

Judiciário em questão

JUSTIÇA O ativismo judicial, a judicialização da política e a democratização do Supremo Tribunal Federal são, entre outros, os temas enfrentados pelo procurador de Justiça do Estado de Sergipe, Carlos Augusto de Alcântara Machado

José Antônio Faro

Com o histórico julgamento do mensalão, o Supremo Tribunal Federal voltou à ribalta no seu papel de guardião da Constituição e no seu importante papel de garantidor da democracia. Mas se tornou também alvo de muitas críticas pelo ativismo judicial e pela ingerência no espaço próprio dos outros dois Poderes da República, além de ser acusado de condicionamento político. Conversamos sobre esses assuntos com o Dr. Carlos Augusto de Alcântara Machado, que é procurador de Justiça e presidente da Comissão de Assuntos Institucionais do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

De forma clara, e fundamentando-se nos princípios da Constituição Brasileira, o procurador, que é doutor em Direito e professor de Direito Constitucional, destrinça a impor-

tância que o Poder Judiciário adquiriu com a “Constituição-Cidadã” de 1988, deixando de ser um departamento técnico especializado e passando a ocupar um espaço político disputado com o Legislativo e com o Executivo. Nesse contexto, ele rebate, em parte, a crítica de politização da Justiça, argumentando que é papel do Judiciário implementar direitos definidos constitucionalmente e determinar a concretização de políticas públicas quando previstas na Carta Magna, sobretudo quando o Estado não consegue cumprir o seu papel de garantidor de justiça e equidade sociais.

O Poder Judiciário tem assumido uma enorme importância como guardião da legalidade, mas também tem sido criticado por agir, em muitos casos, de forma política. O que o Sr. teria a dizer a esse respeito?

No ano de 2008, Luiz Flávio Gomes escreveu um breve artigo com o sugestivo título “Judicialização da Administração Pública”. Nele, o jurista, logo na abertura do texto, fornece a moldura para a delimitação da resposta para essa indagação. Disse o professor que o senhor do Direito no século XIX foi o Poder Legislativo; no século XX, foi o Poder Executivo e no século XXI, por força do neoconstitucionalismo, será a era do Po-



der Judiciário. Justificou que já não mais se confunde a lei com o Direito e o juiz não é aquele ser inanimado de que falava Montesquieu.

Acrescentou ainda que nem tudo que o legislador aprova é válido e nem tudo o que o Poder Executivo edita tem o apoio do Judiciário. Vivemos uma nova era do Poder Judiciário, em especial após a promulgação da Constituição de 1988. Portanto, o teor crítico quanto à atuação do Poder Judiciário, como foi destacado na pergunta, para ser bem compreendido, tem a sua gênese logo nos primeiros anos que sucederam o advento da Carta Constitucional, denominada desde o seu nascimento de “Constituição-Cidadã”.

Esse é o novo paradigma jurídico, o marco civilizatório sem precedentes na história constitucional brasileira, que inaugura, do ponto de vista jurídico, mas também social, uma fase de ambiência democrática sem precedentes no nosso país. Foi a Constituição de 1988 que possibilitou ao Poder Judiciário exercer um protagonismo que, no passado, de fato, não existia. Como registrou Luís Roberto Barroso – o mais recente nomeado dos ministros do STF – em entrevista/diagnóstico ao Consultor Jurídico, já nos idos de 2006, o Poder Judiciário, na nova ordem constitucional, deixou de ser um departamento técnico especializado e ocupa um espaço político disputado com o Legislativo e com o Executivo. Assim, hoje, no século XXI, o Poder Judiciário e os seus membros, concebidos classicamente nos limites da expressão “la bouche de la lois”, a partir da clássica concepção do princípio das separações dos Poderes, nos sécs. XVIII e XIX, não mais são encontrados, salvo pontuais e em raríssimas situações.

“Não nos esqueçamos que (...) o Poder Judiciário exerce um relevante papel político: a concretização da Constituição como norma fundamental que é, pois, dotada de superioridade hierárquica sobre as demais normas e sobre os planos de governo”

Ocupar um espaço político. O que isso significa concretamente para o Poder Judiciário?

Em tempos de pós-modernidade, os magistrados passaram a desempenhar suas competências na condição de verdadeiros e efetivos membros de um dos Poderes do Estado, e não mais singelos subservientes aplicadores da lei infraconstitucional. Particularmente, o Poder Judiciário, neste século em que a força normativa dos princípios constitucionais se impôs – princípio é também norma, e vincula, obriga –, o exercício de competências judiciais teve como ponto de partida o desejo social reclamado de concretização da “vontade da Constituição”, materializada particularmente em princípios constitucionais cogentes, numa perspectiva de garantia da sua máxima efetividade. E isso não é circunstancial e prática isolada no constitucionalismo pátrio. É decorrência de importante fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo, que alguns chamam de pós-positivismo. Um fenômeno que proporcionou notável avanço da Justiça Constitucional no mundo ocidental, caracterizada, como sabido,

de contramajoritária, especialmente das Supremas Cortes, sobre a política majoritária exercida pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, ou seja, sobre a democracia representativa clássica. Portanto, o modelo de democracia representativa não é mais o mesmo, agora com o também protagonismo, autorizado constitucionalmente, do Poder Judiciário enquanto guardião da Constituição.

Não nos esqueçamos que, nesse sentido, o Poder Judiciário exerce um relevante papel político: a concretização da Constituição como norma fundamental que é, pois, dotada de superioridade hierárquica sobre as demais normas e sobre os planos de governo. Como diz o ex-ministro Ayres Britto, “a Constituição governa quem governa”. E a materialização de tal mister cabe ao Poder Judiciário.

Grandes personalidades, até mesmo do âmbito da Justiça, criticam o STF pelo “ativismo judicial”, exercendo funções que seriam dos outros Poderes. O que o Sr. teria a dizer sobre isso?

A expressão “ativismo judicial” não é nova. Vem sendo utilizada desde o início dos anos 1950, nos EUA. Lá, a expressão designava – e esse foi o conceito apresentado pelo jornalista Arthur Schlesinger, em 1947 – a atuação do juiz, garantindo direitos, com fundamento jurídico extraído diretamente da Constituição. Creio que não é essa a crítica que se faz ao Poder Judiciário. Acusa-o, inclusive com anúncio de risco democrático, de se substituir ao Poder Legislativo, criando normas, ou mesmo, de fazer as vezes do Poder Executivo, implementando políticas públicas. Mas, como sabido, o juiz jamais se manifesta ou decide ex officio. →

Isso quer dizer que o Judiciário só age se for provocado?

Sim. Em razão do conhecido princípio da inércia da jurisdição, o Poder Judiciário somente age se provocado. O protagonismo do Poder Judiciário é decorrência de uma excessiva judicialização da vida, como justifica a doutrina, o que acontece em consequência de diversos fatos. Vivemos mais de duas décadas em regime de repressão. A sociedade não sabia ou não podia reclamar direitos. A inaugurada democracia pela Constituição de 1988 foi o duto de escoamento da demanda reprimida em todos esses anos. A Carta Constitucional assegurou amplo acesso à Justiça; garantiu a assistência jurídica gratuita, por meio da Defensoria Pública; o Ministério Público foi erigido à condição de um verdadeiro ombudsman, paladino das causas sociais, dos direitos difusos e coletivos. Ademais, trouxe um catálogo de direitos fundamentais sem precedentes na nossa história jurídico-constitucional, muitos dos quais autoaplicáveis. Ora, tal cenário proporcionou à sociedade civil um alento, uma luz no fim do túnel. E ela acreditou. Levou seus reclamos ao Judiciário. A Constituição foi pródiga em direitos civis, mas também direitos sociais. Por exemplo, o ensino fundamental, público e gratuito, agora é direito público subjetivo; a saúde é direito de todos e dever do Estado. Por outro lado, com a criação do Mandado de Injunção, também na Constituição de 1988, mesmo os direitos constitucionais não regulamentados pela legislação infraconstitucional puderam ser objeto de fruição, mesmo diante da omissão estatal, com a concessão da ordem pelo Poder Judiciário.

Portanto, implementar direitos definidos constitucionalmente e determinar a concretização de políticas

públicas quando previstas na Carta Magna é tarefa confiada pela Constituição ao Poder Judiciário e particularmente à Suprema Corte.

Como garantir o necessário equilíbrio de forças nas relações entre os Poderes?

Nesses últimos anos e nos dias atuais, o STF é acusado de ativista, no sentido negativo do termo – inovador e não revelador, para usar uma expressão sempre referida –, em questões como pesquisa de células-tronco embrionárias, uniões homoafetivas, demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, uso de algemas. De fato, no julgamento desses polêmicos casos e em outros, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar em razão da falta de um efetivo tratamento normativo, vácuo jurídico, ou mesmo diante de disciplinamento jurídico apontado como inconstitucional. Nas duas hipóteses, há previsão constitucional de atuação do Judiciário, em casos de omissão inconstitucional – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção e controle de constitucionalidade de lei.

Mas, pode-se sempre questionar o alcance das decisões do Judiciário...

Claro, até porque, como adverte Lênio Streck, uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida pelos demais Poderes. O Judiciário só deve avançar no tratamento dos temas levados à sua apreciação quando o Legislativo não agiu ou agiu insuficientemente ou mesmo disciplinou matérias em conflito com os contornos previamente delimitados na Constituição. É exatamente aí que reside o papel contramajoritário do STF. É o seu papel.

“A sociedade não sabia ou não podia reclamar direitos. A inaugurada democracia pela Constituição de 1988 foi o duto de escoamento da demanda reprimida em todos esses anos”





Creio que, no geral, a sua atuação proativa relativamente à implementação de direitos fundamentais, ao meu juízo, tem merecido aplausos. Se os Poderes Legislativo e Executivo desincumbem-se bem e suficientemente de suas competências, a atuação do Judiciário, creio, será mais discreta.

O caso do julgamento do mensalão tornou-se emblemático em muitos aspectos, mas, sobretudo, da força do STF. Entretanto, esse julgamento não ficou imune de críticas de parcialidade e de radicalismos dos juízes. O que o Sr. acha disso?

Vivemos um momento particular na nossa história. Mas não era para ser assim. Justifico a afirmação. Em democracias e, particularmente, em repúblicas, a lei não pode ser aplicada com privilégios. Quem viola a lei deverá ser, pela sua conduta ilícita, responsabilizado. Não sem razão a Constituição abre o art. 5º com a sentença “todos são iguais perante a lei”. A sociedade brasileira aplaudiu o resultado do julgamento do mensalão pelo fato de passar a ter a sensação de que a lei é para todos, inclusive para os poderosos, como ocorre nas democracias consolidadas. No Brasil, não havia jurisprudência nesse sentido. Os processos contra detentores de mandatos eletivos arrastavam-se até a prescrição.

Por que outros casos de corrupção no âmbito da política (o mensalão do PSDB, por exemplo) não tiveram a mesma atenção do Judiciário?

Em 2012, a Revista Carta Capital, entre tantas outras, publicou um artigo sobre a Ação Penal 470 – o processo conhecido como mensalão – com o título “Nem exceção nem histórico”. No subtítulo, acrescen-

tou que o mensalão deveria ter sido um caso normal na vida democrática, sob prevalência da lei. No decorrer da matéria o articulista desenvolve um juízo crítico sobre a forma como ocorreu o julgamento do mensalão do PT, comparativamente ao que estaria havendo com o processo já denominado de “mensalão do PSDB mineiro”. Não conheço os dados dos processos, os autos, as provas. No entanto, daquilo que li na imprensa e acompanhei em algumas sessões do STF transmitida ao vivo e em vídeo tape pela TV Justiça, creio que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel e aplicou sanções punitivas com rigor aos que descumpriram a lei e desviaram recursos públicos para fins partidários. Disse, inicialmente, que não era para ser assim, pois, como destacou a Carta Capital, processos dessa natureza deveriam receber do Poder Judiciário sempre o mesmo tratamento, sem alardes ou surpresas. Os títulos e cargos dos acusados pouco importam. Todos são iguais perante a lei. O ministro Luis Roberto Barroso, do STF, afirmou, certa feita, que o julgamento do mensalão foi um ponto fora da curva. Foi assim diante da história da Corte, mas a Corte pode e deve se adaptar-se aos novos tempos e construir a sua jurisprudência, evoluindo e conferindo segurança à sociedade que nela busca encontrar abrigo. Ele próprio também afirmou, em um das entrevistas concedidas logo que escolhido pela Presidente Dilma Rousseff para ministro do STF, que o Direito que o Supremo diz não está somente na norma que ele interpreta, pois é também extraído da vida e da realidade social nas quais o tribunal se insere. Acrescentou que o Supremo é um tribunal que também expressa valores e sentimentos da sociedade. Mas é uma instância contramajoritária, desde que as regras do jogo não estejam sendo cumpridas, mesmo pela maioria.

(Foto: Banco de Imagens)

O julgamento do mensalão se tornou emblemático da importância do STF. Ao centro, o ex-presidente da Suprema Corte, ministro Joaquim Barbosa, que presidiu esse processo histórico



Muitos especialistas defendem que, enquanto guardião da Constituição, o STF precisaria ater-se às questões de Estado. O que o Sr. acha disso? Quais as mudanças que precisariam ocorrer no Judiciário para que isso possa acontecer?

Esse tema é sempre recorrente no meio político e jurídico. Pretende-se aperfeiçoar o Supremo Tribunal Federal, transformando-o em autêntica e exclusiva Corte Constitucional. Para tanto muitas das atuais competências deveriam ser transferidas para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como, por exemplo, instância recursal última e competências criminais, mantendo, no Supremo, as competências referentes ao controle abstrato de constitucionalidade, como ocorre na maioria das cortes europeias. Neste passo, a forma de investidura dos ministros do STF deveria sofrer modificação. Ministros eleitos com mandato, e não mais nomeados pelo presidente da República

e vitalícios. Mas, há vários modelos de Cortes Constitucionais, como, por exemplo, o sistema francês, o norte-americano, o austríaco e o alemão.

Sobre o modelo adotado no Brasil, o que o Sr. teria a dizer?

Creio que o modelo adotado no Brasil deve ser aperfeiçoado. Entendo que a Corte Suprema de um país deve se ater às questões nacionais, de Estado mesmo, e, particularmente, àquelas que digam respeito à preservação e garantia dos princípios básicos da República, da Federação e da Democracia. Não deveria ficar adstrito, ou dispensar atenção importante ao “varejo” judicial, na solução de conflitos interpessoais. Não estou negando ou subestimando a importância de tais ações, mas não é papel da Suprema Corte a solução desses litígios. Somente para citar alguns números, no ano de 1988, o que já era extremamente representativo, o STF julgou 16.313 processos. Dez

anos depois, a cifra subiu. No ano de 1998, 51.307 processos julgados; em 2008, dobrou para 104.237, mantendo essa média até os dias atuais. Até 15 de julho deste ano, o STF já havia julgado 56.984 processos. Há um natural sacrifício do exame das questões nacionais, de Estado e de Direito, que também já são muitas. E não me refiro a questões de fato.

Poderia apresentar um quadro global do que o STF fez em relação ao seu papel de Corte Constitucional?

Somente para citar um número emblemático do papel do STF enquanto Corte Constitucional, há 1.578 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) aguardando julgamento. O STF já julgou, após a Constituição de 1988, 2.500 ADI's, com o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em 25 % delas, chegando a um total de 624. Portanto, mesmo somente como Corte Cons-



(Foto: Banco de Imagens / STF)

titucional, o STF tem um trabalho exaustivo. Somadas às outras atribuições... Precisaria haver mecanismos constitucionais de limitação, filtros, como vêm ocorrendo em outros países. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte julga, anualmente, menos de cem processos. No Brasil, como disse, por volta de 100 mil. Como exercer bem aquilo que lhe compete enquanto responsável pelo exercício da jurisdição constitucional?

Uma crítica recorrente ao Judiciário – e, sobretudo, ao STF – é a falta de democracia nas suas relações internas? O que o Sr. acha dessa crítica? Quais mudanças seriam necessárias e possíveis para mudar esse quadro?

Não vejo assim. O fato de os membros do Poder Judiciário investirem-se nos respectivos cargos de forma diversa dos Poderes Legislativo e Executivo, sem eleição, não retira por completo a legitimidade democrática dos

seus membros. Primeiro, foi o próprio poder constituinte que assim concebeu o modelo; poder constituinte que tem como titular o povo e, por conseguinte, poder mais do que legítimo. Depois, os seus titulares são recrutados em homenagem aos princípios da igualdade – por meio do concurso público – e eficiência. Ainda é de se considerar que há o atributo técnico a ser observado.

E quanto aos órgãos diretivos do Poder Judiciário?

Esse é um tema a se aprofundar. Os dirigentes do Ministério Público estadual já são escolhidos a partir de uma eleição interna. A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) tem promovido um amplo debate nacional nessa direção. Mas é um tema polêmico e, mesmo nos setores onde se pratica, há críticas e questionamentos que merecem reflexão. A atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público é delicada e não pode ser confundida sempre numa linha de

defesa do princípio majoritário que fundamenta a democracia representativa como regra.

Quais os principais desafios do exercício da Justiça hoje?

Penso que o grande desafio do sistema judicial e da Justiça brasileira como um todo é a garantia da prestação jurisdicional com a necessária celeridade, particularmente com o aperfeiçoamento do sistema recursal e filtros de recurso. Muitos passos foram dados, mas há muito a fazer. Para tanto, creio que os mecanismos de mediação e conciliação poderiam – como já estão – ser melhorados e progressivamente utilizados, inclusive para prevenir a judicialização dos conflitos sociais. Tal prática, entendo, está em perfeita sintonia com o compromisso de construção de uma sociedade fraterna – o que está previsto no preâmbulo da Constituição Federal –, pois contribui para a concretização da paz social que é o mais relevante papel do Direito. ■