

DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS

POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL

Conrado Hübner Mendes
Maio de 2021



Os termos “ativismo judicial”, “judicialização da política” e “politização da justiça” falam do maior protagonismo político das cortes brasileiras nas grandes discussões públicas do país.



O elemento político pode ser determinante não apenas no resultado da decisão judicial, mas também na forma de condução estratégica dos procedimentos.



É possível identificar alguns padrões de “fuga da legalidade” praticados pelo poder judiciário brasileiro, dentre eles o “populismo judicial”, ou “populispudência”, a “parcialidade judicial” e o do juiz que se define pelo pragmatismo de resultados.

O senso comum jornalístico e acadêmico tem descrito o Poder Judiciário brasileiro a partir de três expressões: ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça. Os três conceitos, embora usualmente banalizados pela linguagem cotidiana, contêm uma mensagem simples: com o maior protagonismo político dos tribunais nas grandes discussões públicas do país, está cada vez mais difícil distinguir juízo político e hermenêutica jurídica na atuação das cortes brasileiras, algo que já se esperava a partir da Constituição de 1988 e que não destoia das tendências das democracias contemporâneas.

De maneira bastante esquemática, a politização da justiça significa, entre os juristas brasileiros, o processo no qual as cortes abandonam certa visão “formal”, “legalista” ou “mecânica” da interpretação das leis, em nome de uma perspectiva “material”, “substantiva” e “ética”, abertamente consciente dos compromissos e objetivos políticos presentes na Constituição.¹ O pressuposto da politização da justiça é a judicialização da política - o deslocamento de embates políticos e morais para o âmbito dos tribunais. Se, tradicionalmente, o papel das cortes brasileiras era o de resolver disputas entre particulares e casos de abuso de poder administrativo, a Constituição de 1988 fez do poder judiciário o ator mais importante no controle do sistema político brasileiro.² Praticamente não há mais tema da política brasileira que não possa ser “judicializável”.

A Constituição de 1988 trouxe a política definitivamente às cortes. Dentre outras disposições, ela estabelece que inexistente limite material para o controle judicial da lei e dos atos administrativos.³ O poder judiciário passa a ser o eixo de um complexo sistema de *accountability*, que envolve desde o controle interno da administração pública e dos processos administrativos,⁴ à fiscalização do Estado e da sociedade civil, em conjunto com instituições suplementares como a polícia e o ministério público.⁵ Além disso, o Poder Judiciário brasileiro é encarregado do controle de constitucionalidade das leis, o que abrange tanto o controle incidental, realizado por qualquer juiz em qualquer instância judicial (estadual, federal e especial),⁶ quanto o controle concentrado, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de um sistema de “ações constitucionais”.⁷ Assim, a “judicializa-

ção da política” constitui, no Brasil, o pano de fundo institucional da “politização da justiça”.

O tripé fenomenológico do judiciário brasileiro contemporâneo se completa com o “ativismo judicial”. Por “ativismo judicial” entende-se a extrapolação das competências judiciais tradicionalmente reconhecidas às cortes no âmbito da separação de poderes, seja em razão de técnicas hermenêuticas que ampliam a função judicial, seja por convicções políticas.⁸ Quando se diz que um tribunal foi ativista, supõe-se que usurpou a competência do poder legislativo, que “legislou” e não meramente “aplicou” o direito.

Em resumo, a judicialização da política é um conceito usado sobretudo em sentido descritivo, ou seja, como diagnóstico de um fato. Já o ativismo judicial, mais do que diagnóstico de um simples fato, carrega um juízo de valor crítico ao desempenho judicial. Por fim, politização da justiça, mais do que um diagnóstico descritivo, ou um juízo crítico baseado na ideia de separação de poderes e democracia, expressa uma crítica a comportamento de juizes que se pautam por motivações político-partidárias. Numa gradação de patologias, esta seria certamente a mais grave. Para tanto, é necessário encontrar métodos e indícios para perceber *como, quando e em que medida* um juiz passa a se comportar a partir de critérios da política.

Não se pode generalizar o diagnóstico de politização da justiça, como se qualquer decisão judicial estivesse indistintamente contaminada por considerações de ordem política. Contudo, pode-se dizer que, nos casos que tocam nos grandes interesses e divergências do país e que abalam correlações de forças, é comum o comportamento judicial ser influenciado por fatores desse tipo. E, também, é importante perceber que o elemento político pode ser determinante não apenas no resultado da decisão judicial, mas também na forma de condução estratégica dos procedimentos. A politização de procedimento e do resultado podem ou não estar correlacionados.

Quando juizes decidem assuntos variados como a possibilidade de adoção de cláusulas de barreira no sistema partidário,⁹ a suspeição do juiz que determinou a prisão de Luís Inácio Lula da Silva (Lula),¹⁰ o financiamento empresarial de campanhas eleitorais,¹¹ a constitucionalidade do Código Florestal¹² e a legalidade do *homeschooling*,¹³ é fundamental

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. No mesmo sentido, para uma abordagem tradicional do fenômeno pela doutrina brasileira, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 1987 e CAMPILONGO, Celso Fernandes. ‘Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico’ in José Eduardo Faria (ed.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

2 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Ver também MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

3 Brasil, Constituição de 1988. Art. 5º, XXXV.

4 Op. cit., Art. 74, IV.

5 Op. cit., Art. 144, § 1º, I e IV, e art. 127.

6 Op. cit., Art. 102, III, ‘a’, ‘b’ e ‘c’.

7 Op. cit., Art. 102, I, ‘a’ (redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2002), art. 102, § 1º, e art. 103, § 2º.

8 PETTINICCHIO, David. ‘Institutional activism: reconsidering the insider/outsider dichotomy’, *Sociology Compass*, v. 6, 2012. Para a primeira aparição histórica da expressão, v. SCHLESINGER JR., Arthur. ‘The Supreme Court: 1947’, *Fortune*, v. 35(1), 1947.

9 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1351 e 1354, j. 07.12.2006.

10 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 193726, j. 15.04.2021.

11 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650, j. 17.09.2015.

12 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 42, j. 28.02.2018.

13 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 888815, j. 12.09.2018.

interpretar contextualmente cada passo do processo judicial até o resultado e, assim, detectar se as decisões sobre o “como e quando” (procedimento) e sobre “o quê” (resultado) se decidiu foram afetadas por motivações políticas.

O tripé politização da justiça / judicialização da política / ativismo judicial não é isento de críticas. É possível identificar alguns padrões de “fuga da legalidade” que vêm sendo praticados pelo poder judiciário brasileiro.

O *primeiro* é o do “populismo judicial”, ou “populispudência”. Aqui, localizamos certo comportamento dos juizes que apela ao “sentimento social”, à “voz das ruas”, a uma ideia etérea de “povo”, a uma “missão” ou a uma “causa maior”, como o combate à corrupção ou a regeneração moral do país. Exemplos desse comportamento são o julgamento do “Mensalão” no Supremo Tribunal Federal,¹⁴ a cassação da chapa Dilma/Temer no Tribunal Superior Eleitoral (TSE)¹⁵ e a condução judicial da “Operação Lava-Jato”.

O caso do “Mensalão” envolveu o julgamento de um dos grandes escândalos recentes de corrupção no país, revelando a compra de votos parlamentares por membros do poder executivo. Embora envolvesse o sistema partidário como um todo, as decisões judiciais foram marcadas por elevado grau de seletividade e simbolismo, dirigida especialmente contra membros do Partido dos Trabalhadores (PT).

O caso da cassação da chapa Dilma/Temer envolveu o julgamento de atos de corrupção ocorridos durante a campanha presidencial de 2014, na qual foi eleita a chapa formada por Dilma Rousseff (presidente) e Michel Temer (vice-presidente). Temer havia assumido a presidência cerca de um mês antes, após o impeachment de Dilma Rousseff. Como o interesse do sistema político restringia-se a afastar Dilma Rousseff do poder, a ação foi julgada improcedente pelo TSE, como se a corrupção da campanha, base jurídica do impeachment, comprometesse apenas Dilma Rousseff e não a chapa Dilma/Temer.

O caso da Operação Lava Jato cobre uma série de investigações criminais que, entre 2014 e 2021, buscavam apurar relações de corrupção entre governo, empresas estatais e empresas privadas. A Operação ficou conhecida pela sua seletividade (especialmente contra membros do PT, incluído o ex-presidente Lula, preso em 2018) e por violações às garantias do processo penal em nome da “luta contra a corrupção”.

Em todos esses casos, o direito perde protagonismo para as metas e ambições do sistema político, curvando-se à conveniência do poder político. O poder judiciário deixa de ser um

14 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470, julgamento iniciado em 02.08.2012 e concluído em 13.03.2014.

15 Brasil, Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 194358, j. 09.06.2017.

meio de controle do poder, para assumir um papel de instrumento do poder.

O *segundo padrão* é o da “parcialidade judicial”. Aqui está um amplo espectro de posturas nas quais juizes decidem “em causa própria”, o que pode se referir aos interesses de facções políticas das quais os juizes fazem parte (“factionispudência”), aos interesses dos amigos e familiares dos juizes (“amicuspudência”) e mesmo aos interesses corporativos da magistratura (“cleptospudência”).

No interesse de facções pelas quais têm simpatia, juizes refletem nas suas decisões as ambições de seus correligionários, de partidos políticos e grupos de pressão específicos. Assim, por exemplo, a tentativa recente de, por decisão monocrática, proteger a Operação Lava Jato, apesar da suspeição do juiz Sérgio Moro.¹⁶ Da mesma maneira, as mudanças arbitrárias de competência na execução da pena de Lula, com o intuito deliberado de mantê-lo preso.¹⁷ Nessa mesma chave explicam-se as tendências recentes de alinhamento partidário dos ministros, admitindo-se “juiz simpático à Lava Jato”, “juiz apoiador dos conservadores” e “juiz opositor de partido”. As próprias mensagens trocadas entre o juiz Sérgio Moro e os promotores da Operação Lava Jato revela conteúdo incompatível com a função judicial. O propósito de perseguir inimigos, independentemente dos meios, ressoava evidente.

No interesse de amigos, familiares e da própria categoria, ficam evidentes as inclinações pessoais, nepotistas e corporativistas dos juizes. Alguns exemplos são ilustrativos. Em primeiro lugar, a deterioração do instituto da suspeição, deixando de ser um impeditivo da decisão judicial e assumindo a forma de uma autoavaliação subjetiva da honestidade dos juizes. Em segundo lugar, o uso cada vez mais amplo de “soluções excepcionais”, como o próprio Tribunal Regional Federal (TRF-4) viria a se manifestar no caso da condenação de Lula: “soluções inéditas para casos inéditos”.¹⁸ Com isso, estariam absolvidas todas as violações ao processo penal praticadas por Sérgio Moro na persecução de Lula. Outra “solução excepcional”, de clara tendência corporativista, foi a decisão de Luiz Fux de manter – por liminar monocrática – o pagamento de auxílio-moradia a todos os juizes do país, acima do teto constitucional e mesmo que o juiz tivesse residência na cidade onde trabalha. A liminar só foi cancelada quando o Executivo aprovou o reajuste salarial para a categoria.

O padrão da parcialidade não existe ao acaso. Ele é reforçado por um conjunto de disposições institucionais, que facilitam e induzem soluções individuais, tendencialmente *ad hoc*.¹⁹

16 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 193726, voto Min. Luiz Edson Fachin, j. 08.03.2021

17 Brasil, Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Resolução de Conflito de Competência pelo Presidente do Tribunal Regional Federal, Quarta Região, Des. Thompson Flores, em 08.07.2018.

18 Brasil, Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Processo Administrativo (Corte Especial) n. 3021-32, j. 23.09.2016.

19 Para esse conjunto de disposições institucionais, v. AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Deciding without deliberating’, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013 e RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

Esse conjunto inclui, pelo menos (i) a extrema concentração de poderes nas mãos dos presidentes dos colegiados judiciais, que podem decidir quando pautar um processo, quando julgar decisões monocráticas no colegiado, ou quando cassar a decisão monocrática de um de seus colegas; (ii) o abuso de decisões monocráticas, que servem com frequência ao propósito de fixar perspectivas políticas individuais dos juízes, que potencialmente não seriam corroboradas pelos seus colegas; (iii) a ausência de deliberação na maioria dos colegiados judiciais, em que cada juiz prepara prévia e de modo individual seus votos, e não há propriamente a discussão da decisão “da Corte”; (iv) a ausência de controle do tempo dos processos, o que é sobretudo relevante em operações como a Lava Jato, na qual há mais de um réu envolvido, e o andamento do processo em relação a cada um dos envolvidos influencia o jogo político e eleitoral; e (v) a ausência de *accountability* em relação à discricionariedade judicial e administrativa presente nas decisões que envolvem “politização da justiça”.

O *terceiro padrão*, por fim, é o do juiz pragmático, instrumental. É o juiz que se define pelo pragmatismo de resultados. Ele não se pauta por padrões formais de legalidade, pela regularidade dos meios, ou pelo rigor jurídico dos fundamentos de sua decisão, mas com seus efeitos de curto e médio prazo. Não seria preciso coerência. Se for dado a colaborar com o governo, será o juiz que se curva às decisões de “conveniência e oportunidade” do poder político.

Assim, por exemplo, o comportamento de um mesmo juiz do STF, Gilmar Mendes. Entre 2016 e 2017, ele ajudou a incendiar o cenário do *impeachment* de Dilma Rousseff, confraternizando com seus principais articuladores e proferindo decisões contra o que chamou de “sindicato de ladrões” (alusão às origens sindicais do PT). Dois anos depois, passou a enfatizar a necessidade de respeito ao mandato eleito, para conter a Operação Lava Jato em defesa de seus “amigos”. Em 2021, foi fundamental para fixar a suspeição de Sérgio Moro e liberar Lula da prisão, tornando-o uma opção (a única viável, segundo as pesquisas) contra Bolsonaro, em 2022. Essa postura não revela qualquer posicionamento jurídico, mas um conjunto de medidas políticas, estratégicas, para retirar certo grupo do poder político em benefício de outro. Um juiz que muda de ideia (e de decisão) conforme sua leitura da conjuntura política. Aqui, a politização é total: um juiz que não se comporta como juiz, mas como político.

Aqui também se incluem as decisões que negam ao poder judiciário seu papel de controlar a política. Com o custo de comprometer a divisão dos poderes e inviabilizar a lógica da legalidade, o Ministro Dias Toffoli, então Presidente do STF, lançou o “Pacto entre os Poderes” (2019), uma iniciativa concebida a quatro mãos com Jair Bolsonaro, atual Presidente da República. De acordo com essa doutrina, o poder judiciário deveria atuar como um “facilitador” das reformas propostas pelo Poder Executivo, evitando constrangimentos à ação governamental, o que envolveria aliados e mesmo familiares do Presidente. A postura de adesão incondicional ao governo também existe em outras cortes. O exemplo vem do Tribunal de Justiça de São Paulo que, concentrando poderes em seu

presidente, impediu que juízes julgassem os planos administrativos de retomada da economia no contexto da pandemia do Covid-19. Isso incluiu a reabertura das escolas em fevereiro, apesar da tendência de aceleração do número de casos e da média de mais de 1000 mortes por dia no país.²⁰ Quando, três semanas depois, o número de mortes por Covid passou dos 3000 por dia, o próprio governo estadual decidiu fechar novamente as escolas.

Juízes, por fim, ao embarcar no instrumentalismo, costumam também lançar mão tanto de uma argumentação baseada em “princípios”, quanto de um apelo retórico e impressionista às “consequências” de suas decisões. Isso acontece, por exemplo, quando o STF afirma, em decisão monocrática, que pelo princípio da liberdade religiosa templos e lugares de culto não podem ser fechados em hipótese alguma, mesmo com um número de mortes por Covid-19 superior a 4000/dia.²¹ Não há um trabalho rigoroso com teoria dos princípios ou com o método da ponderação. Na falta de argumentação jurídica que sustente a decisão, destaca-se simplesmente um ponto de vista pessoal e subjetivo.

No campo das “consequências”, uma ilustração vem do caso em que o STF decidiu pelo fim do financiamento empresarial das campanhas eleitorais “para afastar o dinheiro da política”, mas acabou produzindo o efeito oposto, as eleições mais oligarquizadas do período pós 1988.²² Novamente, o que está em jogo não é o trabalho cuidadoso com dados empíricos e relações de causalidade, mas sim a crença (política) de que determinadas decisões têm a aptidão de produzir determinados resultados (politicamente) desejáveis.

O vocabulário político brasileiro tem adotado expressões de origem acadêmica – politização da justiça, judicialização da política, ativismo judicial – para falar de juízes e tribunais. Essas expressões têm algo a dizer sobre a expansão do poder judiciário por novos terrenos da separação de poderes. Mas nada dizem sobre hermenêutica jurídica e sobre integridade judicial, ou o que explica a decisão x não ter nada a ver com a lei nem com a decisão y em caso semelhante. Existe aí um ônus claro: juízes e cortes devem nos convencer de que merecem credibilidades e confiança como indivíduos e como instituição. Entretanto, como se viu nos três padrões analisados acima, a politização da justiça tem sido uma ferramenta perigosa de desvio da legalidade pelo poder judiciário.

Sintomaticamente, em 9 de abril de 2021, a página oficial do STF postou nas redes sociais uma pequena nota em que dizia: “O Supremo Tribunal Federal reitera que os ministros que

20 Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo. Suspensão de Liminar n. 2013164-66, j. 13.03.2021

21 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811, j. 08.04.2021.

22 Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650, j. 17.09.2015.

compõem a Corte tomam suas decisões conforme a Constituição e as leis”. A necessidade de afirmar, com palavras, o que precisa ser demonstrado com ações escancara a crise do poder judiciário no Brasil. O conteúdo da nota – que deveria ser uma obviedade – só reforça a gravidade da crise provocada pela excessiva politização da justiça no Brasil, uma crise em que se torna cada vez mais difícil perceber qualquer diferença entre política e direito.

Judicialização da política e, especialmente a judicialização da “megapolítica”, não precisa levar à politização da justiça, apesar dos incentivos para tanto. A neutralização dessa falsa causalidade pode ser perseguida pela combinação de reformas institucionais e de uma interpelação pública de juízes sobre desvios da ética judicial.²³

23 Ran Hirschl. “The Judicialization of Mega-Politics and the rise of political courts”, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11, 2008.

AUTOR

Conrado Hübner Mendes é Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pela Universidade de Edimburgo e Doutor em Ciência Política pela USP. Embaixador científico da Alexander von Humboldt Stiftung.

FICHA TÉCNICA

Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil
Av. Paulista, 2001 - 13º andar, conj. 1313
01311-931 • São Paulo • SP • Brasil

Responsáveis:

Christoph Heuser, representante da FES no Brasil
Gonzalo Berrón, diretor de programas

<https://brasil.fes.de>

Contato:

fesbrasil@fes.org.br

O uso comercial de material publicado pela Friedrich-Ebert-Stiftung não é permitido sem a autorização por escrito.

POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL



O vocabulário político brasileiro tem adotado expressões de origem acadêmica – politização da justiça, judicialização da política, ativismo judicial – para falar de juízes e tribunais. Essas expressões têm algo a dizer sobre a expansão do poder judiciário por novos terrenos da separação de poderes. Mas nada dizem sobre hermenêutica jurídica e sobre integridade judicial, ou o que explica a decisão x não ter nada a ver com a lei, nem com a decisão y em caso semelhante. Existe aí um ônus claro: juízes e cortes devem nos convencer de que merecem credibilidade e confiança como indivíduos e como instituição. Entretanto, como se viu nos três padrões analisados, a politização da justiça tem sido uma ferramenta perigosa de desvio da legalidade pelo poder judiciário.



Sintomaticamente, em 9 de abril de 2021, a página oficial do STF postou nas redes sociais uma pequena nota em que dizia: “O Supremo Tribunal Federal reitera que os ministros que compõem a Corte tomam suas decisões conforme a Constituição e as leis”. A necessidade de afirmar, com palavras, o que precisa ser demonstrado com ações escancara a crise do poder judiciário no Brasil. O conteúdo da nota – que deveria ser uma obviedade – só reforça a gravidade da crise provocada pela excessiva politização da justiça no Brasil, uma crise em que torna cada vez mais difícil perceber qualquer diferença entre política e direito.



Judicialização da política e, especialmente, a judicialização da “megapolítica” não precisa levar à politização da justiça, apesar dos incentivos para tanto. A neutralização dessa falsa causalidade pode ser perseguida pela combinação de reformas institucionais e de uma interpelação pública de juízes sobre desvios da ética judicial.

Para mais informações sobre o tema, acesse:
<https://brasil.fes.de>