministros que não tinham. Quando você vê o comportamento desses Ministros dentro do Tribunal há uma diferença fundamental: os que tinham biografia e foram indicados por isso, não precisam do tribunal para fazer a sua biografia; os outros, que não tinham biografia, precisam do tribunal para fazer sua biografia.

Em razão desta distinção você encontrava diferenças nas condutas dos Ministros. Uma coisa que era comum no tempo que eu estava lá, era que ao colocar em votação no plenário um tema qualquer, o relator relatava a matéria, havia a sustentação oral, o relator votava e se o Ministro concordasse com o relator dizia acompanho o relator e então acabava. Hoje você não vê mais isso porque os Ministros, mesmo acompanhando o relator, fazem um longo voto, uma sustentação erudita porque está sendo visto.

Do outro lado você tem os Ministros que precisam fazer sua biografia. Não estou dizendo que sejam incompetentes, vamos deixar bem claro, têm competência, mas não têm biografia pública que possa justificar aquela presença. Há dois instrumentos para isso: votavam contra pretensões do Governo que o indicou ou tentava mudar o entendimento da corte sobre um tema.

No primeiro instrumento o sujeito que era indicado pelo presidente, depois que assumia, precisava mostrar a sua independência e votava contra o governo. Não quer dizer que quem está votando contra as pretensões do Governo não tenha razão, mas ele estava fazendo isso tendo o objetivo de provar sua independência e depois encontrava fundamentos. Esse Ministro era elogiado pela imprensa pela sua independência. Era a forma menos sofisticada de fazer sua biografia.

No segundo instrumento, mais sofisticado, o Ministro quer ser o pai de um novo *leading case* para ficar famoso. Se o tribunal está decidindo e existe uma jurisprudência firmada sobre

determinado assunto, o Ministro passa a defender outro entendimento para mudar a jurisprudência do tribunal.

São esses os dois mecanismos que eu identifiquei no Tribunal. Não significa que não se confundam, mas esses dois tipos são fundamentais. Passem a olhar com essas lentes que vocês vão enxergar essas coisas.

Além dessas causas e conceitos que já foram expostos, o ativismo se realizou através da aplicação da Constituição a questões sem previsão constitucional. Para tanto recorrem aos princípios. Começou-se a não falar mais em norma legal, mas em princípio legal, porque o princípio legal era um instrumento retórico para viabilizar esse tipo de interpretação. Há uma proliferação de princípios legais que você encontra na dogmática do Direito constitucional. Princípios explícitos e os princípios não explícitos, nestes entram qualquer coisa. Isso porque o princípio é um instrumento retórico para você aplicar a Constituição com critérios nada elásticos e em causas não previstas

Eu me lembro que, quando eu estava no tribunal, começaram a aparecer uma variedade de princípios e eu comecei a anotar. Naquela época já passavam de 90 princípios. Hoje tem um dicionário de princípios que tem mais de 900 páginas.

Veja a figura que apareceu agora do “estado de coisas inconstitucional”. O estado de coisa inconstitucional legitima que se tome a decisão de impor a execução ou paralisação de políticas públicas sem regra constitucional. Tal decisão representa uma posição complicada porque não há responsabilidade, *accountability*, desses personagens.

O próprio Luís Roberto Barroso, que é absolutamente competente e sincero nas suas posições, diz que o ativismo “consiste na aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas no seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário”. Diz mais ele: “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador com base em critérios menos rígidos que os de patente e a ostensiva violação da Constituição e a imposição de condutas ou abstenção do poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Em vista disso podemos dizer que o judiciário está avançando para além daquela função que lhe compete pela Constituição.

E esse avanço não é só do Poder Judiciário *stricto sensu*. Isso também acontece nos Tribunais de Contas, eles estão começando a julgar políticas públicas do Executivo, dizendo o que deve ser feito e de que forma deve ser feito.

Em vista de tudo que expus até o aqui, o que nós estamos experimentando nesse momento é uma inconsistência dos Poderes. Nós temos uma inconsistência dentro do Poder Legislativo, aqui descrita por mim.

Temos também a inconsistência do Poder Executivo, já que hoje não tem nenhuma capacidade de diálogo. Se introduziu na política uma variável, que eu desconhecia, que é a variável do ódio. Você não tem mais adversários políticos, você tem inimigos políticos. Neste cenário os mecanismos de conciliação desaparecem, ficam inviáveis porque você tem a radicalização do ódio e não consegue compor.

Vejam que o diálogo entre o Executivo e Legislativo é pífio e causal. E observem que os partidos já não têm mais força. O Congresso passou a se reunir em bancadas temáticas, você tem a bancada da bala, a bancada da agricultura, a bancada evangélica, que são legítimos, mas são bancadas que se unem tematicamente, especificamente para aquele tema e não tem acordo sobre nada mais.

Por fim temos também a inconsistência dentro do Poder Judiciário com o ativismo. Um exemplo disso se apresentou agora na pandemia. Quando uma determinada prefeitura decidia por implementar medidas restritivas de circulação e alguém, um negacionista qualquer, propunha no judiciário uma ação para contestar essa medida, vinha uma liminar de um juiz indicando que não poderia restringir, ou seja, entrando em políticas públicas de saúde.

O fundamento desse ativismo judicial vem, em primeiro lugar, da chamada normatividade dos princípios e, em segundo lugar, do problema da colisão de normas constitucionais.

Lembro de um caso clássico que envolve de um lado a livre expressão e do outro lado a não livre expressão. Houve um habeas corpus no Supremo Tribunal em que o paciente era um gaúcho da região alemã que havia sido condenado por antissemitismo pelo TJRS e foi confirmado pelo STJ. Ele tinha publicado livros elogiando Hitler e o combate ao semitismo, dizendo que o holocausto era falso, enfim, uma série de coisas. Foi para apreciação do Supremo,

o habeas corpus desse caso, e se instalou uma divergência. Os Ministros Marco Aurélio e o Moreira Alves decidiram que concediam o habeas corpus, reconhecendo a prescrição porque entenderam que, como judeu não era raça, não se aplicava a norma constitucional de racismo que tornava imprescritíveis os atos anti-raciais. O Ministro Carlos Ayres Britto sustentou a liberdade de expressão e se manifestou favorável à concessão o habeas corpus porque esse cidadão havia exercido o direito à livre expressão. Eu entrei no debate duramente porque conhecia o personagem e sabia as ações que ele tinha desenvolvido. O tribunal examinou então o que era um conflito de princípios. Havia o princípio da liberdade de expressão e havia o princípio anti-racista. Instalado esse conflito, o debate já não era mais sobre o caso concreto, o debate passou a ser sobre conflito de princípios.

Quando você vai fazer uma análise sobre conflitos de princípios, não se tem condição de verificação se é verdadeiro ou falso o teu enunciado. Recorrendo aos estudos de filosofia analítica e lógica matemática, eles são aquilo que os alemães chamavam de “*Sinn nicht*”, ou seja, a tua proposição jurídica não tem como ser demonstrada se é verdadeira ou falsa. E os neopositivistas de Viena chamavam isso de enunciados ou proposições sem sentido, porque só teriam um sentido aquelas que pudessem ser demonstradas ou sujeitas a uma verificação.

Então para fazer essa disfuncionalidade, se recorre à técnica da ponderação, reabilitando uma argumentação jurídica abstrata que discute o mundo. Para isso se utiliza da retórica da teoria fundamentalista da linguagem, afirmando que a linguagem é a coisa, ela expressa uma coisa, não é nada mais que a regra de uso para tratar de algo.

Quando estudava no primeiro ano na Faculdade de Direito com Galeno Lacerda, nosso professor de processo, e se falava em coisa julgada, discutíamos quem era essa coisa julgada. Ela é gorda, é magra? Como é que nós vamos visitá-la? Porque o jurista fala na coisa julgada como se fosse uma coisa do mundo. Como na nossa tradição as coisas é que emprestam significação às palavras, era preciso criar uma coisa no chamado mundo jurídico para ter sentido a palavra coisa julgada.

É a mesma coisa que você chamar alguém de palhaço. Se nós dois vimos determinada conduta do sujeito em determinado momento e você diz que o sujeito é um palhaço; e eu digo que não é um palhaço; discutimos se ele é ou não é palhaço; e nós dois descreveremos o fato que o sujeito fez do mesmo jeito. No mundo não há divergência, mas o que você chama de

palhaço, eu digo que não é palhaço. A divergência nossa não é sobre o mundo, é sobre a regra do uso da palavra e as consequências do que se tira da palavra. Se você quer ridicularizar o sujeito porque não gosta dele, então você começa a chamá-lo de palhaço. Se eu quero protegê-lo porque é meu amigo, digo que não é palhaço. A nossa discussão é a regra de uso de palavra.

Ela pode ser uma discussão sem influências maiores, mas também uma discussão tipicamente ideológica, o que normalmente é. A tipificação penal é o exemplo disso. O chamado tipo aberto no Direito Penal é meramente uma concessão a alguém para dizer que aquela conduta do mundo se aplica àquela regra. Isso porque aquele tipo aberto não descreve conduta, meramente afirma.

Quando eu era advogado, logo no início de 1969, lá em Santa Maria, eu recebi um cliente e ele disse que precisava entrar com ação de desquite - na época não havia divórcio - porque a sua mulher era adúltera. Eu questionei o que a mulher havia feito e desde quando ele era casado. Ele retrucou que não era casado e que quando saía de casa ela recebia um amigo para tomar chá a tarde toda. Para aquele sujeito esse era o adultério, ou seja, se eu não tivesse perguntado o que tinha acontecido entraria na falácia do sujeito porque ele estava usando mal uma palavra técnica.

Esse é o nosso problema de achar que as palavras e os conceitos jurídicos correspondem a alguma coisa que existe no mundo. Esse nosso débito judaico-cristão idealista ou essencialista da linguagem nos leva a inúmeros erros. E aí eu encerro lembrando Wittgenstein: muito das nossas divergências nada mais são do que divergências decorrentes do mau uso da linguagem. Não há divergência sobre o mundo. Há uma mera divergência sobre linguagem.

Data de Submissão: 23/11/2021

Data de Aceite: 07/12/2021