

Sara Alves Magalhães

O JOGO DOS
PODERES



IMPEACHMENT, POLITIZAÇÃO E DEMOCRACIA

Editora
**SER
TÃO
CULT**



Sara Alves Magalhães

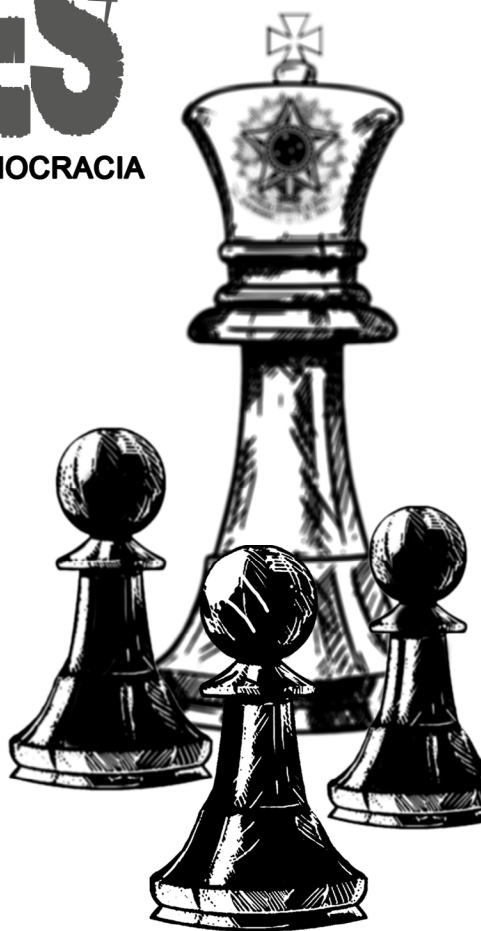
É graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú, situada em Sobral/CE; e mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Atualmente, é professora do curso de Direito da Faculdade Princesa do Oeste, situada em Crateús/CE, e servidora do Ministério Público do Estado do Ceará, atuando como Assessora Jurídica I.

Sara Alves Magalhães

O JOGO DOS

PODERES

IMPEACHMENT, POLITIZAÇÃO E DEMOCRACIA



Sobral - CE
2022

Editora

**SER
TÃO
CULT**

O Jogo dos Poderes: Impeachment, Politização e Democracia

© 2022 copyright by: Sara Alves Magalhães.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora
**SER
TÃO
CULT**

Rua Maria da Conceição P. de Azevedo, 1138

Renato Parente - Sobral - CE

(88) 3614.8748 / Celular (88) 9 9784.2222

contato@editorasertaocult.com

sertaocult@gmail.com

www.editorasertaocult.com

Coordenação Editorial e Projeto Gráfico

Marco Antonio Machado

Coordenação do Conselho Editorial

Antonio Jerfson Lins de Freitas

Conselho Editorial

Alexandre Jeronimo Correia Lima

Alicia Ferreira Gonçalves

Antonio Marcos de Sousa Silva

Bruna Lustosa Pellegrini

Clayton Mendonça Cunha Filho

Francisco Hélio Monteiro Júnior

Izaquiel Mateus Macedo Gomes

Joannes Paulus Silva Forte

Nilson Almino de Freitas

Priscilla Uchoa Martins

Revisão

Antonio Jerfson Lins de Freitas

Diagramação

João Batista Rodrigues Neto

Capa

Gustavo Soares de Oliveira Neto

Catálogo

Leolgh Lima da Silva - CRB3/967

M189j

Magalhães, Sara Alves.

O Jogo dos poderes: impeachment, politização e democracia. / Sara Alves Magalhães. Sobral CE: Sertão Cult, 2022.

128p.

ISBN: 978-65-5421-021-8 - e-book em pdf

ISBN: 978-65-5421-022-5 - papel

ISBN: 978-65-5421-023-2 - e-book em mobi

Doi: 10.35260/54210218-2022

1. Direito. 2. Política. 3. Democracia. I. Título.

CDD 323

Prefácio

É sempre motivo de alegria escrever rápidas linhas sobre a publicação de obras de jovens pesquisadores que passaram por minha orientação no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. A primeira das razões para tal alegria é a constatação de que a atividade intelectual que se realiza neste Programa resulta em boas reflexões. A segunda é que também posso ver o interesse de jovens pela pesquisa científica sobre a complexa realidade nacional. Não há possibilidade de crescimento econômico, institucional que não seja precedido da crítica intelectual. O pensar move o mundo porque o concreto se opera após a reflexão.

Este é o caso da presente obra de Sara Magalhães, intitulada “*O Jogo dos Poderes – Impeachment, Politização e Democracia*”. Destaco, desde já, o caráter crítico da obra sobre episódio nefasto de nossa redemocratização, desde 1985: o golpe de que foi vítima a Presidenta Dilma Rousseff. Nossa jovem Autora não hesita em dar nomes ao que aconteceu, tampouco de mostrar o encadeamento de forças políticas, dentro e fora das instituições, que tiveram papel decisivo no trágico desfecho de 2016, acompanhado do resultado das eleições de 2018, o qual mostrou ao Brasil e ao mundo a disposição cotidiana de um eleito em desrespeitar as regras do jogo democrático constitucional.

Sara Magalhães nos oferece uma leitura concatenada. No instante inicial de seu trabalho, a autora não se rendeu ao percurso espinhoso de sua proposta de trabalho. Foi enfrentado o tema das instituições, a partir da observação do Poder Judiciário, para aferir a qualidade de nossa democracia. Em meio às afirmações lugar comum de que “as

instituições estão funcionando”, a autora nos apresenta outra visão: aquela das deficiências culturais democráticas e de firmeza para a defesa de uma democracia em crise. Foi aqui que se sobressaiu a análise da jovem autora sobre o papel do Poder Judiciário e suas dificuldades em interferir para favorecer o pacto constitucional celebrado em 1988. Recorrendo ao que há de mais moderno a respeito desta reflexão, Sara Magalhães retoma o conceito da “megapolítica” para tentar uma contribuição sobre a complexa relação de um Poder do Estado frente aos outros dois Poderes, num momento em que atuam contra a Constituição. A óbvia resposta de que compete ao Poderes defender a institucionalidade democrática, pactuada sob a forma de uma Constituição, não prevaleceu, e não surpreende esta posição exatamente porque nossa autora explica seus antecedentes.

No momento posterior, o livro demonstra a experiência brasileira em processos de impeachment: em 1992 e em 2016. O que houve num e noutro caso, quando se sabe que os dispositivos constitucionais sobre o processo de impeachment não foram modificados de 1992 até 2016, tampouco a legislação infraconstitucional sofreu alteração neste mesmo período? No arco que se circunscreve da esperada estabilidade constitucional, pareceu bastante razoável que as normas e os precedentes de orientação jurisprudencial fossem seguidos. Não foi o que se teve, e tal ponto não escapou do olhar atento de Sara Magalhães, que se seguiu na última parte de seu trabalho. Não sem antes a autora elaborar um traço político dos dois processos. O primeiro não dividiu a sociedade brasileira e apoios nas ruas ao então Presidente Collor foram quase inexistentes. Dilma Rousseff contou com campanhas de rua contra seu *impeachment* durante os anos de 2015 e 2016. Uma parte decisiva das batalhas seu deu em duas outras arenas: na judicial e na imprensa. Ambas perdidas pela primeira mulher que presidiu o Brasil.

Na parte final de seu trabalho, Sara Magalhães analisa as posições do Poder Judiciário nos casos de *impeachment*. O que chama a atenção é que a Autora partiu de elementos de pesquisa concretos. Foram pesquisados processos judiciais dos dois *impeachments*. Neste sentido, calha

a observação de que se teve fontes primárias para a elaboração do texto que agora se publica. E nada poderia ser mais positivo para o resultado final. Da visão sobre os textos da decisão judicial pode se sentir também o que se revela em tão complexo universo de movimentos. O livro obriga ao leitor a perceber que a normatividade não possui o condão de explicar tudo sozinha. Parte da compreensão que se almeja exigirá do pesquisador o olhar sobre a história e sobre a teoria política. Este conjunto estará necessariamente presente na análise científica do Direito, desde que se de-seje com sinceridade elaborar uma natureza explicativa para fenômenos de tanto impacto na vida política de qualquer sociedade.

A pesquisa que Sara Magalhães empreendeu sobre o precedente do Mandado de Segurança nº 20.9413, seguido do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 21.689/DF, do então Presidente Collor, articulado com outro posicionamento do mesmo Tribunal, no caso Presidente Dilma quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 34.193, traz ao leitor a possibilidade de compreender os efeitos do que autorizada teoria política qualifica como “ação judicial sobre a mega política”. Em casos que envolvem decisões de grande impacto político, como a destituição de um Chefe do Poder Executivo legitimamente eleito, o Poder Judiciário não foge da pressão política tal fato parece óbvio.

O que tem desafiado a pesquisa em Direito e a teoria da democracia é a histórica incógnita: porque falha este Poder, em relação ao fortalecimento da democracia, quando o dissenso se estabelece? No caso do Presidente Collor, como se disse, inexistiu tensão política a favor do então Presidente. Era menos traumática a posição que desfavorecesse este Chefe de Estado. No caso de Dilma Rousseff, havia uma divisão nacional e a normatividade constitucional e infraconstitucional apontava que se estava a perpetrar um verdadeiro golpe político contra a primeira mulher que presidiu o País. As palavras finais de Sara Magalhães não deixam dúvidas: “Nesse caso, verificou-se a utilização da multivalência interpretativa do Direito para incidir em politização da justiça. A decisão monocrática do ministro em desconsiderar um

precedente consolidado, conferindo um novo entendimento acerca do controle judicial do *impeachment* por meio de uma interpretação contrária à predominante sobre aquele tema com o intuito de legitimar um posicionamento que apresentou reflexos diretos no meio político com a destituição da Presidente da República, sem que ela tivesse sua alegação de ameaça de lesão apreciada, permite identificar indícios da ocorrência de justiça política”.

Posta desta forma a pesquisa, Sara Magalhães se houve muito bem quando de sua conclusão. Claro que se pode discordar dos pressupostos do trabalho e, conseqüentemente, de seus resultados. Porém, ressalto que o livro que agora vem a público preenche com louvor os requisitos de uma dissertação de mestrado, apresentada para a obtenção do respectivo título porque resultou de uma pesquisa articulada, com bases em fonte primárias e autorizada literatura. A atenção e respeito ao método científico restam inteiramente preservados e isso se pode averiguar com a relativa facilidade que a leitura do livro proporciona.

Desta forma, entendo que não poderia haver melhor maneira de a autora iniciar sua vida de pesquisa: com uma publicação que merece toda atenção e leitura.

Fortaleza, agosto de 2022.

Martonio Mont’Alevrne Barreto Lima

Nota da autora

Este livro é resultado da pesquisa que realizei para fins de elaboração da dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. O trabalho foi apresentado e aprovado no dia 21 de fevereiro de 2022, tendo a banca examinadora sido composta pelo Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, presidente da banca e meu orientador; pelo Prof. Dr. David Barbosa de Oliveira, da Universidade Federal do Ceará; pelo Prof. Dr. Demerval Nunes de Sousa Filho, da Universidade Federal do Piauí; e pela Profa. Dra. Rita Maria Paiva Monteiro, da Universidade de Fortaleza.

Originalmente, a dissertação foi intitulada “A politização da justiça sob a perspectiva da multivalência interpretativa do Direito: uma análise de decisões do STF sobre o exercício do controle judicial dos *impeachments* dos Presidentes Collor de Mello e Dilma Rousseff”. Assim como o título, alguns trechos do texto original passaram por alterações, com o intuito de tornar a leitura mais fluida e acessível, haja vista que se intenta atingir não apenas estudiosos da área do Direito, mas o público em geral.

Defendo, assim como Boaventura de Sousa Santos, que é preciso descolonizar o saber e fazer com que o conhecimento se constitua em senso comum, atingindo as mais diversas camadas, rompendo com paradigmas inflexíveis, que mais desqualificam do que qualificação o conhecimento. Espero conseguir alcançar esse objetivo.

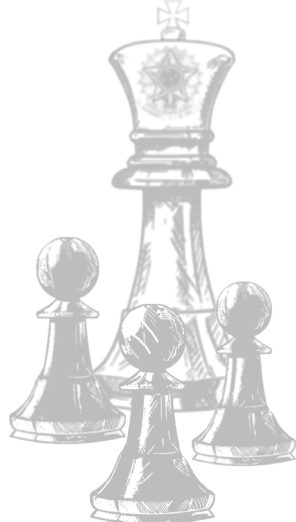
Por essa mesma razão, este livro não se propõe a impor verdades absolutas. Pelo contrário. Este livro busca ser fundamentadamente questionado, de modo a fomentar discussões sobre o tema, sob perspectivas

diferentes, e, conseqüentemente, enriquecer o debate, haja vista que o que será discutido nas linhas de desenvolvimento a seguir é justamente a multiplicidade interpretativa.

Um mesmo fato, uma mesma norma, um mesmo livro podem ser compreendidos de formas variadas, a depender das vivências, experiências, concepções, ideais e propósitos de cada indivíduo, o que, inevitavelmente, vai provocar tanto concordâncias como dissensos. E isso é a democracia. Essa é a liberdade que o regime democrático nos propicia: divergir, resguardando-se o respeito à opinião – e à integridade – do outro.

Boa leitura!

Sumário



Introdução.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

Antes de mais nada: conceitos e distinções.....	15
--	-----------

Uma norma, múltiplas interpretações: a multiplicidade interpretativa do Direito como instrumento à concretização da politização do Poder Judiciário.....	15
---	-----------

Decido conforme o que acredito: o que provoca a politização do Poder Judiciário?.....	27
--	-----------

Similares, mas não iguais: distinções entre politização do Poder Judiciário, judicialização da (mega)política, ativismo judicial e lawfare.....	37
--	-----------

CAPÍTULO 2

Contextos dos <i>impeachments</i> dos Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff.....	49
--	-----------

Governo do Presidente Collor de Mello: comentários preliminares.....	49
---	-----------

<i>Contexto político: a relação com o Congresso Nacional e com a mídia.....</i>	<i>53</i>
---	-----------

<i>Contexto social: “Caras Pintadas” e “Domingo Negro”.....</i>	<i>61</i>
---	-----------

<i>Contexto econômico: a hiperinflação e o confisco dos ativos financeiros.....</i>	<i>65</i>
---	-----------

**Governo da Presidenta Dilma Rousseff:
comentários preliminares.....67**

Contexto político:

*a derrota de Aécio Neves, a relação de Dilma com o Congresso Nacional
e a conduta de Eduardo Cunha e Michel Temer.....69*

Contexto social:

a polarização político-partidária e a influência da mídia.....77

Contexto econômico:

a crise econômica e as “pedaladas fiscais”.....81

CAPÍTULO 3

**O posicionamento do STF e a (in)ocorrência de politização
do poder judiciário nos *impeachments* dos Presidentes
Collor e Dilma.....83**

O precedente: MS 20.941.....84

**O posicionamento do STF no caso do Presidente Collor de Mello:
MS 21.689/DF.....90**

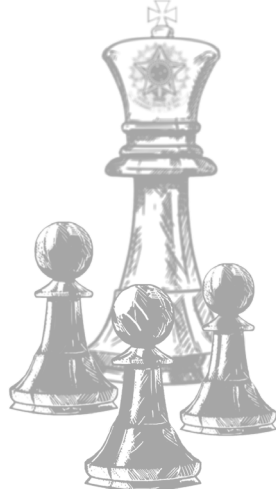
**O posicionamento do STF no caso da Presidenta Dilma Rousseff:
MS 34.193 e MS 34.441.....102**

Conclusão.....112

Referências.....117

**Agradecimento especial àqueles que acreditaram nesta obra e par-
ticiparam da campanha de pré-venda.....126**

Introdução



A imparcialidade é sabidamente um dever funcional dos membros do Poder Judiciário. Ocorre que a natureza humana torna inalcançável a neutralidade plena, inclusive dos intérpretes da lei, que podem incorrer, ainda que involuntariamente, no fenômeno denominado politização do Poder Judiciário.¹

O que se questiona, portanto, é a linha tênue existente entre a imparcialidade judicial e a politização da justiça; se é possível observar a ocorrência prática da politização do Poder Judiciário instrumentalizada pela multivalência interpretativa do direito, isto é, se por meio da análise da fundamentação das decisões judiciais é possível constatar que o magistrado possa adaptar a interpretação de uma determinada regra ou princípio, indo de encontro a precedentes consolidados, com o fim de proferir decisão manifestamente política, eivada de parcialidade.

Nesse mesmo contexto, também se discute a relação da politização da justiça com a judicialização da política, com o ativismo judicial e com o *lawfare*² sob o aspecto da transferência de demandas de cunho político-social ao Poder Judiciário como forma de os Poderes Legislativo e Executivo eximirem-se das responsabilidades advindas da resolução de temas vistos como polêmicos pela sociedade, favorecendo-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição³ e da ausência da interferência popular na composição do Poder Judiciário.

- 1 Outras terminologias podem ser utilizadas para fazer menção à politização do Poder Judiciário, tais como “politização da justiça” e “justiça política”.
- 2 Conceitos como “judicialização da política”, “ativismo judicial” e “*Lawfare*” serão aprofundados no desenvolvimento da obra.
- 3 Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Concluídas as conceituações, diferenciações e esclarecimentos iniciais, analisam-se os contextos político, social e econômico do governo Collor e do governo Dilma, de modo a visualizar como a conjuntura pode, eventualmente, influenciar na postura dos magistrados quando da apreciação de questões de natureza essencialmente política.

Essa averiguação é feita com base nos ensinamentos de Aníbal Perez-Liñán, no sentido de verificar se a prática de crime de responsabilidade, por si só, é capaz de ensejar a deflagração de um processo de *impeachment* ou se fatores como a coalização do Chefe do Poder Executivo junto ao Congresso Nacional e o apoio popular são determinantes para tal. Também se questiona se seria possível a destituição de um Presidente da República, enfraquecido política e popularmente, sem que tenha ocorrido prática de crime de responsabilidade.

O *impeachment*, como processo político-jurídico, apresenta-se como um objeto adequado ao estudo do fenômeno da politização do Poder Judiciário, por aproximar bastante o magistrado da esfera política, propiciando a investigação de eventual comprometimento do dever funcional da imparcialidade dos magistrados e da utilização da multiplicidade interpretativa do direito para fundamentar decisões que visam atingir determinados fins decorrentes da influência de interesses e/ou convicções político-econômicas pessoais, ainda que de forma involuntária.

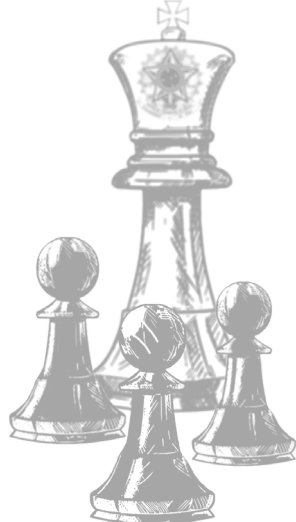
Para tentar visualizar o problema apresentado, foi analisada a postura do Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício do controle judicial do *impeachment* nos casos Collor e Dilma, tendo-se examinado também o precedente inicial do caso Sarney, no qual o STF reconheceu, pela primeira vez, sob a vigência da Constituição de 1988, a jurisdição da Corte para apreciar questões envolvendo o *impeachment*, quando se verificasse lesão ou ameaça de lesão a direito individual. Foram objeto de estudo os votos dos ministros, especialmente nos Mandados de Segurança 20.941/DF, 21.689/DF, 34.193/DF e 34.441/DF.

O que se espera, ao final desta obra, é agregar à produção acadêmica referente ao tema da politização do Poder Judiciário, de modo a

tornar este fenômeno mais conhecido e, conseqüentemente, mais debatido no âmbito de produção científica da ciência política e das ciências sociais aplicadas, e possibilitar o desenvolvimento de novas hipóteses e propostas para compreender e lidar com esse fato jurídico-político da contemporaneidade.

CAPÍTULO 1

Antes de mais nada: conceitos e distinções



A compreensão de conceitos básicos que compõem uma discussão científica complexa mostra-se como essencial ao entendimento satisfatório da temática debatida. Assim, o debate proposto será mais bem assimilado e os objetivos do estudo terão maior perspectiva de serem atingidos, se o leitor conhecer as principais características do objeto de pesquisa trabalhado. Por isso, este capítulo apresenta os aspectos introdutórios e as particularidades referentes à politização do Poder Judiciário.

Uma norma, múltiplas interpretações: a multiplicidade interpretativa do Direito como instrumento à concretização da politização do Poder Judiciário

Os movimentos constitucionalistas⁴ normalmente são vistos como essencialmente positivos. Essa natureza otimista decorre da sua finalidade de organizar o Estado e limitar os poderes por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais, estabelecidos em uma constituição com o objetivo de evitar abusos e arbitrariedades por parte dos detentores do poder (seja executivo, legislativo, judiciário ou coercitivo, como o aparato policial).

O pós-positivismo, base teórica do neoconstitucionalismo, surge como uma tentativa de corrigir as falhas da teoria jusnaturalista e, prin-

4 J. J. Gomes Canotilho entende que existem diversos movimentos constitucionalistas, e não apenas um, pois cada nação desenvolveu suas constituições em momentos histórico-culturais e espaços geográficos diferenciados (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1941, p. 51).

principalmente, da teoria juspositivista, que adquiriu uma reputação negativa por sua suposta intransigência com relação à influência de outras áreas do conhecimento na aplicação da ciência jurídica.

Fernandes e Bicalho explicitam que, na visão de Hans Kelsen, “o ordenamento jurídico não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção”⁵, pois se restringia ao critério de validade legal e não de matéria. Logo, se uma norma fosse válida, “deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu”⁶. Desse modo, Kelsen teria tornado Direito sinônimo de lei, definindo-o como uma ciência pura e livre de interferências extrajurídicas, chegando a afirmar que “qualquer conteúdo pode ser Direito”, pois a aferição de validade da norma deveria ter um caráter puramente formal.⁷

O positivismo jurídico era bastante apontado como viabilizador da ascensão e da manutenção no poder do nacional-socialismo na Alemanha, que, sob um pretense manto de legalidade, apresentava-se como um regime formalmente regular, ainda que o conteúdo de suas normas fosse explicitamente lesivo à dignidade da pessoa humana. Entretanto, Martins Filho e Lima⁸ sustentam a hipótese de que há uma má compreensão do pensamento de Kelsen, que provocou uma carga negativa sobre o positivismo jurídico, que é comumente associado à legitimação do nazismo alemão.

Para François Rigaux, a jurisprudência produzida no período nazista “pecou mais por falta do que por excesso de positivismo”⁹, vez que a atuação dos juízes no período nazifascista alemão não estava em harmonia

5 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, p. 105-131, abr. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 108.

6 *Ibid.*

7 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 139.

8 MARTINS FILHO, Felinto Alves; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. O positivismo jurídica de Kelsen como espantinho para uma crítica ao direito. In: COLÓQUIO TEORIA DO DIREITO E CONSTITUCIONALISMO: EM DIÁLOGO COM W. J. WALUCHOW, 2014, Belém, **Anais[...]** Belém: ICJ-UFGA, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/ctdc/248626-o-positivismo-juridica-de-kelsen-como-espantinho-para-uma-critica-ao-direito/>. Acesso em: 13 jan. 2022, p. 1.

9 RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. 1. ed. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 123.

com o positivismo jurídico. O autor exemplifica a desconformidade da atuação dos juízes com o positivismo por meio da interpretação extensa dada notadamente às leis raciais, o que configura clara contradição aos métodos positivistas de dever do juiz de se conformar à letra da lei¹⁰.

Martins Filho¹¹ esclarece que “a pureza do Direito sustentada por Kelsen não se refere, pelo menos de modo relevante na prática jurídica, ao aplicador da norma, mas sim ao cientista que pretende identificá-lo”. Assim, embora muito se difundida essa ideia de que o positivismo jurídico não conseguiu estabelecer-se como uma teoria dominante pela conotação desfavorável que passou a receber no sentido de que ajudou a legitimar arbitrariedades em nome da lei pura, desprovida de valor, sabe-se que essa corrente obteve êxito no que diz respeito a definir o Direito como uma ciência, a efetivar a segurança jurídica e a cingir os excessos da monarquia absolutista, fixando limites contra os abusos de poder.

O jusnaturalismo também teve seu conceito modificado ao longo dos séculos, apresentando: na Antiguidade, uma concepção cosmológica; na Idade Média, uma concepção teológica; e na Idade Moderna, uma concepção antropológica¹². Todas essas concepções eram desenvolvidas em conformidade com o pensamento dominante à época, o que já permite observar indícios de que no âmbito das ciências sociais, diferente das ciências da natureza, as correntes de pensamento em que se fundam podem ser mais facilmente manejadas para atingir determinados resultados.

Na Idade Média, por exemplo, entendia-se que o direito natural tinha origem divina e, por isso, as leis dos homens deveriam estar em conformidade com as leis naturais para gozarem de validade. Já na Idade Moderna, o direito natural foi compreendido como decorrente

10 *Ibid.*

11 MARTINS FILHO, Felinto Alves. **Jurisdição e Democracia**: contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://unifor.br/web/guest/bdtd?course=84®istration=1723624>, p. 42.

12 BEDIN, Gilmar Antonio. A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma introdução. **Revista Direito em Debate**, [S.l.], v. 23, n. 42, p. 245-251, 2014. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2996/3515>. Acesso em: 29 jun. 2021.

da racionalidade humana, tendo servido de base para os ideais da Revolução francesa de igualdade, liberdade e fraternidade¹³. Percebe-se que a noção de jusnaturalismo permitia ser moldada por seus intérpretes, conforme as exigências sociais, ainda que sua finalidade inicial e essencial fosse diversa daquela para a qual estava sendo utilizada como base teórica.

O pós-positivismo, na tentativa de confluir essas duas correntes, tenta sanar as falhas e manter os acertos do pensamento jusnaturalista e juspositivista. A corrente pós-positivista visa instituir limites valorativos ao legislador e ao aplicador do Direito, vez que o jusnaturalismo por si só não teria sido capaz de manter a ordem jurídico-social e que o juspositivismo teria possibilitado a legitimação de arbitrariedades praticadas com fundamento na lei pura, redigida e aplicada sem considerar aspectos axiológicos mínimos¹⁴.

A teoria neoconstitucional, como explicam Schier e Flores¹⁵, tem por finalidade recuperar a relevância jurídica dos princípios, com o objetivo de reassegurar a proteção dos direitos fundamentais, tão violados durante as grandes guerras, por meio de uma interpretação e aplicação mais valorativa da Constituição e das leis. Diante disso, o neoconstitucionalismo, pautado nas concepções pós-positivistas, propôs a reabertura dos sistemas jurídicos para a recepção de princípios, que passaram a gozar de força normativa suficiente para estabelecer condutas e vincular decisões, de modo a preservar prioritariamente a dignidade da pessoa humana.

13 RESENDE, Antônio José. Conceito e evolução histórica do direito natural. **Revista do Curso de Direito da Faculdade Nossa Senhora Aparecida**, Goiânia, ano 3, n. 3, p. 5, 2015. Disponível em: <http://fanap.edu.br/Documentos/Juridica%20-%20Ano%20III%20-%20Volume%2003%20-%20Numero%2003%20-%20Janeiro%20de%202015.pdf#page=7>. Acesso em: 29 jun. 2021.

14 Este estudo filia-se à hipótese de que a afirmação de que o juspositivismo teria legitimado o regime nazifascista alemão, por exemplo, decorre de uma má-interpretação do positivismo jurídico, sendo isso, inclusive, um indício da multivalência interpretativa do direito, vez que uma corrente jusfilosófica pode ser objeto de interpretações diferentes.

15 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FLORES, Pedro Henrique Brunken. Estado de Direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 1208-1229, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriainstitucional/article/view/1556>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Entende-se, atualmente, que princípios e regras se enquadram ambos como espécies de normas, sendo Robert Alexy um dos principais estudiosos desse assunto:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹⁶

Nesse sentido, Barroso¹⁷ explica que “as normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem e as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”, sendo esta uma classificação que leva em consideração o campo de incidência de cada espécie normativa.

As regras são criadas de forma abstrata e aplicadas de forma concreta por meio da subsunção do fato à norma, isto é, quando o fato se adequa com facilidade ao disposto no texto normativo; já os princípios admitem uma natureza abstrata, tanto na sua concepção como na sua aplicação, necessitando, em alguns casos, ser ponderado qual princípio se adequa melhor ao caso.

Anteriormente, os princípios eram considerados apenas como fonte suplementar de criação e interpretação das normas. Prevaleceu por muito tempo no estudo do Direito a percepção de que aos princípios incumbia uma função acessória, ou seja, atuavam no Direito apenas como mero meio de integração diante da existência de possíveis lacunas legislativas. Com o fortalecimento do pós-positivismo, que consagrou a

16 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 87.

17 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 155.

confluência entre normatividade e eticidade, os princípios passaram a ganhar força normativa dentro da ordem jurídica, assim como já possuíam as regras. Desse modo, concebeu-se que ambos – princípios e regras – são espécies do gênero norma, e podem ser classificadas como normas-princípio e normas-regra.

Portanto, o neoconstitucionalismo conferiu normatividade aos princípios, os quais, para além das regras constitucionais, tornaram-se parâmetro de validade para os atos normativos hierarquicamente inferiores ao texto constitucional. Contudo, assim como o jusnaturalismo e o juspositivismo, o pós-positivismo também viria a se mostrar “falho”, em razão da possibilidade de ter suas ideias subvertidas pelos anseios humanos.

É importante perceber que o pós-positivismo objetivaram embasar os movimentos constitucionalistas sob perspectivas teóricas que se amoldavam às particularidades do período histórico em que se desenvolveram. Como explica Hirschl¹⁸, a convergência mundial na direção do constitucionalismo reflete o genuíno compromisso político com a proteção de direitos básicos e liberdades civis numa tentativa de proteger grupos vulneráveis da potencial tirania das maiorias políticas.

Os constitucionalismos, portanto, não surgem para legitimar a injustiça e a arbitrariedade, porém, são passíveis de fazê-lo, pois as deficiências práticas das correntes jusfilosóficas em que se pautam decorrem principalmente do nível de permissividade de terem seus fundamentos modificados pela ação interpretativa humana. É evidente que existem outras insuficiências, para além disso, que inviabilizam a adoção exclusiva de quaisquer dessas correntes teóricas. Porém, é a sua aplicação no campo prático que expõe suas deficiências.

Rigaux¹⁹ explica que o Direito tem a aptidão de “se apropriar de qualquer situação que seja”, de “legalizar o crime para em seguida restituir-lhe a qualificação que merece”. Além disso, os ensinamentos do referido autor permitem reconhecer a possibilidade de existência do fe-

18 HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. 1. ed. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina, PR: Editora E. D. A., 2020, p. 31.

19 RIGAUX, *Op. cit.*, p. 98.

nômeno de multiplicidade interpretativa jurídica desde a redação das normas, vez que devem se conformar ao contexto em que foram criadas. Veja-se:

É inútil esperar do direito natural ou de qualquer outro discurso racional sobre o direito o enunciado das regras que este deveria obrigatoriamente conter. A determinação das instituições e a redação das normas dependem de escolhas contingentes, são uma questão de sabedoria política e prática, de viabilidade.²⁰

Para François Rigaux, portanto, desde a redação das normas já se consideram questões da realidade prática, que poderão interferir na atuação do legislador como redator do texto normativo. Seguindo esse mesmo raciocínio, pode-se inferir, no contexto da aplicação das normas, que é posterior à sua redação, que a existência de uma multiplicidade interpretativa do direito também pode ser sustentada com base na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, que apresenta uma percepção concretista da norma jurídica.

Enquanto Rigaux traz a perspectiva da possibilidade de alternativas diversas para o momento da criação do Direito, quando da redação das normas, Müller apropria-se do momento da aplicação das normas, fazendo uma crítica, inclusive, ao discurso da “vontade do legislador”, notadamente constituinte, vez que, para Müller, “muitas vezes as normas, justamente as constitucionais, não fornecem nada mais do que pontos de referência de concretizações possíveis”.²¹

Müller explica que a vontade objetivada se apresenta como “o teor material normatizado de uma prescrição relativa à questão jurídica pendente, a ser concretizado do modo mais racional possível”²². O que o autor entende, desse modo, é que a concretização da norma não se dá no momento da sua redação como texto normativo abstrato, mas no

20 *Ibid.*, p. 105.

21 MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 20.

22 *Ibid.*

momento da sua aplicação ao caso concreto, oportunidade em que o intérprete dá sentido à norma de acordo com as peculiaridades do fato analisado. É por isso que Müller defende que “a compreensão do enunciado de direito como vontade do legislador desconhece a parcela de facticidade social presente no teor da norma”.²³

Nesse sentido, cabe destacar, ainda, o caráter alográfico da interpretação do Direito, defendido por Eros Grau. Na obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação aplicação do direito”, Eros Grau diferencia artes alográficas e artes autográficas, sendo as primeiras exemplificadas pela música e pelo teatro, e as segundas pela pintura e pelo romance.

O autor explica que no caso da pintura, o artista conclui sua obra sozinho para fins de contemplação estética; ele não demanda da participação de terceiros para que sua obra se concretize como tal. Já no caso do teatro, a peça teatral demanda intérpretes para que se concretize, ou seja, o roteiro de uma peça teatral não alcançará a sua completude se não for objeto de interpretação e representação. Além disso, Eros Grau destaca que é possível que novas formas de expressão de manifestem conforme a compreensão de cada intérprete. Imagine-se um espetáculo teatral que é diversas vezes apresentado pelos mesmos atores; é possível que em cada apresentação haja alguma nova forma de expressão. Do mesmo modo, quando interpretada por grupos teatrais diferentes, novas formas de expressão também poderão ser visualizadas.²⁴

É sob essa perspectiva que Eros Grau entende que o texto normativo, assim como é o teatro e a música, tem caráter alográfico, porque depende de intérpretes para que se concretize. O autor explica, ainda, que tanto a norma jurídica prevista no papel como os princípios implícitos não atingem a completude se não se tornarem objeto de interpretação e aplicação prática, de modo a se configurarem em formas de expressão.²⁵

Em conclusão desse raciocínio comparativo com artes alográficas e autográficas, Eros Grau defende que a interpretação da norma não

23 *Ibid.*

24 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 81-82.

25 *Ibid.*, p. 83.

deve ser realizada por um primeiro intérprete para explicá-la, mas para aplicá-la ao caso concreto a ele submetido:

Isso significa que o texto normativo, visando à solução de conflitos (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, em razão do quê consubstancia dever-ser – *sollen*, e não *sein* –, e não contemplação estética), reclama um intérprete (primeiro intérprete) que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito seja decidido.²⁶

Desse modo, com base no pensamento de François Rigaux, Friedrich Müller e Eros Grau, infere-se que as normas jurídicas, sejam regras ou princípios, realmente são capazes de assimilar formas de expressão múltiplas, notadamente quando da sua concretização no plano fático. Constata-se, portanto, a efetiva existência da multiplicidade interpretativa do direito. Contudo, o que não se deve normalizar é a subversão das múltiplas formas de expressão e das diversas possibilidades interpretativas do texto normativo com o intuito não de solucionar o conflito, dentro dos ditames constitucionais, mas de atingir a fins particulares específicos.

É nesse sentido que se supõe a existência de uma multivalência do texto constitucional, que, mediante o uso de métodos interpretativos, pode assumir significações diversas para justificar e fundamentar propósitos também diversos. Isso conduz a uma inevitável discussão sobre hermenêutica constitucional, pois a interpretação constitucional é um dos elementos-chave para a compreensão desse fenômeno.

Tanto a abstração como o formalismo jurídico apenas apresentam resultados lesivos quando interpretados para tal fim. Assim, deve-se compreender que a “falha” não decorre do nível de abstração ou de formalismo do texto constitucional, mas da atuação do intérprete. O pós-positivismo, assim como o jusnaturalismo e o juspositivismo, em sua essência, visa efetivar o ideal de justiça. Porém, nos casos em que

26 *Ibid.*

a multiplicidade interpretativa do direito é explorada para fins específicos, o que prevalece é a interpretação dispensada pelo intérprete à norma jurídica, seja para concretizá-la por meio da solução do conflito dentro dos ditames constitucionais, seja para subvertê-la com o fim de alcançar objetivos próprios.

O intérprete pode ser qualquer pessoa. Todos podem interpretar o texto constitucional e compreendê-lo como lhe parecer justo. Todavia, não são todos que gozam de autoridade para fazer valer a sua interpretação com impactos na sociedade. Ademais, como Rodriguez²⁷ analisa, cada agente social indagado entenderá as promessas contidas na Constituição à sua maneira, razão pela qual cabe “às instituições administrativas e judiciais lidar com o problema de construir mecanismos de tomada de decisão que deem conta desta pluralidade de pontos de vista e interesses.”

O nível de abstração do princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, é bastante elevado, notadamente no caso de se considerar que cada pessoa pode compreender o que é ter dignidade de uma forma diferente. É nesse sentido que a delimitação se faz necessária, e isso ocorre, principalmente, por meio da jurisprudência produzida pelos tribunais. Como explica Canotilho²⁸, o direito constitucional é o que os juízes dizem que é.

A separação tripartite de Poderes, idealizada por Montesquieu, é, até hoje, vigente no Brasil. Não há, em tese, hierarquia entre os poderes do Estado, sendo o poder estatal dividido em competências funcionais independentes e harmônicas entre si, conforme dispõe o art. 2º da Constituição Federal de 1988²⁹. O poder estatal é, portanto, uno, tendo o povo como seu legítimo detentor, manifestando-se por esferas funcionais distintas.

27 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 44.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Principios y” nuevos constitucionalismos”: el problema de los nuevos principios. **Revista de derecho constitucional europeo**, [S.l.], n. 14, p. 321-364, 2010. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3707678.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2021.

29 Art. 2º, CRFB/88. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A função jurisdicional, típica do Poder Judiciário, necessita de provocação. O magistrado, em regra, apenas atua quando é provocado para solucionar um conflito existente no plano fático, concretamente. A função legislativa, em contrapartida, regulamenta situações em abstrato, as quais podem vir a ocorrer de forma concreta, dada a observação da dinâmica social vigente. Por fim, a função executiva/administrativa visa alcançar os objetivos estabelecidos pela ordem jurídica, dentro dos limites por ela impostos.

Todas essas funções devem obediência à Constituição em vigor. Porém, tem-se verificado um movimento de distanciamento dos Poderes com relação ao exercício de suas funções típicas, devido à transferência, muitas vezes intencional, de suas atribuições para o Poder Judiciário, em especial para o Supremo Tribunal Federal, que as tem acolhido sem maiores complicações.

Meireles Filho³⁰ analisa que a Constituição Federal de 1988 garantiu uma posição de protagonismo ao Poder Judiciário, que confere a esse poder três personalidades: tribunal constitucional, foro especializado e órgão de cúpula do Poder Judiciário. A primeira consiste em efetuar o controle concentrado de constitucionalidade; a segunda consiste no processamento e no julgamento de altas autoridades por crimes comuns, em razão do cargo que ocupam; e a terceira consiste na função de órgão revisor das decisões das instâncias inferiores que envolvam questões constitucionais.

O sistema judicial brasileiro, como explica Arantes³¹, é caracterizado por um hibridismo que confere ao Supremo Tribunal Federal um status de quase Corte Constitucional, não a sendo por completo porque não detém o monopólio do controle de constitucionalidade, sendo, assim, apenas um órgão de cúpula do Poder Judiciário.

30 MEIRELES FILHO, Antonio Capuzzo. **Dois impeachments, dois roteiros**: o quadro ainda incompleto da atuação do judiciário sobre o sistema político brasileiro. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2864>.

31 ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp; Editora Sumaré; Fapesp; Educ, 1997.

Há um acúmulo de funções por parte do Supremo Tribunal Federal que lhe garante protagonismo e ao mesmo tempo o sobrecarrega. Esse protagonismo do Poder Judiciário, segundo Hirschl³², é um fenômeno global e pode ser denominado de “juristocracia”. O referido autor explica que se tem nutrido uma crença de que as decisões judiciais afirmativas de direitos são livres da influência do poder político e que, por isso, constituem uma força de mudança social livre.

Nesse mesmo sentido, Arantes³³ associa a força política do Judiciário nas sociedades contemporâneas à “capacidade que lhe é delegada de preservar a Constituição frente aos atos dos Poderes Legislativo e Executivo”. Ocorre que a ideia de um terceiro imparcial acaba por configurar-se como útil às instituições representativas em virtude da confiabilidade que as decisões judiciais tendem a transmitir para a sociedade.

Assim, a possibilidade de se eximir do ônus de legislar sobre uma temática polêmica, que possa interferir na opinião do eleitorado, faz com que essa transferência de atribuição legiferante para o órgão judicial mostre-se como uma opção viável ao Poder Legislativo. Da mesma forma, a inércia de um gestor para efetivar uma política pública determinada em lei apenas após determinação judicial. Trata-se de um grande jogo de interesses.

É por isso que Hirschl³⁴ entende, ainda, que essa transferência de poder “tem sido acompanhada e reforçada por um quase inequívoco endosso da noção de constitucionalismo e revisão judicial, em igual medida, por acadêmicos, juristas e ativistas”. É possível perceber que os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, ao recorrerem a esse método, já iniciam a partir daí o processo de deturpação de normas constitucionais, vez que recorrem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88³⁵, conferindo-lhe uma natureza quase de absoluto, para justificar o deslocamento de atribuição para o Poder Judiciário.

32 HIRSCHL, 2020.

33 ARANTES, *Op. cit.*, p. 203.

34 HIRSCHL, *Op. cit.*, p. 30.

35 Art. 5º. *Omissis*. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Como mencionado anteriormente, o fenômeno não decorre apenas das eventuais “falhas” dos pensamentos defendidos pelas doutrinas jus-filosóficas que embasam o constitucionalismo, mas, prioritariamente, da conduta humana. O intérprete nada mais é que um ser humano, o qual pode ser corruptível, tanto para atuar em favor de si mesmo como de outrem. O Direito existe e surge com vistas a atingir o ideal de justiça, porém o ser humano, quando motivado a atingir seus próprios interesses, busca moldar o Direito à sua vontade. É paradoxal o fato de que o homem seja capaz de desenvolver teorias democráticas e justas e ele mesmo pervertê-las, por diferentes razões.

Pode-se dizer que o Direito é falho por permitir ser subvertido, porém é utópica a ideia de que não o possa. Esse é o alicerce para a discussão acerca dos fenômenos político-jurídicos que serão debatidos ao longo deste estudo. Compreender a possibilidade de o intérprete utilizar correntes jusfilosóficas e métodos hermenêuticos como instrumentos para moldar a aplicação das normas constitucionais no campo fático em conformidade com os seus interesses é essencial para discutir a politização do Poder Judiciário.

Decido conforme o que acredito: o que provoca a politização do Poder Judiciário?

A interferência de posições político-ideológicas e de interesses particulares na esfera subjetiva dos magistrados pode interferir no rumo das decisões por estes proferidas, principalmente quando estão envolvidos temas de grande repercussão político-social, o que pode resultar na politização do Poder Judiciário.

O estudo da politização do Poder Judiciário é bastante complexo, pois envolve a análise de aspectos subjetivos da vontade do magistrado para proferir suas decisões. Além disso, esse fenômeno ocorre em níveis diferentes, podendo, inclusive, não ocorrer, a depender do assunto judicializado, das partes envolvidas, da abrangência dos efeitos da decisão, da influência da mídia e da opinião popular, entre outros fatores que venham a interferir na forma como o magistrado decide.

Conforme Victor e Lima³⁶, a politização do Poder Judiciário também pode ser denominada de “justiça política”, e ocorre quando “a Corte desvirtua-se de sua posição de isenção e passa a atuar em cumplicidade aos interesses de um dos polos da arena político-partidária, em detrimento da equidade necessária ao hígido desenrolar da atividade política”.

Na abordagem deste estudo, optou-se por analisar a concretização da politização do Poder Judiciário associada à multivalência interpretativa do direito, que, em síntese, diz respeito ao nível de permissividade das normas jurídicas de apresentarem múltiplas interpretações por intermédio de artifícios hermenêuticos utilizados pelos intérpretes do texto constitucional.

Essa multivalência, exatamente por suas características, permite que intérpretes mal-intencionados distorçam o sentido das normas para conferirem uma falsa impressão de legitimidade a decisões tendenciosas. É importante entender, contudo, que a multivalência interpretativa das regras e dos princípios constitucionais admite tanto múltiplas interpretações “positivas” como “negativas”. Cappelletti³⁷ afirma que, “com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e, pois, de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só do Direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana”.

Ademais, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos explicam que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – não assumem um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. Para estes autores, “o relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas”. Além disso, eles

36 VICTOR, Marcelo Barros Leal; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. A justiça política no Brasil contemporâneo: uma análise de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (2015-2017) à luz do caso de Weimar. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 21-45, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/291>. Acesso em: 20 out. 2020, p. 23.

37 CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

associam essa “nova” forma de interpretar o texto constitucional ao caráter aberto e principiológico das normas constitucionais vigentes.³⁸

Nesse contexto, faz-se necessária a leitura dos esclarecimentos de Lenio Luiz Streck, em sua obra, “O que é isto – decido conforme minha consciência?”:

[...] discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Consequentemente, deveria ser despicando acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma ‘proibição de interpretar’. [...] O Direito é composto por regras e princípios, ‘comandados’ por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – na maior parte das vezes são – mais ‘abertos’ em termos de possibilidades de significado, não constitui novidade, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete.³⁹

Como já refletido, as normas jurídicas, mesmo antes de assumirem características pós-positivistas, já eram passíveis, ainda que em menor grau, de serem objeto de diferentes interpretações para atingir diferentes fins. Evidente que, com o pós-positivismo jurídico, essa peculiaridade tomou maiores proporções dado o maior grau de abstração que esse movimento conferiu às normas constitucionais. Entretanto, essa característica não é uma autorização para que o julgador a interprete apenas em conformidade com sua vontade. Há limites a essa discricionariedade intrínseca.

38 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, [S.l.], v. 232, p. 141-176, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em: 7 jul. 2021, p. 28.

39 STRECK, Luiz Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 95.

Assim como o texto constitucional, a hermenêutica jurídica também não foi desenvolvida para promover interpretações distorcidas das normas jurídicas. Não obstante, quando comprometida a imparcialidade do julgador, o método interpretativo também poderá ser utilizado de forma a alcançar a interpretação desejada da norma selecionada para fundamentar aquela decisão eivada de parcialidade.

Desse modo, quando a multiplicidade interpretativa das normas materialmente constitucionais é especificamente utilizada para atender a interesses político-partidários configura-se a politização do Poder Judiciário. Essa característica inerente ao Direito pode ser instrumento de concretização de outros fenômenos, a exemplo da mera imparcialidade. Embora a justiça política implique, em certo grau, em imparcialidade, há casos em que a imparcialidade não está vinculada a questões político-partidárias, mas a outros interesses privados, e a multivalência interpretativa das normas também poderá vir a ser usada instrumentalmente para fundamentar aquela decisão iníqua.

Como explica Dworkin⁴⁰, principalmente em *hard cases*, não há uma resposta correta para a aplicação do Direito, pois ela será questionada pela parte perdedora que interpreta aquele Direito de forma diversa. É nesse sentido que se entende que em sendo a multiplicidade de possibilidades interpretativas inerente ao Direito, o intérprete, conhecedor do Direito e de suas peculiaridades, é consciente de que isso pode ser utilizado visando o “bem”, que pode ser aqui visualizado exemplificativamente como o interesse público, ou visando o “mal”, que, seguindo o mesmo raciocínio, seria o interesse privado.

Há uma particularidade do Supremo Tribunal Federal, destacada por Rodriguez⁴¹, que é a tradição não argumentativa, opinativa e personalista de suas decisões, tendo em vista que os acórdãos são proferidos levando em conta apenas o resultado, mas não os fundamentos. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal pode apresentar argumentações

40 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

41 RODRIGUEZ, *Op. cit.*

completamente diferentes dos ministros em seus respectivos votos e ao final o resultado ser unânime.

Por essa razão, Rodriguez⁴² entende que “os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos e têm a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o direito em abstrato”. Isso faz com que o sistema judicial brasileiro não disponha de padronização das decisões dos tribunais pautadas em precedentes que possam ser reconstruídos argumentativamente, o que permite que cada um adote a interpretação que lhe melhor convém.⁴³

Assim, tem-se, em suma, que a politização do Poder Judiciário pode ser considerada, sob essa perspectiva, como um resultado da deturpação da multivalência interpretativa das normas jurídicas para atingir a interesses políticos determinados ou legitimar convicções políticas particulares. Deve-se atentar para o fato de que sendo a multiplicidade interpretativa inerente ao Direito, ela é anterior à politização do Poder Judiciário, notadamente porque esse fenômeno não é (ou pelo menos não deve ser) a regra.

Junto a isso, é necessário reforçar que os membros do Poder Executivo ou Legislativo também podem se utilizar da característica da multiplicidade interpretativa das normas para benefício próprio. O fato de o fortalecimento do Poder Judiciário, por meio da judicialização da política, ter o aval e o incentivo dos demais Poderes⁴⁴ é um exemplo claro de que o princípio da inafastabilidade de jurisdição foi usado, de forma subvertida, para atender aos interesses das forças políticas, que voluntariamente têm transferido poder ao Judiciário como estratégia eleitoral.

Lunardi⁴⁵ explica que a atual existência de uma suposta “ditadura do Judiciário” ou “supremocracia” é decorrente da deliberada transferência de atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, utilizando-se do controle de constitucionalidade para resolver

42 *Ibid.*, p. 14.

43 *Ibid.*

44 LUNARDI, Fabrício Castagna. Entre freios e contrapesos: o poder político que sustenta o controle judicial de constitucionalidade. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 2, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7394>. Acesso em: 7 jul. 2021.

45 *Ibid.*

conflitos políticos. O referido autor entende, ainda, que a suposta força que se atribui ao Poder Judiciário atualmente seria ilusória, pois:

[...] os Poderes Executivo e Legislativo são suficientemente fortes para decidir politicamente os rumos da nação e, inclusive, para legitimamente limitar os poderes do Judiciário quando este os exorbita, dentro do funcionamento normal de um ordenamento constitucional que adota o sistema de freios e contrapesos.⁴⁶

Dessa forma, o que se depreende é que diferentemente da ideia que tradicionalmente se difunde, a atual força da qual dispõem os órgãos judiciais não é uma conquista decorrente da vontade do próprio Poder Judiciário, mas fruto de deturpações da ordem constitucional por meio da deslocação proposital de atribuições típicas dos Poderes Executivo e Legislativo para fins político-eleitoreiros. Sem o aval e a intenção destes poderes em repassar determinadas decisões ao Judiciário, dificilmente se falaria em “ditadura do Judiciário”.

Considerando esse raciocínio, pode-se inferir que, da mesma forma que o Poder Legislativo e o Poder Executivo têm força para limitar a eventual atuação exacerbada do Poder Judiciário, este, também com esteio no sistema de freios e contrapesos, tem força suficiente para impedir a transferência indevida e intencional de poder que lhe é feita. Diante disso, embora haja o intuito e o incentivo dos poderes políticos em transferir indevidamente atribuições de gestão e legislação para serem resolvidas na esfera judicial, há também uma aquiescência do poder jurisdicional ao não questionar ou impedir esse deslocamento indevido de poder.

Fernandes⁴⁷ explica que “a judicialização só ocorre realmente se os juízes decidirem que eles devem participar na formulação de políticas, ou seja, se existe uma predisposição ao ativismo judicial”. A politização dos

46 *Ibid.*, p. 7.

47 FERNANDES, Pedro de Araújo. **A toga contra o voto: o STF no impeachment da presidente Dilma**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 20.

tribunais decorre, portanto, da judicialização da política⁴⁸. E a judicialização é um fenômeno decorrente da vontade de todos os Poderes Constituídos, tanto dos que transferem o poder como do que recebe o poder.⁴⁹

Há um detalhe que merece destaque: quando se fala em judicialização da política, sabe-se que existe a judicialização de temáticas cuja resolução caberia aos Poderes Legislativo ou Executivo, os quais deslocam a atribuição propositalmente ao Judiciário como estratégia eleitoral; porém, existe também a judicialização dos assuntos de “política pura”, referentes a processos eleitorais, revisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo, entre outros.⁵⁰ A politização do Poder Judiciário normalmente ocorre quando são judicializados temas de política pura.

A assunção pelo Poder Judiciário de assuntos que incumbem à esfera política de poder faz com que os magistrados assimilem e sucumbam a algumas práticas que são praxe das decisões políticas, as quais são substancialmente distintas da praxe das decisões judiciais. Paulo Brossard, ao defender a falta de jurisdição do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar assuntos pertinentes ao *impeachment* do Presidente da República, reflete que “os magistrados, alheios em regra, ao manejo dos negócios governativos, carecem da adequada aptidão para apreciar a boa ou má execução dos atos que terão de julgar”⁵¹.

No mesmo sentido, Lunardi⁵² analisa que o fato de a decisão política ser tomada por instituição, sem incumbência para tal, pode causar efeitos dinâmicos devastadores a longo prazo, vez que a decisão beneficia interesses políticos de curto prazo, mas não resolve o problema estrutural. O que se extrai dessas reflexões é que a atuação judicial difere da atuação política pelos seus próprios fundamentos constitucionais.

48 A diferenciação entre politização do Judiciário e judicialização da política será feita de forma mais aprofundada no tópico 1.3.

49 LUNARDI, Fabrício Castagna. Judicialização da política ou “politização suprema”? O STF, o poder de barganha e o jogo político encoberto pelo constitucionalismo. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 24, n. 1, p. 1-12, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8652>. Acesso em: 7 jul. 2021.

50 *Ibid.*

51 PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 139.

52 *Ibid.*

Contudo, o magistrado, uma vez imerso na realidade política, fica vulnerável à concretização da justiça política, notadamente diante da tendente corruptibilidade da natureza humana. A pretensão de que seja dada uma solução prática que erradique essa conduta é idealista, utópica. Logo, o que se faz necessário é desenvolver meios para identificar a ocorrência prática desse fenômeno a fim de responsabilizar os que nela incorrerem.

Ocorre que essa identificação é igualmente complexa ao fenômeno em si, pois envolve questões profundamente subjetivas, que normalmente só podem ser constatadas *a posteriori*, depois que os resultados pretendidos são obtidos. A intenção do jurista não pode ser compreendida objetivamente antes dele realizá-la; é subjetiva, impalpável. Os resultados objetivos é que podem dar indícios da incidência dos subjetivismos do intérprete na decisão judicial.

Nesse sentido, Santos⁵³ é preciso ao afirmar que a politização do Poder Judiciário pode destacar tanto a fraqueza como a força de um sistema judicial, e que esta força revelar-se-á se restar evidenciado que, mesmo num contexto conturbado, é possível atuar seguindo preceitos técnicos e práticas prudentes, neutralizando, assim, quaisquer tentativas de pressão ou manipulação.

Hirschl⁵⁴ entende que os altos tribunais, ao contemplarem questões políticas fundamentais, tendem a decidir de acordo com metanarrativas nacionais e interesses e expectativas das elites dominantes, seja por preferência ideológica dos membros, comportamento estratégico ou até mesmo uma combinação desses e de outros fatores.

É nesse sentido que se entende, neste estudo, que a politização do Poder Judiciário pode advir de três fatores, que podem ocorrer simultaneamente ou não, quais sejam: a) a manifestação de convicções políticas pessoais do magistrado, o qual (in)conscientemente adota interpretações voltadas à legitimação daquele pensamento particular; b) do atendimento de interesses particulares dos quais decorrerão proveitos, geralmente, políticos e/ou econômicos; e/ou c) da influência da opinião

53 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Judicialização da Política**. Portugal: CES, 2003. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ces/opiniao/bss/078.php>. Acesso em: 29 out. 2019.

54 HIRSCHL, *Op. cit.*

pública sobre os posicionamentos adotados pelo magistrado, principalmente em casos de grande repercussão.

Perceba-se que no primeiro caso não há vantagens a serem efetivamente auferidas, apenas a exteriorização indevida das convicções pessoais do juiz que, seja de forma impensada ou não, descumpra seu dever de proferir decisões imparciais em favor daquilo que acredita, ainda que não seja o justo. Já na segunda hipótese, o que conduz o juiz a eivar o julgamento de parcialidade é a expectativa de perceber algum benefício, ainda que indiretamente. Na terceira hipótese, pode-se dizer que o que está em questão é o ego do julgador, que desconsidera o seu papel contramajoritário e atua em conformidade com o que a opinião pública entenderá como uma decisão justa.

Existem, ainda, os casos em que esses fatores se apresentarão conjuntamente como motivo para que ocorra a politização do Poder Judiciário, pois além de o magistrado compactuar com determinada posição político-ideológica, a decisão parcial render-lhe-á também regalias político-econômicas e aclamação popular, sendo-lhe, portanto, conveniente “unir o útil ao agradável”. Porém, é importante reiterar que a possibilidade de verificar a ocorrência prática desses fatores é bastante complexa justamente por terem uma natureza íntima ligada à subjetividade do julgador.

Victor e Lima⁵⁵ explicam que a neutralidade plena dos julgadores é algo inatingível, pois todos apresentam experiências de vida e convicções pessoais diversas, mas, independentemente disso, a imparcialidade é um dever funcional do magistrado. Ademais, Dimoulis e Martins⁵⁶ asseveram que a produção de efeitos políticos é inerente a qualquer decisão legislativa ou judicial, sendo o questionamento, acerca de qual autoridade deve decidir de maneira definitiva sobre problemas de interpretação dos direitos fundamentais, objeto de discussões jurídicas e políticas.

Cabe salientar, ainda, o que afirma Gilberto Bercovici:

55 VICTOR; LIMA, *Op. cit.*, p. 41.

56 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leandro. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 4.

Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o “positivismo jurisprudencial”. [...] Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas.⁵⁷

Uma vez que a Constituição apresenta natureza política, é evidente que as decisões judiciais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, apresentam feições políticas. O cerne da questão é quando esse aspecto é extrapolado para além do aceitável. A politização do Poder Judiciário afeta a segurança jurídica e a soberania popular, uma vez que a manifestação (in)voluntária de convicções pessoais ou a cedência a pressões político-econômicas ou populares afetam o exercício imparcial da função jurisdicional e, conseqüentemente, a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Dahl⁵⁸ entende que parece um tanto irreal supor que a Suprema Corte adotaria normas de direitos e critérios de justiça que contrariem substancialmente os interesses do restante da elite política, considerando a forma como seus integrantes são selecionados, isto é, por indicação do Presidente da República e por aprovação do Senado Federal. Nota-se, portanto, que a ocorrência desse fenômeno é reconhecida e, de certo modo, os motivos da atuação politizada dos magistrados são compreendidos, o que não significa que sejam apoiados. Compreender as razões não implica dizer que se está de acordo.

57 BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**: revista de cultura e política, [S.l.], n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 8 jul. 2021, p. 23-24.

58 DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, [S.l.], v. 252, p. 25-43, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/7954/6820>. Acesso em: 8 jul. 2021.

Diante dessa problemática, serão analisados, no próximo capítulo, dois casos concretos que envolvem assunto de política pura, qual seja o *impeachment* de Presidentes da República Federativa do Brasil, os quais foram submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal para apreciar questões como a legalidade das decisões e do procedimento adotado pelo Congresso Nacional.

A análise a ser realizada pretende verificar se, em algum dos casos, é possível constatar a concretização da politização do Poder Judiciário, nos moldes sugeridos neste estudo, por meio da observação de: a) manifestação de convicções políticas pessoais dos magistrados; b) atendimento de interesses particulares dos quais decorrerão proveitos políticos e/ou econômicos; c) influência da opinião pública sobre a postura dos magistrados.

Similares, mas não iguais: distinções entre politização do Poder Judiciário, judicialização da (mega)política, ativismo judicial e *lawfare*

Hessen⁵⁹ explica que “conhecer significa apreender espiritualmente um objeto”, mas que essa apreensão, geralmente, não é um ato simples, pois consiste numa pluralidade de atos, uma vez que a consciência cognoscente relaciona seu objeto a outros, compara-o com outros e tira conclusões, até realmente apreendê-lo.

Para explicar a politização do Poder Judiciário foi necessário, em alguns momentos, mencionar expressões que se referem a outros fenômenos judiciais que estão intimamente ligados com a justiça política e que frequentemente têm suas definições confundidas ou são entendidas como sinônimos. Em razão disso, para que a compreensão da análise feita neste estudo atinja seus objetivos sem que restem dúvidas sobre o que é a politização da justiça, faz-se necessária a diferenciação entre esta e a judicialização da (mega)política, o ativismo judicial e o *lawfare*.

Inicialmente, foi mencionado, no tópico anterior, que a politização da justiça decorre da judicialização da política. Em linhas gerais, judi-

59 HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70.

cializar significa submeter algo à apreciação do Poder Judiciário. Como assinalado anteriormente, o art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa regra constitucional consagra o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Ocorre que, nos últimos anos, tem-se testemunhado a transferência de “uma quantidade quase inédita de poder de instituições representativas para os judiciários”⁶⁰. A debatida deslocação intencional de atribuições típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, como uma estratégia político-eleitoral, corresponde à judicialização da política.

Fernandes⁶¹ explica que o Judiciário “passou a ter poder de decisão sobre temas tradicionalmente reservados à esfera política, como a formulação e aplicação de políticas públicas, a resolução de questões moralmente complexas, a definição e organização do regime político de um país, entre outros”.

No mesmo sentido, Hirschl⁶² expõe que os tribunais superiores, com o neoconstitucionalismo, têm sido frequentemente provocados a se manifestarem sobre uma ampla gama de questões de domínio político, como é o caso das políticas públicas. Assim, no âmbito da judicialização das políticas públicas, pode-se inferir que a judicialização da saúde, a título de exemplo, pode ser considerada um desdobramento da judicialização da política.

Em tese, o adequado funcionamento da saúde pública e a sua prestação integral é de incumbência do Poder Executivo. Contudo, é recorrente nos tribunais o ajuizamento de ações pleiteando tratamentos, medicamentos e alimentação especial que deveriam ser prestados pelo Poder Executivo por meio de políticas públicas adequadas, conforme dispõe o art. 196 da Constituição Federal de 1988⁶³. Tanto o é que, no polo passivo dessas ações,

60 HIRSCHL, *Op. cit.*, p. 29.

61 FERNANDES, *Op. cit.*, p. 15.

62 HIRSCHL, *Op. cit.*

63 Art. 196, CRFB/88. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

figuram o Poder Executivo federal, estadual, municipal ou distrital; em alguns casos, mais de um ente estatal, solidariamente.

Hirschl⁶⁴ retrata que os tribunais receberam autoridade para restringir a flexibilidade institucional dos agentes incumbidos de tomar decisões políticas, apesar de não deterem as chaves dos cofres públicos, nem disporem de meios para impor as suas decisões de forma autônoma. Desse modo, compreende-se, em síntese, que a judicialização da política decorre da transferência, para o Poder Judiciário, de questões cuja resolução caberia, *a priori*, aos poderes representativos, ou seja, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, que, muitas vezes, mantêm-se inertes intencionalmente, a fim de que a questão seja resolvida no âmbito judicial.

Entretanto, cabe diferenciar, ainda, a judicialização da política da judicialização da megapolítica ou da política pura, terminologias estas cunhadas por Ran Hirschl. O referido autor analisa que “a expansão da competência dos tribunais na determinação dos resultados das disputas políticas se estendeu muito além do que se comumente se aceita como padrão de formulação de políticas públicas por órgãos judiciais”⁶⁵.

Assim, a judicialização da megapolítica seria, conforme Fernandes⁶⁶, a “judicialização de questões centrais que definem e muitas vezes dividem a comunidade política”. Portanto, seria a submissão ao crivo do Judiciário de “assuntos que remetem a uma significância política maior, como os que definem a identidade coletiva de um povo, a construção de uma nação, a estruturação do Estado, seu regime político e o processo eleitoral, discussões sobre guerra e paz”.⁶⁷

A politização do Judiciário pode decorrer, portanto, da judicialização da política ordinária, mas mais ainda da judicialização da megapolítica, pois, conforme Lunardi⁶⁸, questões políticas, ainda que judicializadas, tendem a ser resolvidas por decisões políticas, mesmo que tomadas pelo órgão jurisdicional.

64 HIRSCHL, *Op. cit.*

65 HIRSCHL, *Op. cit.*, p. 290.

66 FERNANDES, *Op. cit.*, p. 42.

67 PETUBA, Claudia Aniceto Caetano. A judicialização da megapolítica e sua ameaça à democracia. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 90-106, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/210566740>. Acesso em: 8 jul. 2021, p. 91.

68 LUNARDI, 2019.

Nesse sentido, justiça política pressupõe que, em algumas hipóteses, o Sistema de Justiça recorre “a métodos que não lhes são próprios, e sim usuais nas disputas e demandas na arena política, procurando resolver desta forma conflitos que lhes são submetidos”⁶⁹. Ademais, Garoupa⁷⁰ explica que a judicialização da vida pública introduz tentações políticas que provocam a politização das magistraturas, alertando, ainda, que “da politização à partidarização vai um passo”.

O professor Nuno Garoupa faz uma distinção importante entre politização e partidarização. Embora, neste estudo, seja utilizado o termo politização do Poder Judiciário para tratar da questão do atendimento de interesses político-partidários por parte de magistrados que se utilizariam dos métodos interpretativos para distorcer a essência das normas jurídicas, com o intuito de fundamentar decisões perniciosas, talvez seria mais adequado falar em partidarização do Poder Judiciário.

Contudo, a politização não só é inevitável como não é necessariamente negativa. Não pode um conselho da judicatura com extensas competências ser gerido de forma meramente funcional ou tecnocrática. Maiores competências e autonomia orçamental pedem escolhas e opções que têm de basear-se em preferências individuais dos membros do conselho. A politização resulta naturalmente destas preferências. Se a independência substantiva do poder judicial for garantida de forma efectiva pelos tribunais superiores, essa politização terá impacto onde deve ter (na gestão do sistema judiciário) e não onde não deve ter (no exercício das funções que são reserva absoluta do poder judicial).⁷¹

A ideia que o referido autor passa sobre politização apresenta similitudes com o que aqui se defende, porém, não se relaciona necessariamente com o atendimento de interesses das elites políticas. No entanto,

69 DAMASCENO, João Batista. **Justiça como poder**: judicialização da política, politização da justiça e pessoalização da jurisdição. 2005. Rio de Janeiro: UFRJ-IFCS/ PPGCP, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp028276.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021, p. 149.

70 GAROUPA, Nuno. **Politização da justiça e o poder judicial**. Brasília, DF: STJ, [20--], p. 3.

71 *Ibid.*, p. 9.

considerando que a terminologia mais utilizada para se referir ao objeto deste estudo é politização do Judiciário, e não partidarização, foi adotada aquela, o que não impede a apresentação de concepções distintas, como a acima mencionada, para que reste claro qual o sentido aqui empregado.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar, agora, o ativismo judicial. Inicialmente, importa dizer que o ativismo judicial também decorre da judicialização da política. Diante dessa afirmação, pode-se constatar que a judicialização da política funciona como a base do protagonismo judiciário que deu ensejo ao surgimento dos fenômenos judiciais aqui apresentados: politização do Judiciário, ativismo judicial e *lawfare*.

Para Martins, Martins e Valim⁷², a judicialização da política é uma decorrência do caráter das atuais constituições, que adentraram na normatividade de temas sociais, políticos e econômicos, logo, seria um processo constitucional espontâneo das novas ordens constitucionais; já o ativismo judicial, seria a extrapolação dos limites no sentido de o Sistema de Justiça oferecer respostas eivadas de preferências ideológicas e pessoais do intérprete.

Neste estudo, entende-se que essa definição de ativismo judicial se confunde claramente com a definição de politização do Poder Judiciário. É evidente que todos os fenômenos, em algum aspecto, assemelham-se, porém compreender o que os distingue é essencial, especialmente porque assimilar corretamente o conceito de politização do Poder Judiciário, sem confundi-lo com outros conceitos, facilitará a análise da (in)ocorrência da justiça política nos casos concretos que serão apresentados no próximo capítulo.

Berman⁷³ apresenta, com base nos estudos de Keenan D. Kmiec, a existência de cinco definições atribuídas ao ativismo judicial, sendo elas pautadas: a) na declaração de inconstitucionalidade de atos discutivelmente constitucionais de outros poderes; b) na inobservância dos precedentes judiciais existentes ao decidir uma determinada questão; c) no

72 MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 32.

73 BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. **Cadernos da Escola de Direito**. [S.l.], v. 1, n. 10, 2009. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2633/2206>. Acesso em: 8 jul. 2021.

afastamento da metodologia interpretativa reconhecida; d) no julgamento orientado pelo resultado; e) na criação do direito pelo Poder Judiciário.

O autor, contudo, destaca que a última definição é a mais aceitável e é a que gera mais preocupação, qual seja a que se refere à criação de direito pelo Poder Judiciário, pois os tribunais extrapolariam os limites da sua função de apenas interpretar as leis já existentes e passariam a efetivamente criá-las, substituindo o legislador.⁷⁴

A quarta definição, que diz respeito ao julgamento orientado pelo resultado, pode ser facilmente confundida com a definição de politização do Poder Judiciário. Berman⁷⁵ explica que nessa concepção entende-se que o ativismo judicial ocorreria quando os juízes “decidissem os casos motivados por razões pessoais (estratégicas), e não com base em razões públicas”, isto é, “a utilização de um determinado método se daria de forma deliberada, visando atingir determinada resposta”.

As peculiaridades distintivas dos fenômenos decorrentes do protagonismo judicial são tênues, por isso se faz necessário reforçar essa diferenciação. Apesar das diferentes definições sintetizadas por Kmiec, de fato, a mais recorrente é que associar o ativismo judicial à criação legislativa representaria uma “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado”.⁷⁶

Há, ainda, como destaca Koerner⁷⁷, perspectivas contrárias a acima mencionadas, que entendem que o ativismo judicial decorre do desdobramento do dever do Poder Judiciário não de apenas interpretar o texto constitucional, mas de efetivá-lo; além disso, seria um fenômeno objetivamente necessário para suprir a ineficácia dos demais poderes, notadamente a excessiva omissão do Poder Legislativo.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*, p. 141.

76 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, [S.l.], p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 8 jul. 2021, p. 72.

77 *Ibid.*, p. 72.

Já Cappelletti⁷⁸, compreende que inevitavelmente há lacunas na lei que devem ser preenchidas pelos juízes, logo, o problema não é criação do direito, mas “o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.” Além disso, o referido entende que o ativismo decorreu das transformações na legislação de *welfare*, dotadas de maior abstração, o que permitiu a acentuação da criatividade por parte dos juízes⁷⁹.

Damasceno⁸⁰ também assimila o ativismo judicial ao advento do Estado do Bem-Estar Social e ao controle de constitucionalidade, que, em suas palavras:

Tal capacidade legislativa, que com o Judicial Review era negativa, ou seja, implicava na subtração da lei incompatível com a Constituição se transforma em capacidade legislativa positiva, pois por meio de interpretação se estende o sentido e alcance da lei e propicia a implementação de políticas não autorizadas pelo legislativo ou ainda implementadas pelo executivo e sem considerações orçamentárias.⁸¹

O fato é que, independentemente dos posicionamentos favoráveis ou contrários, o ativismo judicial tem ocorrido na prática. No Brasil, um claro exemplo da ocorrência do ativismo judicial é a questão do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, que não apresenta regulamentação legal por manifesta inércia do Congresso Nacional que, diante da provável repercussão político-social que o tema implicaria no processo eleitoral, omitiu-se no intuito de que o Supremo Tribunal Federal resolvesse a questão e acabasse por legislar no lugar do legislador, assumindo o eventual ônus que resultasse da impopularidade da decisão.

Lunardi⁸² explica que, muitas vezes, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é desejado e tolerado pelo governo federal e pelos par-

78 CAPPELLETTI, *Op. cit.*, p. 21.

79 *Ibid.*, p. 42.

80 DAMASCENO, *Op. cit.*, p. 150.

81 *Ibid.*

82 LUNARDI, *Op. cit.*, p. 40.

lamentares por serem úteis aos seus interesses, notadamente no que diz respeito a se eximir do ônus de tratar de questões polêmicas que possam vir a influenciar no resultado das eleições.

No mesmo sentido, Hirschl⁸³ afirma que o ativismo judicial permite que “atores políticos que não desejam ou não são capazes de fazer avançar suas preferências políticas por meio das arenas majoritárias de tomada de decisão” recorram a “um canal institucional alternativo (os tribunais) para que alcancem seus objetivos políticos”. Dessa forma, as críticas à prática do ativismo judicial não deveriam ser direcionadas apenas ao Poder Judiciário, mas também e, principalmente, ao Poder Legislativo.

Hirschl⁸⁴ entende, ainda, que o crescente intervencionismo judicial nas atribuições do Legislativo e do Executivo possibilitam, em curto prazo, soluções institucionais para as elites políticas que estejam ameaçadas; contudo, a longo prazo, esse protagonismo judicial pode restringir o espaço para manobras institucionais por parte dos detentores do poder político. Para Martins, Martins e Valim⁸⁵, “o sequestro dos textos legais pelos intérpretes, a despeito das boas intenções de que é revestido, sempre será pernicioso para o Estado de Direito e para a democracia”.

Isto é, chegará o momento em que a transferência de poder do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário não será mais uma ação voluntária e essa assunção de poder passará a ser legítima, independente da vontade dos demais poderes. Portanto, “o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização pode, em última instância, criar um cenário institucional indesejável para as elites dominantes e seus eleitores”.⁸⁶

Garoupa⁸⁷, analisando a politização da justiça em Portugal, entende que se trata de um fenômeno irreversível; que o poder judicial “começará por deixar de ser meramente formalista, passará a ser realista, depois interventor e finalmente politizado (não necessariamente partida-

83 HIRSCHL, *Op. cit.*, p. 291.

84 *Ibid.*, p. 292.

85 MARTINS; MARTINS; VALIM, *Op. cit.*, p. 32.

86 HIRSCHL, *Op. cit.*, p. 292.

87 GAROUPA, *Op. cit.*, p. 2.

rizado)”. É perceptível, em vários países, o inequívoco fortalecimento do poder judicial. Os fenômenos decorrentes do protagonismo judicial, todavia, são de grande risco para a democracia.

As funções atribuídas aos Poderes Constituídos por determinação constitucional têm sido intencionalmente desnaturadas, gerando insegurança jurídica, violando a soberania popular e desvirtuando o sistema de freios e contrapesos, portanto, pondo em risco o Estado Democrático de Direito. Como afirma Ferreira Filho⁸⁸, o fato de os três Poderes serem harmônicos e independentes implica na não invasão do campo do outro e na indelegabilidade de um para o outro das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição, pois “o poder delegado não pode ser (re)delegado”.

Diferentemente da politização do Poder Judiciário e do ativismo judicial, surgiu um novo instituto jurídico, que não decorre da judicialização da (mega)política: o *lawfare*, isto é, o “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”⁸⁹. O conceito de *lawfare* apresenta semelhanças com a politização da justiça no ponto em que a lei é usada de forma estratégica para atingir determinado fim.

A principal diferença é que o *lawfare* pode ser utilizado em vários âmbitos, inclusive judicial, tendo seu emprego ocorrido, primeiramente, no âmbito militar. Dunlap Júnior,⁹⁰ no contexto militar, define *lawfare* como “*the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve a warfighting objective*”.⁹¹ Porém, no Brasil, conforme Barros Filho, Farias e Oliveira⁹², o *lawfare* não

88 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, [S.l.], v. 198, p. 1-17, 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46407/46734>. Acesso em: 7 maio 2021, p. 2.

89 MARTINS; MARTINS; VALIM, *Op. cit.*, p. 21.

90 DUNLAP JÚNIOR, Charles J. **Lawfare today... and tomorrow**. [S.l.]: Internacional Law Studies, 2011. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=3090&context=faculty_scholarship. Acesso em: 09 jul. 2021, p. 315.

91 Tradução nossa: a estratégia de usar – ou de usar indevidamente – a lei como substituta dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo de guerra.

92 BARROS FILHO, Geraldo Carreiro de; FARIAS, Athena de Albuquerque; OLIVEIRA, Gislene Farias de. Considerações sobre o Instituto do Lawfare. **ID on line Revista de**

está restrito apenas a conflitos armados, mas é também usado para fins políticos e econômicos.

Por outro lado, a politização do Poder Judiciário relaciona-se especificamente com a atuação judicial no âmbito político-partidário. Nessa perspectiva, pode-se concluir que o *lawfare* é mais abrangente que a politização da justiça e pode-se sugerir que, em alguns casos, a justiça política poderia ser enquadrada como uma espécie de *lawfare*, dadas as similitudes observadas quanto ao uso das normas para alcançar um interesse específico. Pode-se sugerir também, em contrapartida, que, na verdade, o *lawfare* pode ser utilizado como um instrumento para a politização do Poder Judiciário.

Verifica-se, pelas peculiaridades conceituais do *lawfare*, notadamente a de pressupor o uso estratégico do Direito, que o *lawfare* se assemelha bastante com o que se discutiu acerca da utilização distorcida da multivalência interpretativa do Direito para fins de politização do Poder Judiciário. Seria, portanto, o *lawfare* um gênero que pode englobar a politização da justiça como espécie ou instrumento que pode ser utilizado pela politização da justiça?

Analisando os elementos de definição trazidos por Martins, Martins e Valim⁹³ de que “*lawfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar o inimigo”, a palavra “uso” implica na compreensão de que *lawfare* é um instrumento, uma arma, como é entendida na esfera militar. Assim sendo, a multivalência interpretativa do Direito é uma característica inerente ao Direito, como já foi várias vezes debatido. O intérprete, ao fazer o uso dessa possibilidade de múltiplas interpretações da norma para atingir determinado fim, está usando a multivalência interpretativa do Direito de forma estratégica. Diante dessa reflexão, é possível inferir que o *lawfare* pode ser utilizado como um instrumento de efetivação da politização do Poder Judiciário.

A compreensão do *lawfare* se faz importante pelo seu principal ponto distintivo da politização da justiça: a possibilidade de apreendê-lo

Psicologia, [S.l.], v. 10, n. 33, p. 363-370, 2017. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/download/661/934>. Acesso em: 9 jul. 2021, p. 365.

93 MARTINS; MARTINS; VALIM, *Op. cit.*, p. 26.

objetivamente. A politização do Judiciário apresenta características predominantemente subjetivas, o que dificulta a constatação da sua efetiva ocorrência no plano fático.

No processo de *impeachment* de Dilma Rousseff⁹⁴, por exemplo, Fernandes⁹⁵ entende que decisões de profunda implicação política do Supremo Tribunal Federal em processos prévios ao *impeachment* tiveram implicações diretas na deposição da ex-Presidenta. Verifica-se, a partir disso, que será necessária, como já mencionado, a análise dos resultados objetivos para poder constatar ou, pelo menos, supor a ocorrência ou não da politização do Judiciário no julgamento de questões envolvendo o *impeachment* da ex-Presidenta Dilma.

Martins, Martins e Valim⁹⁶ explanam três dimensões estratégicas apresentadas pelo professor de Harvard, especialista em *lawfare*, John Comaroff: geografia, armamento e externalidades. Em síntese, a geografia diz respeito à escolha do “campo de batalha”, o que, no *lawfare* aplicado no âmbito judicial, corresponderia ao descumprimento do princípio do juiz natural; o armamento corresponde às normas jurídicas escolhidas ou mesmo ignoradas com o fim de vulnerar o oponente; e as externalidades se referem às técnicas de controle sobre as informações, a exemplo da mídia, de forma a criar um ambiente propício ao emprego das armas jurídicas contra adversário.⁹⁷

É por essa razão que, no capítulo seguinte, no qual será feito o estudo sobre os processos de *impeachment* de Collor e Dilma, serão analisados o contexto econômico, político, social e jurídico em cada caso específico, a fim de obter elementos concretos que possam evidenciar e permitir a constatação da (in)ocorrência da politização do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, nos referidos processos de *impeachment*.

A partir da diferenciação feita entre os principais fenômenos judiciais decorrentes do fortalecimento do Poder Judiciário, conclui-se que o poder judicial começou a ganhar força com a judicialização da polí-

94 O *impeachment* da ex-Presidenta Dilma Rousseff será objeto de análise no próximo capítulo acerca da possibilidade de verificação da (in)ocorrência de justiça política.

95 FERNANDES, *Op. cit.*

96 MARTINS; MARTINS; VALIM, *Op. cit.*, p. 35.

97 *Idem*.

tica, que é um resultado quase que espontâneo ligado ao perfil pós-positivista das novas constituições. Ademais, verificou-se que o protagonismo constitucional conferido ao Poder Judiciário foi visto pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo como uma possibilidade de se eximirem de determinadas decisões políticas que poderiam vir a interferir em sua popularidade eleitoral.

Pode-se depreender, pelas análises até então realizadas ao longo deste capítulo, que o movimento de judicialização era, inicialmente, esperado, em razão da progressiva influência neoconstitucional nas ordens jurídicas, no final do século XX e do início do século XXI. Entretanto, houve um excesso de transferência de poder para o Sistema de Justiça que provocou a concretização de outros fenômenos judiciais que têm conferido cada vez mais força ao Poder Judiciário e deturpado ainda mais a separação de Poderes.

Nesse contexto, Garoupa⁹⁸ reflete que “a judicialização progressiva da vida pública veio extinguir o espaço de consensos possíveis para as reformas das magistraturas que se pediam”. Isto é, atualmente, com o atual nível de protagonismo do Poder Judiciário, que lhe foi conferido pelas Constituições e, de forma estratégica, pelos Poderes Executivo e Legislativo, qualquer reforma profunda para modificar essa realidade dificilmente será realizada mediante consenso.

98 GAROUPA, *Op. cit.*, p. 3.

Editora
**SER
TÃO
CULT**

Este livro foi composto em fonte Liberation Serif, impresso no formato 15 x 22 cm em offset 75 g/m², com 128 páginas e em e-book formato pdf.
Setembro de 2022.

**Saiba como adquirir o livro
completo no site da SertãoCult**

www.editorasertaocult.com

Editora

**SER
TÃO
CULT**

O que diferencia os processos de *impeachment* de Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff? Será que ambos os processos podem ser encarados como exemplos de isenção judicial ou foram de alguma forma maculados por interesses políticos?

Nada melhor do que o empenho de uma jovem e competente pesquisadora para buscar tais respostas. Neste seu primeiro livro, Sara Alves Magalhães trata temas complexos, mas sempre com a preocupação de torna-los compreensíveis para seus leitores.

Uma obra focada em um tema tão controverso poderia facilmente culminar em uma apologia a algum dos lados envolvidos, mas cada consideração feita pela autora foi baseada em farta documentação e análises maduras, resultando em conclusões metodologicamente embasadas.

Enfim, não se trata simplesmente de um texto de análise jurídica. Mais do que isso. *O jogo dos poderes* é uma oportunidade de compreender de forma simples como o recurso do *impeachment* pode ser usado como mecanismo político em nossa jovem democracia.

ISBN 978-655421022-5



9

786554

210225

Editora

SERTÃO CULT