

**A JUSTIÇA POLÍTICA NO BRASIL
CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DE RECENTES
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(2015-2017) À LUZ DO CASO DE WEIMAR**

**POLITICAL JUSTICE IN CONTEMPORARY BRAZIL:
AN ANALYSIS OF FEDERAL SUPREME COURT
RECENT DECISIONS (2015-2017) IN THE LIGHT OF
WEIMAR'S CASE**

Marcelo Barros Leal Victor*
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima**

Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasing threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests (HIRSCHL, 2004, p. 49).

RESUMO

Este trabalho objetiva averiguar se o Supremo Tribunal Federal tem contribuído recentemente à implementação de uma justiça política, consubstanciada no exercício desigual da jurisdição, em relação a atores políticos de partidos diferentes. Para contextualizar o fenômeno, estudou-se um caso histórico de justiça politizada ocorrido durante a República de Weimar, em que o judiciário serviu de instrumento para movimentos de direita descontentes com a queda da monarquia. Com a análise qualitativa do discurso de decisões recentes do Supremo, atestou-se que, ao julgar causas envolvendo políticos do Partido dos Trabalhadores, os ministros adotam postura ativista, indo além dos limites estabelecidos

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: marceloblvictor@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br.

constitucionalmente, e que, em situações similares implicando atores políticos de outros partidos, surge uma preocupação com a necessidade de contenção judicial. Conclui-se que a incoerência do Supremo tem contribuído para a justiça política no Brasil contemporâneo.

Palavras-chave: Justiça política; Politização da justiça; Judicialização da política; Supremo Tribunal Federal; República de Weimar.

SUMMARY

This paper aims to ascertain if the Federal Supreme Court has contributed recently to the implementation of a political justice, embodied in the unequal exercise of jurisdiction, in relation to political actors of different parties. In order to contextualize the phenomenon, we studied a historical case of politicized justice that took place during the Weimar Republic, where the judiciary functioned as an instrument for right-wing movements discontented with the fall of the monarchy. Through qualitative analysis of discourse in the Court recent decisions, we attested that, when judging cases involving members of the Workers' Party, the judges adopt an activist positioning, reaching beyond constitutionally established limitations, and that, in similar situations implying political actors from other parties, a concern with the necessity of judicial constraint arises. We conclude that the Federal Supreme Court incoherence has played a role in the political justice in contemporary Brazil.

Key words: Political justice; Politicization of justice; Judiciary of politics; Federal Supreme Court; Weimar Republic.

INTRODUÇÃO

A judicialização da política é um tema que se difundiu tanto na academia, especialmente nas áreas do Direito e da Ciência Política, quanto no cotidiano da mídia e da opinião pública. No nível acadêmico, o fenômeno foi primeiramente examinado, em alcance internacional, por Tate e Vallinder, em sua obra *The global expansion of judicial power*, de 1995. De lá para cá, a quantidade de pesquisas relacionadas ao tema tem crescido gradualmente.

No Brasil, o fenômeno foi estudado por Werneck Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, em sua obra conjunta *A judicialização da política e das relações sociais*, de 1999. Apresentando uma visão favorável a esse novo quadro sociopolítico, tem-se uma pesquisa fundada em análise empírica sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no desempenho do controle abstrato de constitucionalidade e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais em sua competência ordinária, concluindo que o Poder Judiciário seria, no Brasil, uma nova via política para o fortalecimento da democracia.¹

¹ WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Bauman. *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 260.

Outra dimensão da atuação política do Judiciário, menos debatida hoje do que a judicialização da política, diz respeito à justiça política (ou politização da justiça). Esse termo foi utilizado, no significado relevante para este trabalho, por Otto Kirchheimer, em sua obra *Political justice: the use of legal procedures for political ends*, de 1961, contendo análise da utilização do Judiciário para a consecução de fins políticos, condutores do fortalecimento da posição do grupo no poder. Uma abordagem semelhante é encontrada na obra *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*, de Franz Neumann, no que diz respeito à atuação dos juízes e tribunais alemães durante a República de Weimar e posteriormente durante o regime nazista.

A tese defendida no presente artigo é a de que o STF, para além do fenômeno da judicialização da política, contemporaneamente tem participado da implementação, em algum grau, de uma justiça política no Brasil.

Entende-se que o avanço da justiça política possui ligações com o fenômeno da judicialização da política, razão pela qual, no primeiro capítulo do presente trabalho, serão feitas considerações sobre essas duas formas de atuação política pelo Judiciário, expondo o seu significado central, segundo a doutrina, com o propósito de distingui-las.

No segundo capítulo, para fins argumentativos, será empreendido um exame bibliográfico com o fito de caracterizar o comportamento judicial alemão na República de Weimar, enfocando a desigualdade do tratamento dado a golpes de Estado da esquerda revolucionária e da direita monarquista. Uma análise mais detida da justiça política em Weimar servirá para melhor contextualizar tal fenômeno, fornecendo elementos de comparação para com a realidade brasileira.

As evidências para a arguição central desta pesquisa serão apresentadas e interpretadas no terceiro capítulo, em que se buscará demonstrar que o STF tem atuado de modo incoerente quando do julgamento de casos semelhantes. Para tanto, será efetuada uma análise qualitativa da fundamentação de quatro decisões recentes da Corte. A pesquisa é bibliográfica e documental, com recurso às fontes primárias de repositório oficial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

DOIS SENTIDOS DA ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Podem-se abordar as possibilidades de atuação política do Judiciário nas democracias contemporâneas sob duas perspectivas distintas. Uma delas se dá no contexto do fenômeno chamado judicialização da política. A segunda consiste em sua atuação como justiça política, em que 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. Será examinada inicialmente a primeira dessas espécies.

A judicialização da política pode ser definida como a expansão do campo de atuação das cortes ou juízes, em detrimento dos políticos e administradores, consistindo, assim, numa transferência de poderes decisórios do Legislativo e Executivo para o Judiciário.² Trata-se de uma tendência quase global, surgida após a Segunda Guerra Mundial, e evidenciada, por exemplo, na Itália, na França, no Leste Europeu e nos Estados Unidos, com a intervenção da Suprema Corte americana na controvérsia eleitoral do caso *Bush vs. Gore*.³

Segundo Lenio Streck,⁴ a judicialização da política “é um fenômeno inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes”. Já o ativismo judicial, comumente confundido com o fenômeno acima delineado, é por ele definido como uma corrupção na relação entre poderes, que consiste numa extrapolação dos limites da atuação do Judiciário por meio de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. Essa ultrapassagem ativista dos limites institucionais concernentes à atuação judicial, muitas vezes, ocorre no âmbito de matérias moral e politicamente controversas,⁵ tradicionalmente atinentes às atribuições dos parlamentos, o que demonstra que o ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos que caminham juntos.

Para Luis Roberto Barroso,⁶ as causas da judicialização, no Brasil, seriam as seguintes: 1) a redemocratização brasileira, consubstanciada na Carta Constitucional de 1988, que haveria transformado o Judiciário em um poder político, livrando-o de um papel institucional meramente técnico; 2) um aumento na abrangência das matérias constitucionalizadas, com a sua consequente retirada do alcance das maiorias políticas; 3) o atual sistema de controle de constitucionalidade, que seria um dos mais amplos do mundo. Portanto, percebe-se que, para Barroso, o avanço do processo de judicialização está diretamente ligado às escolhas políticas e jurídicas consolidadas nas normas da Constituição Federal de 1988.

Werneck Vianna⁷ apresenta uma distinção entre judicialização da política e judicialização das relações sociais. Enquanto a primeira consiste numa maior intervenção do Judiciário no campo de atuação dos outros Poderes da República, a outra

² TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995. p. 13.

³ FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3>>. Acesso em: 30 out. 2017. p. 1.

⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

⁵ Por exemplo, a ADPF n. 54 (sobre aborto de fetos anencéfalos), a ADI n. 4277 (sobre uniões homoafetivas) e a ADI n. 3510 (sobre pesquisas com células-tronco).

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [*Syn*] *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 6 abr. 2018. p. 3-4.

⁷ WERNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais*, cit., p. 149.

manifesta-se numa expansão do alcance judicial referente à esfera da vida social, cuidando de temas como mulheres vitimizadas, pobreza, meio ambiente, crianças e adolescentes em situação de risco, dependência química, e assim por diante.

Há, por outro lado, cientistas políticos críticos à utilização da expressão “judicialização da política” para o estudo das relações entre o Judiciário e os demais Poderes. Nesse sentido, afirma-se que tal termo seria “parcial e enviesado, porque enfatiza mudanças no Judiciário, as quais são apenas uma parte de um conjunto mais amplo de mudanças na política contemporânea”.⁸ Ademais, há autores que compreendem que a aplicação de tal noção não traz qualquer precisão científica, haja vista sua adoção não ocorrer de maneira unívoca na teoria política. Veja-se, por exemplo:

Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política. Há, pois, espaço para conceitos mais específicos para a elaboração de problemas de pesquisa.⁹

A judicialização é ainda reforçada, no contexto brasileiro, pela consagração, na Constituição Federal de 1988, de normas constitucionais de conteúdo semântico aberto e forte conotação ética, o que tem levado à defesa, por parte de autores neoconstitucionalistas, de que o Judiciário não pode se omitir quanto à efetivação dessas normas, mesmo que, para tanto, tenha que utilizar técnicas decisionistas de duvidosa legitimidade. Segundo Daniel Sarmento,¹⁰ o advento do movimento neoconstitucionalista implica as seguintes mudanças rupturais: a) reconhecimento da normatividade dos princípios e sua implementação na aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e adoção de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, teorias da argumentação etc.; c) irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente direitos fundamentais, sob todo o ordenamento; d) reaproximação entre Direito e moral; e) judicialização da política e das relações sociais, com o Judiciário ganhando cada vez mais protagonismo nas relações institucionais.

⁸ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Orgs.). *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 159.

⁹ MACIEL, Daniela; KOERNER, Andrei. Sentidos de judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 6 abr. 2018. p. 130-131.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. Disponível em <<http://direitoobjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 12 jul. 2017. p. 1.

Ingeborg Maus¹¹ tece contundentes críticas ao modo com que o Tribunal Federal Constitucional Alemão tem aproveitado a abertura semântica de dispositivos constitucionais para implementar uma ordem moral própria, agindo como uma figura paterna para a “sociedade órfã” – críticas que se ajustariam perfeitamente às práticas do STF. Segundo a autora, no sopesamento de valores realizado pelo Tribunal, é comum o recurso argumentativo a critérios extrajurídicos que não encontram nenhum apoio no texto constitucional. Por essa via, é possibilitado ao Judiciário impor uma agenda política e moral ilegítima.

Um indício da problemática acima delineada é encontrado no pensamento de Barroso,¹² ministro da Corte, para quem o STF deve exercer o papel de “vanguarda iluminista” ou “agente da história”. Essa asserção representa uma visão condescendente em relação ao povo, que tem sua capacidade de autodeterminação desprezada em prol de uma pretensa superioridade intelectual da elite de julgadores. Nessa seara, há quem entenda que uma das causas da judicialização da política seria uma autopercepção dos magistrados como elite intelectual.¹³

Com a evolução da judicialização da política, exponencia-se o desrespeito à democracia e à soberania popular. Em detrimento da lei e de todo seu significado político, institui-se um governo de sábios, no sentido platônico, composto por juízes sem legitimidade para comandar um povo. Nesse sentido, Tate e Vallinder¹⁴ afirmam:

The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. (...) They are much more concerned about the implication of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes to effective, responsive administration.

Por outro lado, o forte debate intelectual europeu sobre o controle da constitucionalidade enfrentava toda sorte de argumento. Desde a promulgação da

¹¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202. 11/2000. p. 20.

¹² BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *Os Constitucionalistas*. 5 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do Judiciário e suas implicações*, cit., p. 56.

¹⁴ TATE, C. Neal et al. *O The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*, cit., p. 527.

Constituição de Weimar, a intelectualidade germânica da ciência política e do constitucionalismo debatia sobre um novo tipo de tribunal que exercesse uma jurisdição política, que praticasse uma forma de controle da constitucionalidade sobre a política. Um dos mais importantes produtos deste debate deu-se no Colóquio de Viena de 1928 (*Wiener Tagung*), cujo tema foi a “Essência e Desenvolvimento da Jurisdição do Estado”.¹⁵ De um lado, teóricos do Estado, como Heinrich Triepel, condenavam a possibilidade de uma jurisdição constitucional por seu “caráter verdadeiramente político”; Hans Kelsen e Adolf Merkel compreendiam a necessidade de competências constitucionais definidas para o necessário exercício desta jurisdição. Outro expressivo resultado deste debate materializa-se pela publicação de *O guardião da constituição* (*Der Hüter der Verfassung*), de Carl Schmitt, em 1929; e a resposta de Hans Kelsen a este escrito, em 1930-31: “Quem deve ser o Guardião da Constituição” (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*). Em todo caso, no ano de 1932, não era a discussão sobre controle político de atos de governo estranha ao constitucionalismo germânico. Este debate chegou mesmo a caracterizar não somente o Direito Constitucional na Alemanha como também a Teoria do Estado de Weimar, e de forma “violenta” (*heftig*).¹⁶

A transferência de poder decisório da arena dos poderes políticos para o Judiciário tem como consequência, portanto, a análise da necessidade da decisão política, e daqui decorre o decisionismo político do Executivo, que Schmitt defenderá ardorosamente, como representante mais significativo do pensamento autoritário conservador de Weimar. Para Schmitt, na incapacidade de o Legislativo e o Judiciário tomarem decisões que garantam a estatalidade (*Staatlichkeit*), restaria ao Executivo, na pessoa do Presidente do *Reich* (*Reichspräsident*), a efetivação desta mesma estatalidade. Por isso, é que, para Schmitt,¹⁷ a garantia da existência do poder do Estado e de sua ação deveria decorrer de um “poder central” (*Zentralgewalt*), em que repousaria a autoridade sobre a guarda da constituição, de forma eficaz e rápida, jamais sobre um tribunal ou sobre o Legislativo. Evidente que a crítica de Schmitt percorre itinerário autoritário, mas é também reveladora da desconfiança e dos riscos de a decisão política ficar nas mãos de tribunais.

Outra dimensão da atuação política pelo Judiciário, ligada à judicialização da política,¹⁸ consiste na instauração de uma justiça política. Por esse termo,

¹⁵ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*. Dritter Band. München: Verlag C.H. Beck, 1999. p. 117.

¹⁶ KOENEN, Andreas. *Der Fall Carl Schmitt: sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995. p. 122.

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 76.

¹⁸ O risco de o Judiciário ir em direção a uma politização da justiça é incrementado pelo aumento do ativismo judicial. Esse é o entendimento em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações, cit., p. 16: “o ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização

quer-se referir ao exercício desigual da jurisdição, ao longo do tempo, em relação a atores políticos filiados a diferentes correntes político-partidárias. Configura-se, assim, numa incoerência politizada quanto ao resultado das decisões prolatadas pelos juízes.

Sobre a justiça política, pode-se dizer que, nessa situação, o Judiciário atua como arma política de uma corrente ideológica em desfavor de seus opositores. Advertindo sobre os efeitos negativos da politização da justiça, Neumann¹⁹ declara:

When it becomes “political”, justice breeds hatred and despair among those it singles out for attack. Those whom it favors, on the other hand, develop a profound contempt for the very value of justice; they know that it can be purchased by the powerful. As a device for strengthening one political group at the expense of others, for eliminating enemies and assisting political allies, law then threatens the fundamental convictions upon which the tradition of our civilization rests.

Segundo Kirchheimer,²⁰ a finalidade da justiça política é alargar a área de ação política utilizando-se dos tribunais em favor de objetivos políticos, concretizando-se pela submissão ao escrutínio das cortes de ações de indivíduos e de coletividades. Os responsáveis por essa politização do Judiciário, ou seja, o grupo no poder, buscam, com isso, fortalecer suas próprias posições e enfraquecer a de seus adversários.

A JUSTIÇA POLÍTICA CONSERVADORA DURANTE A REPÚBLICA DE WEIMAR

A República de Weimar, estabelecida em 1918 por esforços revolucionários, foi o primeiro governo democrático da história alemã, tendo sobrevivido até a ascensão de Hitler, em 30 de janeiro de 1933. Apesar de ter passado por um período de relativa estabilidade, durante os anos de 1924 a 1929, o *Reich* sofreu uma série de tentativas de tomada do poder, tanto de autoria de movimentos da esquerda quanto da direita.

dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso. O risco de tal partidarização é ainda agravado, se tem o partido detentor do poder meios de afeiçoar à sua linha órgãos fundamentais da estrutura governamental”. Assim, não é absurdo afirmar que o estabelecimento de uma justiça política é facilitado pelos avanços do ativismo judicial e da judicialização da política.

¹⁹ NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 21.

²⁰ KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. New Jersey: Princeton University Press, 1961. p. 419.

Elaborada num “contexto político cujo equilíbrio era precário e instável”,²¹ Weimar procurou construir um mínimo consenso possível numa sociedade e num Estado que não conheciam democracia, como era a Alemanha guilhermina. Não bastasse este conjunto desfavorável para a Alemanha, a democracia que viria com Weimar traduzia derrota e humilhação. A sociedade que se reivindicava científica, cultural e tecnologicamente herdeira do Renascimento italiano durante a *Belle Époque* achava-se numa situação econômica e política desfavorável, imposta por adversários – França e Inglaterra – que julgavam inferiores.

A democracia não encontrava muitas chances com Weimar. Dentre os principais opositores da intelectualidade jurídica de Weimar estava Carl Schmitt,²² para quem a Constituição “não continha nenhuma decisão”, o que levaria ao seu fracasso, tarefa a que seguramente Schmitt dedicou boa parte de sua produção científica.

Resultado de uma revolução ocorrida em grande parte por conta da derrota na Primeira Guerra e das pesadas sanções impostas pelas negociações de paz,²³ a Constituição de Weimar abolia a monarquia constitucional até então vigente, pondo em seu lugar uma república parlamentarista. Hugo Preuss, o principal proponente da Constituição de Weimar, por influência de Max Weber, propôs que, como contrapeso à importância dos parlamentares, fosse instituído um Presidente eleito democraticamente e com amplos poderes, incluindo as prerrogativas de dissolver o Parlamento e de suspender a aplicação da Constituição, com base no seu art. 48.²⁴

Franz Neumann²⁵ afirma que, em Weimar, o Judiciário esteve no centro da contrarrevolução, e que a perversão da justiça para fins políticos esteve ligada ao aumento do poder dos juízes, ano após ano. Neumann realiza uma comparação entre o resultado dos julgamentos dos responsáveis pelo golpe que estabeleceu a República Soviética da Bavária (esquerda revolucionária) e de indivíduos envolvidos no *Kapp Putsch* (um golpe da direita imperialista).

Em 7 de novembro de 1918, Kurt Eisner liderou um movimento revolucionário, incluindo membros dos partidos da esquerda SPD e USPD, que tomou a cidade de Munique, proclamando a queda da dinastia Wittelsbach e o

²¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 26.

²² SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Achte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 28.

²³ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P. S. Falla e R. J. Park. 2nd ed. New York: Routledge, 2005. p. 21.

²⁴ KITCHEN, Martin. *A history of modern Germany: 1800 to the present*. 2nd ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2012. p. 201.

²⁵ NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*, cit., p. 21.

estabelecimento da República Soviética da Bavária.²⁶ Segundo Mitchell,²⁷ a revolução bavariana não pode ser considerada uma mudança fortuita, mas, sim, uma liberação de longas tensões sociais geradas: pela transição incompleta para o parlamentarismo, pela frustração com a reforma constitucional, pelo atrito das condições sociais em transformação, pela antipatia popular pela hegemonia militar e econômica da Prússia, e, acima de tudo, por uma demanda urgente por paz, haja vista que a Primeira Guerra Mundial ainda não estava terminada.

A República Soviética da Bavária teve seu fim em maio de 1919, após uma guerra civil entre o exército revolucionário e a *Freikorps*, um grupo de mercenários que reprimia diversos movimentos de esquerda. Mesmo após a resistência bavariana rapidamente desmontar, alguns dos mercenários quebraram a formação com o intuito de “limpar meticulosamente” a cidade de Munique. A brutalidade dos invasores prolongou-se esporadicamente por alguns dias, inclusive com a execução sumária de prisioneiros políticos e de civis que erroneamente foram considerados soldados.²⁸

Após a queda da República Soviética da Bavária, os tribunais prolataram as seguintes sentenças: 407 pessoas foram condenadas ao aprisionamento num forte, 1737 foram enviadas à prisão, e 65 indivíduos foram submetidos ao aprisionamento com trabalho forçado. Qualquer um que tivesse tido uma simples conexão com o malsucedido golpe da esquerda foi sentenciado.²⁹ Quanto à tentativa de golpe levada a cabo pela direita, a resposta judicial se deu noutra direção.

Em março de 1920, o governo alemão dos sociais-democratas compreendeu o plano para sua deposição. As mentes do golpe eram Wolfgang Kapp (daí o nome *Kapp Putsch*) e o capitão Waldemar Pabst, tendo suporte militar fornecido pelo Barão von Lüttwitz, o general comandante do exército em Berlim, e pelo Capitão Hermann Ehrhardt, líder dos *Freikorps*. As tropas adentraram Berlim adornando suásticas (que já eram usadas por nacionalistas extremistas e antisemitas) em 13 de março, levando à fuga para Dresden do então Presidente Friedrich Ebert e do gabinete de Gustav Bauer. Com o prolongamento do golpe, o governo teve que fugir novamente para Stuttgart. Percebendo a gravidade do momento, uma gigantesca greve, protagonizada pelos sindicatos de nítida influência dos sociais-democratas e comunistas, fez com que o *Kapp Putsch* fosse derrotado, quando o governo retornou para Berlim. O golpe não obteve duradouro sucesso, tendo

²⁶ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, cit., p. 9.

²⁷ MITCHELL, Allan. *Revolution in Bavaria 1918-1919: the Eisner regime and the Soviet Republic*. New Jersey: Princeton University Press, 1965. p. 33.

²⁸ MITCHELL, Allan. *Revolution in Bavaria 1918-1919: the Eisner regime and the Soviet Republic*, cit., p. 330-331.

²⁹ NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*, cit., p. 21.

os seus líderes cedido após quatro dias, também devido à resistência da burocracia ministerial em reconhecer legitimidade aos militares golpistas.³⁰

Quinze meses após o *Kapp Putsch*, o Ministro da Justiça do *Reich* declarou oficialmente, em 21 de maio de 1921, que 705 acusações de alta traição foram examinadas. Delas, 108 se tornaram obsoletas em virtude da morte do réu ou de outras razões, 174 não foram levadas adiante, 11 foram inconclusas e 412 foram julgadas pelas Cortes como prejudicadas pela Lei de Anistia de 4 de agosto, embora essa lei expressamente excluísse de seu alcance os líderes dos movimentos golpistas. Nenhum envolvido foi punido.³¹

A parcialidade político-ideológica do Judiciário alemão durante a república de Weimar, tal como visto acima, não é um fato desconhecido. Nesse sentido, vale a constatação de Kolb:³²

The verdict in the Erzberger case was not the first, but a particularly striking example of a long series of judgements that have made the “political justice” of the Weimar Republic distressingly famous. Many judges, whose political and social attitudes were stamped with the values and conservative ideology of imperial time, questioned the legitimacy of the new order. Protected by the privilege of irremovability, which the revolutionary government left unchallenged and which was then enshrined in the new constitution, they handed down many judgements which openly expressed their aversion to the Republic and its loyal supporters. In this way the judiciary bears a large share for the collapse of the Republic...

No mesmo sentido, analisando o tratamento das anistias políticas pelo Judiciário em Weimar, Otto Kirchheimer³³ realiza uma leitura que revela a atuação política das cortes e juízes germânicos. Vale a transcrição de suas palavras:

But there was a further problem, quasi-built into the whole judicial system, which made agreement on terms and formulations of amnesties especially difficult. It was by then well known that prosecuting agencies and courts contained many partisans who measured left and right with different yard-sticks. It was certain in advance that leftists brought to book for homicide and qualified assault committed in open battle with army and police would be convicted. It was also known that few of the rightist ring leaders of the coup d'état, though explicitly excluded from the terms of the amnesty, would ever be caught or, if caught, convicted.

³⁰ KITCHEN, Martin. *A history of modern Germany: 1800 to the present*, cit., p. 202.

³¹ NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*, cit., p. 21-22.

³² KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, cit., p. 37.

³³ KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*, cit., p. 412.

Levando em conta a análise aqui empreendida, é possível afirmar que, durante a República de Weimar, o Judiciário alemão serviu como arma política de movimentos da direita descontentes com a queda do Império Germânico. É possível verificar uma sistêmica leniência no julgamento de processos criminais contra indivíduos envolvidos em mobilizações reacionárias, quando se leva em consideração a severidade punitiva dispensada aos revolucionários da República Soviética da Bavária. O quadro histórico examinado, portanto, demonstra um comportamento ideologicamente tendencioso por parte dos juizes e tribunais alemães da época, o que permite afirmar que, durante a República de Weimar, imperou uma justiça política.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUSTIÇA POLÍTICA NO BRASIL: ANÁLISE DE RECENTES DECISÕES (2015-2017)

Neumann³⁴ afirma que o Direito talvez seja a mais perniciosa de todas as armas em lutas políticas, exatamente por conta da aura que circunda os conceitos do correto e do justo. Ademais, adverte que as possibilidades de perversão da Justiça por fins políticos estão presentes em todos os sistemas jurídicos. Portanto, qualquer indício de atuação politicamente enviesada por parte do Judiciário, especialmente quando se trata da Corte no ápice da hierarquia judicial, deve ser percebida com seriedade.

Quatro decisões recentes do STF, tomadas entre o final de 2015 e meados de 2017, cujos principais envolvidos são pessoas atuantes no cenário político brasileiro contemporâneo, podem ser demonstrativas do momento que se vive no Brasil. Dois dos julgamentos consistem na análise de pedidos de prisão preventiva, de autoria do Procurador-Geral da República, contra dois Senadores da República, no exercício de seus respectivos mandatos, e os outros dois dizem respeito à nomeação de indivíduos alvos de investigações criminais para o cargo de Ministro de Estado, dotando-os de foro por prerrogativa de função. Trata-se de decisões tomadas no contexto da Operação Lava Jato, a realizar investigações de crimes de corrupção supostamente praticados por ocupantes ou ex-ocupantes de cargos políticos no topo da hierarquia dos Poderes da República.

A Ação Cautelar 4039-DF teve como requerente o Procurador-Geral da República e nela foi requerida a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral (Senador do Partido dos Trabalhadores (PT) pelo Estado do Mato Grosso do Sul, e Líder do PT no Senado Federal), dentre outros indivíduos, e, subsidiariamente, o seu afastamento do exercício do mandato eletivo. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), o Senador Delcídio teria atuado ativamente “para

³⁴ NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*, cit., p. 20-21.

dissuadir Nestor Cerveró de firmar acordo de colaboração com o Ministério Público Federal ou, quando menos, para evitar que ele o delatasse e a André Esteves, controlador do Banco BTG³⁵. Para tanto, segundo o Procurador-Geral da República, o Senador teria oferecido uma quantia mensal de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além de oferecer uma intercessão perante ministros do STF a fim de libertar Nestor Cerveró de seu aprisionamento. Tais alegações estariam corroboradas por gravações ambientais realizadas pelo filho de Nestor Cerveró, as quais incriminariam o Senador Delcídio.

O Relator da ação, Ministro Teori Zavascki, em julgamento ocorrido em 24 de novembro de 2015, entendeu que estavam presentes indícios robustos da materialidade da prática delitiva que autorizariam a decretação da prisão cautelar. Ademais, compreendeu que também se encontrava satisfeito o requisito do art. 312 do Código de Processo Penal, que prevê as hipóteses excepcionais de aplicação da preventiva. Nas palavras do Ministro:

Nesta seara, está nitidamente demonstrada necessidade de garantir a instrução criminal, as investigações e a higidez de eventuais ações penais vindouras, tendo em vista a concreta ocorrência e a possibilidade de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que realmente autorizam a decretação da custódia cautelar, nos termos da jurisprudência desta Corte³⁶ (...)

Assim, presente a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo (cooptação de colaborador, tentativa de obstrução de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos [...], ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não há outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva³⁷.

Com essa fundamentação, o Relator, Min. Teori Zavascki, decretou a prisão do Senador Delcídio do Amaral.

Posteriormente, essa decisão monocrática foi referendada pela Segunda Turma do STF, em 25 de novembro de 2015. No mesmo dia, o Senado Federal concordou com o STF: 59 Senadores autorizaram a prisão do Senador, contra o

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.039-DF*. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 24/11/2015. Não foi publicada no DJE (segredo de justiça). Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-prender-delcidio.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2017. P. 182.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.039-DF*, cit., p. 195.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.039-DF*, cit., p. 198.

voto de 13 que discordaram da decisão do STF. O impacto da repercussão da notícia foi determinante para tal fato. Não havia precedentes no constitucionalismo brasileiro de prisão de Senador da República no pleno exercício de seu mandato. Com poucas vozes contrárias à decisão do STF, como a do criminalista e ex-Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) José Roberto Batochio, praticamente inexistia qualquer chance de o Senado Federal rever a decisão do STF em desfavor do Senador Delcídio do Amaral:

Para Batochio, senador só poderia ser preso se fosse pego oferecendo dinheiro. “**Flagrante perpétuo**”. Batochio, que redigiu a Emenda Constitucional 35/2001, a qual alterou a redação do artigo 53 da Constituição, discorda do entendimento de Teori e de seus colegas de STF sobre o flagrante permanente: “Trata-se de um conceito tão abstrato, tão fluido, tão aberto, que bastaria dizer então que numa determinada situação operada por duas ou quatro pessoas existe situação de flagrante permanente e perpétua a todos”, afirmou ao *Brasil 247*. A seu ver, “a justiça está inovando”. O criminalista explicou que o caso de Delcídio só poderia ser considerado flagrante se o senador tivesse sido pego oferecendo dinheiro e sugerindo a rota de fuga ao ex-diretor da Petrobras Nestor Cerveró, conforme a Polícia Federal acusa que fez. Para o ex-presidente da OAB, as gravações de uma conversa entre o petista, o banqueiro André Esteves, do BTG Pactual, e o filho de Cerveró, Bernardo, não permitem que se conclua que a consumação do crime de organização criminosa estivesse ocorrendo no presente. “Ela não alonga a ação de nenhum agente no tempo [para ser considerado crime permanente]. Como é que se prova que a voz é de quem se afirma ser senão depois de uma perícia, uma análise técnica? Dizer que um gravador pode mudar a natureza de um crime instantâneo para um crime permanente é realmente forçar muito a situação”, criticou.³⁸

A pressão midiática sobre o caso empurrou o Senado Federal para a decisão, que restou aplaudida pela maioria dos meios de comunicação e de setores da OAB, como pelo Presidente do Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, Marcelo da Costa³⁹, em nota pública:

O Brasil, mais uma vez, dá um exemplo incontestável do funcionamento de suas instituições. A prisão de um senador da República, em plena vigência do mandato, não significou corrosão institucional nem mesmo

³⁸ CONSULTOR JURÍDICO. Constituição não permite prisão processual para parlamentar, afirma Roberto Batochio. *Consultor jurídico*. 25 nov. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-25/autor-regra-tema-batochio-ataca-prisao-deldicio>>. Acesso em: 21 out. 2017.

³⁹ COSTA, Marcelo. Em nota, OAB de São Paulo comemora prisão de senador do PT. *Consultor Jurídico*. 26 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/nota-oab-sao-paulo-comemora-prisao-senador-pt>>. Acesso em: 21 out. 2017.

gerou tensões insuperáveis entre os Poderes da República. O STF, do alto de suas funções constitucionais e, em atendimento a ação do Ministério Público Federal, ordenou a detenção de um líder do Parlamento, expressando interpretação elástica do conceito de flagrância, pela qual um ato contínuo de obstrução de investigação é motivo para detenção de pessoas com foro privilegiado. O Senado da República, por sua vez, também cumprindo seu dever constitucional, realiza votação em torno da decisão emanada pelo Supremo. E, na demonstração de que mantém estreita sintonia com o espírito social, decide fazer uma votação em aberto. Desta forma, o Senado Federal também deu exemplo de funcionamento eficaz e republicano, evitando confronto com a mais alta Corte do país.

Após o caso do Senador Delcídio do Amaral, outro Senador da República viu-se envolvido no mesmo tipo de situação. A Ação Cautelar 4327-DF, de requerimento do Procurador-Geral da República, teve por objeto a decretação da prisão preventiva do Senador Aécio Neves, do Partido da Social Democracia Brasileira de Minas Gerais (PSDB-MG), por seu suposto envolvimento em crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, constituição e participação em organização criminosa e obstrução à investigação de organização criminosa. O pedido do Procurador-Geral da República sustentou-se na delação premiada de Joesley Batista, dono do frigorífico JBS, além de gravação que contém o Senador Aécio pedindo ao delator a quantia de 2 milhões de reais para pagar seus custos com advogados.⁴⁰ Ademais, de acordo com o Procurador-Geral, o Senador Aécio empenhou-se em obstruir a investigação efetuada pela Operação Lava Jato. Para tanto, intentou substituir o Ministro da Justiça e aprovar diplomas legislativos que o livrassem da persecução criminal, tais como a anistia ao caixa dois eleitoral e a tipificação do abuso de autoridade.⁴¹ Nas gravações ambientais, também é possível ouvir o ex-candidato à Presidência aventando a possibilidade de assasinar um intermediário, seu primo, caso ele resolvesse delatá-lo.⁴²

Nessa ação, o Relator, Min. Edson Fachin, em 17 de maio de 2017, entendeu que estavam presentes requisitos para a imposição de medidas cautelares alternativas, mas não determinou a prisão preventiva do Senador, em que pese a

⁴⁰ CONSULTOR JURÍDICO. Fachin afasta Aécio e Loures; pedidos de prisão preventiva foram negados. *Consultor Jurídico*. 18 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-18/fachin-afasta-aecio-deputado-pedidos-prisao-plenario>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁴¹ FOLHA. Ministro do STF devolve mandato de Aécio e nega prisão do senador. 4 abr. 2017. *Folha*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1897359-ministro-do-stf-devolve-mandato-de-aecio-no-senado-e-nega-prisao-do-senador.shtml>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁴² G1. Dono da JBS gravou Aécio Neves pedindo R\$ 2 milhões, diz jornal; senador nega. 17 maio 2017. *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/dono-da-jbs-gravou-aecio-neves-pedindo-r-2-milhoes-diz-jornal.ghtml>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

semelhança com o caso do Senador Delcídio do Amaral. Impôs, então, ao Senador da República pelo PSDB, a suspensão do exercício de funções parlamentares ou de qualquer outra função pública, a proibição de contatar outro investigado ou réu no processo e a de ausentar-se do País, com entrega do passaporte.

Após trâmite processual, a ação chegou ao Min. Marco Aurélio sob a forma de Agravo Regimental dentro da Ação Cautelar (4327-DF), tendo ele decidido na ocasião pela reversão das restrições impostas ao Senador Aécio Neves, determinando o seu imediato retorno ao mandato de Senador da República. Em sua decisão, afirmou:

O processo não revela quadro favorável à imposição de medida acauteladora, muito menos de afastamento do exercício do múnus parlamentar. [...] É impróprio potencializar a capacidade de interferência de Senador na organização de outro Poder, ao qual cumpre, de forma independente, a nomeação de Ministro. [...] É dizer: eventual ingerência do agravante na atuação do Executivo seria meramente reflexa, com nexos causal remoto, incapaz de constituir obstrução real a investigação (pp. 11-12). No tocante ao recolhimento do passaporte, surgem ausentes elementos concretos acerca do risco de abandono do País, no que saltam aos olhos fortes elos com o Brasil. O agravante é brasileiro nato, chefe de família, com carreira política elogiável – Deputado Federal por quatro vezes, ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Governador de Minas Gerais em dois mandatos consecutivos, o segundo colocado nas eleições à Presidência da República de 2014 – ditas fraudadas – com 34.897.211 votos em primeiro turno e 51.041.155 no segundo, e hoje continua sendo, em que pese a liminar implementada, Senador da República. [...] **A todos os títulos, há de prevalecer a autocontenção judicial, virtude essencial sobretudo em tempos estranhos.** [...] Em síntese, o afastamento, em liminar, sem a existência sequer de processocrime contra o parlamentar, do exercício do mandato é incabível, valendo notar que, no âmbito da Casa Legislativa, do Senado, há de ser resolvida a questão⁴³ (Grifo nosso).

Constata-se, portanto, que, em situações semelhantes, o resultado do julgamento do STF tem sido divergente, dependendo da filiação partidária do político envolvido. Em ambos os casos havia indícios da intenção de obstruir uma investigação criminal, corroborados, inclusive, por gravações ambientais. Contudo, somente em um deles, o que concernia ao Senador Delcídio do Amaral,

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 4.327-DF*. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30/06/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Ainda sem publicação no *DJE* (segredo de justiça). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/aecio-neves-voltar-senado-determina.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017. p. 13.

afiliado ao PT, a decisão do STF foi no sentido de determinar o recolhimento prisional. No caso do Senador Aécio Neves, do PSDB, o Ministro Relator desconsiderou a necessidade de prisão preventiva e, em momento posterior, foram revertidas todas as cautelares impostas, inclusive o seu afastamento do exercício das funções parlamentares.

Mas o que chama a atenção, além da nítida diferença de tratamento entre um e outro Senador tanto pelo Senado Federal quanto pelo STF? No caso de Delcídio do Amaral, simplesmente inexistiu questionamento sobre a possibilidade de o afastamento de um Senador da República dar-se apenas por força de decisão do STF. Para o caso do Senador Aécio Neves, este questionamento veio à tona, e sua repercussão política nos meios de comunicação foi intensa. No dia 11 de outubro de 2017, o STF entendeu então que sua decisão de afastar Senador da República no exercício do mandato deveria ser apreciada pelo Senado Federal, o que não se deu no caso do Senador Delcídio do Amaral. Caso o Senado Federal expresse outro entendimento distinto daquele do STF, prevalecerá aquele do Senado Federal. A decisão do STF, nos termos do acórdão vencedor, afirma que:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilita, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes.⁴⁴

No dia 17 de outubro de 2017, por 44 votos a 26, o Senado Federal discordou do entendimento do STF, o que tornou possível o retorno do Senador Aécio Neves ao pleno exercício de seu mandato, suspendendo, ainda, as medidas coercitivas do art. 319 do Código de Processo Penal, como a reclusão noturna, a proibição de contatar os demais investigados e a vedação de ausentar-se do país.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526*. Relator Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 11/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=238&dataPublicacaoDj=19/10/2017&incidente=4982736&codCapitulo=2&numMateria=30&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2017. p. 1.

Outra comparação parece oportuna relativamente ao julgamento, pelo STF, da nomeação do ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva à posição de Ministro-chefe da Casa Civil realizada pela então Presidente Dilma Rousseff (PT), e a decisão relativa à nomeação de Moreira Franco ao cargo de Ministro-chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República pelo Presidente Michel Temer (PMDB). Como se sabe, o então Vice-presidente de Dilma Rousseff, Michel Temer, foi incansável para que o *impeachment* da Presidente a destituísse do cargo, já que era ele o primeiro na linha sucessória. Entre os explícitos apoios aos planos de Michel Temer, figurava abertamente o do Ministro Gilmar Mendes, do STF.

No julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070-DF, no dia 18 de março de 2016, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), o Relator, Ministro Gilmar Mendes, considerou que a nomeação do ex-Presidente Lula como Ministro de Estado, realizado pela então Presidente Dilma Rousseff, foi levada a efeito com o objetivo de impedir o avanço da persecução criminal sobre ele, transferindo a competência dos juízos criminais de 1ª instância para o STF. Levou em conta, para tanto, interceptações telefônicas de conversas entre os dois e afirmou que:

É notório que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva era pessoa de interesse em duas grandes investigações relativas a fatos ocorridos no seu governo: Operações Zelotes e Operação Lava Jato. Em 4.3.2016, medidas ostensivas no âmbito da Operação Lava Jato revelaram que o ex-Presidente estava sob investigação. [...] Ou seja, pairava cenário que indicava que, nos próximos desdobramentos, o ex-Presidente poderia ser implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente. **A assunção de cargo de Ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar essas consequências**⁴⁵ (Grifo nosso).

Com base nessa fundamentação, portanto, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro-chefe da Casa Civil. Em uma ocasião posterior, após o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, entretanto, o STF decidiu de maneira contrária, mesmo estando diante de caso equiparável ao acima descrito.

O Partido Rede Sustentabilidade impetrou Mandado de Segurança com Medida Cautelar (34.609), tendo por pretensão a sustação de decreto presidencial, de autoria do Presidente Michel Temer, que nomeou Wellington Moreira Franco ao cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.070-DF*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 18/03/2016. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. DJE n. 54, divulgado em 22/03/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308995627&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017. p. 23-24.

República. Segundo o impetrante, tal nomeação teria ocorrido com o intuito de impedir os regulares desenvolvimentos da investigação criminal, no âmbito da Operação Lava Jato, sobre atos de corrupção supostamente cometidos por Moreira Franco. Ainda segundo o Partido Rede Sustentabilidade, a intenção de obstruir a justiça ficaria ainda mais clara pelo fato de dito Ministério ter sido criado quatro dias após a homologação de delações premiadas do caso da Construtora Odebrecht que incriminavam Moreira Franco.⁴⁶

Em sua decisão, tomada no dia 14 de fevereiro de 2017, o Relator, Min. Celso de Mello, entendeu que a mera condição de investigado de alguém nomeado para o cargo de Ministro de Estado não tem o condão de, por si só, configurar desvio de finalidade do ato administrativo nomeador, e que as provas trazidas pelo impetrante não obtiveram êxito em comprovar a intenção fraudulenta por parte do Presidente da República Michel Temer. Ademais, afirmou que a transferência da competência de um juízo de primeiro grau para o STF não implica qualquer vantagem para o investigado, razão pela qual não faria sentido arguir a ocorrência de qualquer desvio de finalidade no ato de nomeação. Em suas palavras:

(...) a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro *ratione muneris*, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.⁴⁷

A partir dessa *ratio decidendi*, o Ministro Celso de Mello indeferiu o pedido feito pelo impetrante, mantendo a nomeação realizada pelo Presidente Michel Temer. Portanto, em que pese Wellington Moreira Franco ser investigado pela prática de crimes de corrupção no âmbito da Lava Jato,⁴⁸ o tratamento conferido pelo STF ao ato de sua nomeação foi completamente diverso daquele dispensado ao ato que nomeava o ex-Presidente Lula.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609-DF*. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/02/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 31, divulgado em 15/02/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311226749&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017. p. 1-2.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609-DF*, cit., p. 17.

⁴⁸ G1. Delação da Odebrecht: Moreira Franco é suspeito de pedir propina para a campanha eleitoral de 2014. 11 abr. 2017. *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/delacao-da-odebrecht-moreira-franco-e-acusado-de-pedir-propina-para-campanha-eleitoral-de-2014.ghtml>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Ao julgar causas envolvendo atores políticos filiados ao PT, a Corte Suprema adota postura ativista, além dos limites constitucionais, para determinar a prisão de um Senador da República e anular a nomeação de um Ministro de Estado. Quando as mesmas situações fáticas têm como envolvidos políticos do PSDB e PMDB, surge a preocupação com a necessidade de contenção judicial e uma maior exigência de provas.

A partir da classificação feita por Kirchheimer⁴⁹ das possíveis motivações para a intervenção judicial na política, pode-se concluir que a atuação do STF se enquadra na espécie de “por questões de conveniência”. Tratando desse tipo de atuação judicial partidarizada, afirma o autor que ocorre quando um regime deseja ganhar, estabilizar ou destruir posições políticas, com a utilização de julgamentos políticos para manipular negativamente a percepção do público. Mais importante do que as sanções concretas impostas aos adversários políticos é o efeito psicológico gerado na opinião pública e nos outros partidos. Dessa maneira, o grupo no poder busca influenciar a configuração da ação política futura em desfavor de seus opositores.⁵⁰

É possível ver que o STF atuou, nos casos examinados, de modo a corresponder às expectativas do movimento político que levou ao *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. Não se tem verificado atuação politicamente isenta do STF: há uma tendência de severidade em relação ao PT e maior tolerância com PMDB e PSDB. Razões para que se conclua pela ocorrência da justiça política não faltam.

Pode ser objetado que essa incoerência seria fruto da diferença de percepção entre os Ministros, haja vista que os julgamentos se deram sob a roupagem de decisão monocrática. Essa observação, entretanto, em nada afeta a argumentação desenvolvida neste trabalho. O fato de que o STF, considerado em seu conjunto, tem dado respostas incoerentes aos casos concretos ligados a políticos de diferentes afiliações partidárias demonstra que tal órgão judiciário é responsável pelo quadro de politização judicial, independentemente de as decisões provirem de uma decisão colegiada ou monocrática.

O crescente protagonismo das decisões monocráticas na resolução de questões institucionais de peso é, sem dúvidas, um dos pontos passíveis de crítica no comportamento atual do STF. Conrado Hübner Mendes⁵¹ afirma que o desgoverno procedimental do Supremo deve-se ao fato de que seus Ministros podem,

⁴⁹ KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*, cit., p. 419.

⁵⁰ KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*, cit., p. 422.

⁵¹ FOLHA. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. 28 jan. 2018. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 1º mar. 2018.

se quiserem, impedir a decisão de uma causa (com pedidos de vista), ou decidir liminarmente de acordo com seu juízo de oportunidade, sujeitando todo o tribunal. Nas palavras do autor, “[o STF] tornou-se um tribunal de 11 bocas e 11 canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões (ou não decisões) que geram efeitos irreversíveis”.

Em resposta às críticas de Mendes, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso⁵² chega a reconhecer que a corte passa por um processo de “monocratização”, apontando como sua causa a enorme carga de processos que chega à cúpula do judiciário, o que impediria que todos fossem julgados no plenário. Segundo ele, algumas das soluções para esse problema passariam, dentre outras medidas, pela diminuição do número de Recursos Extraordinários admitidos anualmente e um acordo de cavalheiros entre os julgadores, no sentido de não decidirem questões institucionalmente relevantes na forma monocrática.

De fato, é preocupante que pautas de grande relevância para o Estado brasileiro sejam decididas por um único indivíduo sem legitimidade democrática, em que pese compor o órgão judicial máximo do país.⁵³ Ainda mais quando se verifica que esse fenômeno crescente de “monocratização” pode estar contribuindo para a politização da jurisdição do STF explorada neste artigo.

Não se ignora, do mesmo modo, que é impossível obter neutralidade plena dos julgadores. Cada juiz possui experiências de vida e convicções diversas. Não há como afastá-las completamente no momento de julgar. O que se recomenda, numa perspectiva republicana, não é que magistrados sejam neutros, já que tal posição é impossível. O que se exige é que sejam imparciais e, nesta condição, enviem claras e inequívocas mensagens à sociedade por meio de seus votos e decisões. Onde reside a autoridade de qualquer órgão do Poder Judiciário? No respeito às decisões, na certeza de que foram tomadas de maneira imparcial e que a aplicação de hoje será também a de amanhã.

CONCLUSÃO

A judicialização da política e a justiça política são noções que devem ser distinguidas. Esta pesquisa foi movida pela preocupação de que a politização da justiça representa um problema considerável para as democracias contemporâneas, especialmente no Brasil, haja vista a juventude da democracia brasileira.

⁵² FOLHA. “Operação Abafa” tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. 23 fev. 2018. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

⁵³ Embora o desvendamento das causas dessa “monocratização” não caiba no propósito do presente trabalho, pode-se imaginar que a forma de indicação, eminentemente política, dos ministros da Corte tenha alguma influência nisso.

Entendeu-se que a exposição dos acontecimentos de Weimar poderia lançar luzes sobre a nova perspectiva de compreensão das formas de atuação política do Judiciário. Após pesquisa bibliográfica do comportamento dos juízes e cortes alemãs nessa fase histórica, reconheceu-se o funcionamento de uma justiça política, que julgava com benevolência movimentos políticos reacionários, enquanto aos envolvidos em atividades políticas da esquerda e centro-esquerda foram impostas penas criminais severas.

Examinando-se decisões recentes do STF, referentes à possibilidade de decretação de prisão preventiva contra Senadores da República e à nomeação de investigados criminalmente para o cargo de Ministro de Estado, concluiu-se que houve uma incoerência nos julgamentos, tendo o resultado variado de acordo com a filiação partidária dos envolvidos. Mesmo diante de situações fáticas equivalentes, como visto, o STF decidiu favoravelmente a membros do grupo político que assumiu o poder – PMDB e PSDB – após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, e contrariamente a filiados ao PT, situado atualmente na oposição. Com base nisso, pode-se concluir que a instauração de uma justiça política não possui somente a forma já conhecida dos tempos de Weimar. A justiça política também pode ocorrer entre nós, em diversas e distintas roupagens.

Não esteve entre as pretensões deste artigo defender que o comportamento politizado do STF equipara-se em grau à situação do Judiciário de Weimar, mas, sim, que um estado político-institucional da mesma espécie – a politização da justiça – pode ser visto no Brasil atual. De fato, objetivou-se demonstrar que a recente atuação do STF deve levantar suspeitas sob suas supostas imparcialidade e externalidade às movimentações político-partidárias.

Ao impor uma punição legal somente a um dos polos do jogo político, não a aplicando a outro, o STF facilita que o grupo protegido prevaleça, agindo, dessa forma, de maneira partidária. As sanções legais, se impostas exclusivamente ao PT, ocasionam gravames a apenas uma organização partidária, a permitirem que seus adversários restem em situação mais confortável perante a opinião pública.

Não cabe aos juízes interferir no resultado do jogo político-partidário em qualquer grau ou forma. Aos partidos políticos, representantes do povo, soberano e plural, deve ser conferido tratamento igualitário. Qualquer invasão ilegítima do Judiciário na esfera da política, seja no tocante à judicialização ou à justiça política, deve ser vista com censura em um Estado Democrático que valoriza o pluralismo e a soberania popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *Os Constitucionalistas*. 5 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar* n. 4.039-DF. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 24/11/2015. Não foi publicada no *DJE* (segredo de justiça). Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-prender-delcidio.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança* n. 34.070-DF. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 18/03/2016. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 54, divulgado em 22/03/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=54&dataPublicacaoDj=28/03/2016&incidente=4948823&codCapitulo=6&numMateria=36&codMateria=2>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança* n. 34.609-DF. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/02/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 31, divulgado em 15/02/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311226749&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar* n. 4.327-DF. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30/06/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Ainda sem publicação no *DJE* (segredo de justiça). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/aecio-neves-voltar-senado-determina.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 5526. Relator Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 11/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=238&dataPublicacaoDj=19/10/2017&incidente=4982736&codCapitulo=2&numMateria=30&codMateria=3>>. Acesso em 21 out. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Constituição não permite prisão processual para parlamentar, afirma Roberto Batochio. *Consultor Jurídico*. 25 nov. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-25/autor-regra-tema-batochio-ataca-prisao-delcidio>>. Acesso em: 21 out. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Fachin afasta Aécio e Loures; pedidos de prisão preventiva foram negados. *Consultor Jurídico*. 18 maio 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-18/fachin-afasta-aecio-deputado-pedidos-prisao-plenario>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

COSTA, Marcelo. Em nota, OAB de São Paulo comemora prisão de senador do PT. *Consultor Jurídico*. 26 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/nota-oab-sao-paulo-comemora-prisao-senador-pt>>. Acesso em 21 out. 2017.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3>>. Acesso em: 30 out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, ano 1, n. 2, p. 55-71, 2009.

FOLHA. Ministro do STF devolve mandato de Aécio e nega prisão do senador. 4 abr. 2017. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1897359--ministro-do-stf-devolve-mandato-de-aecio-no-senado-e-nega-prisao-do-senador.shtml>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

FOLHA. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. 28 jan. 2018. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 1º mar. 2018.

FOLHA. “Operação Abafa” tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. 23 fev. 2018. *Folha*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo--ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

G1. Dono da JBS gravou Aécio Neves pedindo R\$ 2 milhões, diz jornal; senador nega. 17 maio de 2017. *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/dono-da-jbs-gravou-aecio-neves-pedindo-r-2-milhoes-diz-jornal.ghtml>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

G1. Delação da Odebrecht: Moreira Franco é suspeito de pedir propina para a campanha eleitoral de 2014. 11 abr. 2017. *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/delacao-da-odebrecht-moreira-franco-e-acusado-de-pedir-propina-para-campanha-eleitoral-de-2014.ghtml>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

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

KITCHEN, Marti. *A history of modern Germany: 1800 to the present*. 2nd ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2012.

KOENEN, Andreas. *Der Fall Carl Schmitt: sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Orgs.). *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P. S. Falla e R. J. Park. 2nd ed. New York: Routledge, 2005.

MACIEL, Daniela; KOERNER, Andrei. Sentidos de judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 6 abr. 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

MITCHELL, Allan. *Revolution in Bavaria 1918-1919: the Eisner regime and the Soviet Republic*. New Jersey: Princeton University Press, 1965.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. Disponível em <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre: Achte Auflage*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*. Dritter Band. München: Verlag C.H. Beck, 1999.

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

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Bauman. *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de recebimento: 06/04/2018

Data de aprovação: 06/07/2018