

Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte

Jus Corporatism: the judges and the judiciary in the National Constituent Assembly

*Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho*¹

Resumo: Este trabalho registra a centralidade da mobilização corporativa da magistratura na definição do desenho institucional da função judicial na Constituição Federal de 1988. A ampla participação da magistratura nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foi fundamental para a transformação da imagem e do papel político do Poder Judiciário no Brasil. Para tanto, foram mapeadas todas as referências ao Poder Judiciário mencionadas em oito jornais de grande circulação durante o processo constituinte (1986-1988), destacando como a atuação de juízes, ministros e associações de classe representou características da autocompreensão da magistratura acerca de suas atribuições. Em seguida, registrou-se como tal representação era avaliada por outros observadores do processo constituinte, entre juristas e jornalistas. O resultado do levantamento aponta que a prevalência de posturas corporativistas contra

1 Doutor em Direito pela Universidade de Brasília/UnB e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE

algumas das iniciativas de alteração normativa, em especial a da criação de um controle externo à atividade da magistratura, reduzem as expectativas de atuação imparcial da função judicial e indica limites para uma descrição do papel político-institucional do Poder Judiciário a partir do perfil corporativo da magistratura nacional.

Palavras-chave: Assembleia Nacional Constituinte; Poder Judiciário; Magistratura; Corporativismo; Supremo Tribunal Federal

Abstract: This study records the centrality of corporate mobilization of the magistracy on the institutional design of the judicial function in the Brazilian Federal Constitution of 1988. The broad participation of the magistracy in the proceedings of the National Constituent Assembly was crucial for the transformation of the image and the political role of the judiciary in Brazil. For that, we mapped all references to the Judicial Branch mentioned in eight major newspapers during the constitutional process highlighting how the performance of judges, ministers and associations accounted for self-comprehension of the magistracy about its powers. Then it registered as such representation was evaluated by other observers of the constitutional process, including legal experts and journalists. The result shows that the prevalence of corporatist postures against some of the normative change initiatives, in particular the creation of an external control of the magistracy activity, reduce the impartial performance expectations of the judicial function and it indicates limits for a description of the political and institutional role of the judiciary from the corporate national magistracy profile.

Keywords: National Constituent Assembly; Judicial Power; Magistracy; Corporatism; Brazilian Supreme Court

Introdução

Processos constituintes são marcados pela forte participação de elites auto interessadas na consolidação ou manutenção de arranjos político-jurídicos que conservem o *status quo* estrutural em que se funda o seu domínio. Esse fator envolve a mobilização da agenda da assembleia constituinte segundo aqueles interesses no pacto de reorganização do Estado². O caso da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 é especialmente rico nesse sentido. Tratando-se de um ambiente em que a capacidade para a tomada das decisões estava fragmentada entre diversas correntes, a análise das opções políticas e a definição de regras não pode deixar de considerar que os agentes políticos envolvidos no processo tinham em conta a maximização de seus interesses na escolha do quadro institucional que vigoraria no país com a redemocratização. O que leva à consideração de que o procedimento adotado implicou significativos custos políticos para a defesa das propostas em jogo.

O cenário político da constituinte se colocava no desafio de reproduzir a aliança entre os diversos grupos de interesse corporativo que haviam se reunido nos últimos anos da ditadura militar³. Na esfera das ideias sobre a função

2 Cf. Ferraz Jr., 1986, p. 55 e Hirschl, 2007, p. 38-49 e 187, argumentando que a preservação da hegemonia dos grupos de poder doméstico reforçou o papel da revisão judicial, implicando o fortalecimento do papel e do poder de juristas e juízes.

3 Cf. Pécaut, 1990, p. 310. Em sentido contrário, destacando a mobilização política de trabalhadores, da OAB e da igreja católica no debate sobre a

do direito, entretanto, impossível era a construção de uma imagem unidimensional representativa do ‘pensamento dos juristas’ sobre a constituinte. Essa dificuldade, entretanto, não anula a observação de que algumas das descrições de juristas⁴ imediatamente anteriores à instalação da ANC destacavam o caráter contrafático do conceito de *poder constituinte* associando-o às *expectativas* (à direita e à esquerda) sobre o que o processo poderia significar para a realidade político-jurídica do país. Uma oportunidade em que *tempo* e *espaço* conformaram-se mutuamente, pois a própria esfera de poder onde são desempenhadas as atribuições de seus agentes esteve em disputa.

Por outro lado, a constituinte foi um momento de alta contingência sobre a organização institucional do poder político e da distribuição de competências. A observação sobre as relações subjacentes envolvidas na composição das comissões, nos mecanismos de votação e redação, além das disputas partidárias sobre o significado do regimento, pode oferecer uma visão sobre como política e direito mutuamente se condicionaram no desenho institucional do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, limitando escolhas, por um lado, e reforçando privilégios de classe, por outro.

Muitas das análises sobre comportamento judicial e o papel político da magistratura após a Constituição de 1988 estiveram dirigidas a fornecer critérios hermenêuticos que dessem aos juízes o arsenal argumentativo compreendido como adequado à aplicação dos direitos fundamentais. Ao tempo em que reconheceu a impossibilidade de manutenção do discurso de *neutralidade* da função judicial

convocação da constituinte: Paixão & Barbosa, 2008, p. 121.

4 Nesse sentido: Pinto Ferreira, 1987, pp. 17-23; Grau, 1985, pp. 39-47; Saldanha, 1986, pp. 90-92; Faoro, 1987, pp. 11-28; Bierrenbach, 1986, pp. 90-95; Comparato, 1986, pp. 85-109 e Pinheiro, 1987, pp. 54-68.

ao convocá-la a assumir a dimensão política das escolhas na concretização dos direitos, o perfil da produção acadêmica do direito constitucional sobre o Judiciário nos primeiros dez anos de vigência da Constituição ressentia-se da carência de instrumentos adequados à descrição global do que viria a ser denominado como *judicialização da política*. O cenário discursivo pautava-se por uma perspectiva mais enaltecida da função dos juizes no cumprimento das promessas constitucionais do que propriamente por avaliações fundadas em pesquisas empíricas focadas nas condições do espaço judicial e seu reflexo nas decisões.

Embora essa perspectiva mais normativa do que analítica permaneça prevalente de maneira significativa nas narrativas dos constitucionalistas sobre a magistratura, um eixo institucionalista informado pelas demais ciências sociais passou a ser construído como lugar relevante de compreensão da atividade judicial. Nesse sentido, foi a iniciativa de Joaquim Falcão no final dos anos 1980, e depois os trabalhos⁵ coordenados por Luiz Werneck Vianna no IUPERJ publicado em 1997, dedicado a traçar um perfil do juiz brasileiro, seguido pela pesquisa de Maria Tereza Sadek, na Fundação Getúlio Vargas em 2006, que mostrou algumas alterações daquele perfil.

A informatização da burocracia judicial, o aumento das demandas por acesso à justiça e democratização do Judiciário, as exigências de mais transparência na prática dos

5 Resultante de encomenda e parceria com a Associação dos Magistrados Brasileiros, a inegável seriedade que marca a qualidade da ambas as obras precisam ser vistas com a ressalva dos limites que tal empreendimento conjunto impõe. Outro registro relevante é que, apesar do esforço na coleta dos dados pelo envio de questionários a aproximadamente 12 mil juizes de todo o país e incluídos os inativos, as duas pesquisas lograram cobrir 30,56% e 28,9% do universo pesquisado, Cf. Vianna *et al*, 1997, pp. 325 e Sadek, 2006, p. 12, o que pode ser lido como certa resistência da magistratura.

atos de gestão e nas relações entre magistrados e os vários grupos de interesse em torno da prestação jurisdicional, além da institucionalização do CNJ, criaram um ambiente propício ao crescimento recente de estudos⁶ que têm buscado explicar as distinções entre o discurso e o comportamento dos juízes com base em fontes até então pouco usuais no campo da produção acadêmica acerca do Judiciário.

Os levantamentos feitos nessas pesquisas, contudo, ainda não contemplaram um estudo abrangente sobre o papel específico dos membros e associações⁷ ligadas ao Poder Judiciário *nos trabalhos* da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Então, considerando a relevância da nossa última constituinte para a formação de uma *nova* imagem daquele poder e do quadro institucional em que passou a atuar a magistratura, este artigo se dedicou a analisar o ambiente dos *juristas* e os movimentos dos *membros da magistratura* na redefinição de suas funções, mapeando em ambos os usos discursivos da noção de imparcialidade judicial.

Com o objetivo de examinar a visão e os debates em torno das propostas de configuração do Poder Judiciário na Assembleia Nacional Constituinte, fizemos um recorte a partir de 248 publicações da imprensa na época, identificando nelas a existência de distintas compreensões sobre a função daquele poder nas descrições de jornalistas, professores e membros da magistratura. No grupo dos juristas importou

6 Além do enriquecimento do potencial crítico sobre a compreensão da atuação judicial, alguns desses estudos têm fornecido chaves para a leitura das classes de *juristas* e *juízes* como agentes politicamente mobilizados nos espaços de poder institucionalizado. Nesse sentido: Oliveira, 2008, pp. 93-116; Santos & Da Ros, 2008, pp. 141-149; Da Ros, 2010, pp. 102-130; Almeida, 2010; Koerner & Freitas, 2013, pp. 141-184, e Engelmann & Penna, 2014, pp. 177-206.

7 Engelmann, 2009, pp. 184-205, examina a mobilização associativa da magistratura, mas concentra sua análise nas disputas em torno dos processos de reforma do Judiciário nos anos 1990.

considerar a distinção entre profissionais vinculados a órgãos judiciais e os que se dedicam à academia, advocacia autônoma ou outra atividade de aplicação do direito. Nesse ponto, foi acolhida a primeira atividade descrita na identificação do autor do texto.

O levantamento foi feito a partir da consulta do termo Poder Judiciário⁸ à base de dados sobre a constituinte disponibilizada pelo Senado Federal, nos anos de 1986, 1987 e 1988. Da coleta preliminar, foram selecionados, analisados e catalogados ao final 248 textos, entre notícias, artigos de opinião e editoriais de oito jornais de grande circulação da época que tratavam abertamente das discussões sobre questões institucionais da atividade judicial. A classificação dos textos foi realizada por trimestres, o que permitiu observar o reflexo dos deslocamentos da mobilização de membros do Poder Judiciário segundo a agenda da constituinte. Em seguida, foram agrupados todos os períodos analisados por ano, do que resultaram 20 textos em 1986; 135 em 1987 e 93 em 1988, organizados cronologicamente.

A partir do número de publicações levantadas foram criadas seis categorias que identificam o grau de inserção dos temas do Poder Judiciário nos veículos de imprensa escrita pesquisados⁹. As categorias foram divididas em A) Desenho

8 A opção por *Poder Judiciário* como critério de pesquisa se deu por razões da própria conformação daquele poder como unidade organizacional representada pelo órgão de cúpula, o STF, incluído na análise. Embora as decisões judiciais com potencial reflexo na constituinte ficassem a cargo exclusivo do STF, entendo que a redução do foco adotada em Koerner & Freitas, 2013, acaba desconsiderando a forte influência desempenhada pelos demais tribunais, magistrados e associações de classe que se fizeram refletir tanto internamente, sobre o órgão de cúpula do judiciário, quanto externamente, nas decisões dos constituintes em relação ao desenho institucional da justiça, articulando nesse movimento a noção de imparcialidade.

9 Oito jornais de grande circulação serviram como fonte: Correio Braziliense,

Institucional (151); B) Autonomia (20); C) Crise do Judiciário (9)¹⁰; D) Sistema de Justiça (10)¹¹; E) Poderes da Assembleia Nacional Constituinte (14), F) Função do Judiciário (21)¹² e, por último, a categoria residual *Outros* com (7) textos sobre o impacto da Constituição sobre as regras de processo, além de ordem econômica e social, envolvendo também a atuação judicial.

Por sua vez, dada a quantidade e a especificidade de subtemas existentes na categoria de *desenho institucional* que demandaram avaliação específica quando comparadas ao número global, foram criados três subgrupos. Uma característica marcante nesses três grupos secundários é a presença do argumento corporativo, que teve impacto significativo sobre a configuração de partes distintas da organização judiciária adotada na redação final, justificando a divisão. São eles: A.1.) Questões corporativas genéricas (63); A.2.) Controle externo (34), e A.3.) STF/Tribunal Constitucional (36). A quantidade de matérias reunidas nos três subtemas soma 133 publicações, número que revela a dimensão que eles tiveram no reflexo na cobertura da imprensa sobre as discussões à época.

O recurso aos artigos da imprensa publicados à época contribui para a avaliação do impacto da discussão sobre o desenho do Judiciário no texto aprovado e para identificar

Folha de S. Paulo, O Estado de S. Paulo, Jornal do Brasil, Jornal da Tarde, Jornal de Brasília, O Globo e Gazeta Mercantil.

- 10 Classificação que reuniu diagnósticos e críticas à atuação do judiciário. As variáveis mais constantes nesse tópico foram as menções à morosidade, sobrecarga e o custo do acesso à justiça.
- 11 Em referência à formatação das funções de carreiras não integrantes do judiciário, mas que se constituem em agentes responsáveis por movimentá-lo, como a advocacia e o Ministério Público.
- 12 Textos que refletem as expectativas sobre o desempenho da justiça e o papel político do STF durante as discussões, na aprovação do texto e logo após a promulgação da Constituição.

se o recurso à imparcialidade teve uma função na disputa por autonomia e prerrogativas institucionais do grupo de interessados. Para o nosso propósito, o fator relevante está em observar *se* o uso semântico da *imparcialidade* como *neutralidade* ou *objetividade* dos julgamentos fez parte do repertório de argumentos utilizados pelos juristas para afirmar o próprio campo em que eles desempenham suas atividades contra interferências externas (da política ou da economia, por exemplo), e ainda *se esse uso foi instrumentalizado* em benefício de pautas *corporativas* que permanentemente estiveram em discussão durante a constituinte.

Para a observação da noção de imparcialidade a partir do entrelaçamento entre as descrições reproduzidas pela imprensa e o desenho do Poder Judiciário consolidado no texto constitucional foram adotadas três distinções analíticas. A primeira se dirige à *representação do judiciário e dos magistrados* nas publicações selecionadas durante o processo constituinte. A segunda foca especificamente as *menções à imparcialidade* relacionadas ao exercício da jurisdição procurando localizá-las nas categorias criadas a partir do número global de publicações. Por fim, a atenção da última será voltada para os discursos sobre a *função do judiciário* no texto aprovado, com destaque para a adequação entre o arranjo institucional adotado e as expectativas criadas sobre a imparcialidade da atuação judicial com a nova Constituição.

Entre instituição e corporação: o Poder Judiciário pelos juízes ou para os juízes?

A significativa presença dos juristas no cenário político no final do regime militar refletiu-se na composição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais convocada pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985 ou Comissão

Afonso Arinos. Nela haviam 32 bacharéis em direito (advogados, ex-magistrados, professores de direito, ex-parlamentares) entre os 49 integrantes. A forte presença de bacharéis em direito também foi identificada na formação do congresso constituinte. No levantamento feito por David Fleischer¹³, dos 559 parlamentares 243 tinham formação jurídica, ou seja 43,50% dos constituintes, embora apenas 51 deles tinham na advocacia a sua principal fonte de renda.

O Poder Judiciário mantinha-se fechado à interferência da esfera pública e avesso à crítica, o que se combinava, entretanto, com o aumento da concentração de competências, no caso particular do Supremo¹⁴. A virtual mudança de cenário com a constituinte era, então, uma oportunidade que não poderia ser desconsiderada. Nesse sentido, antes mesmo da formação da *Comissão dos Notáveis*, o ministro Moreira Alves, Presidente do Supremo, já havia manifestado a José Sarney o desejo da Corte de ser ouvida pela comissão quanto às mudanças relacionadas ao Judiciário. Embora, já naquele momento parecesse compreender o complexo papel que o Tribunal iria desempenhar durante todo o processo, ao afirmar que à Corte não caberia se pronunciar sobre a forma de convocação da constituinte enquanto “guardiã da Constituição em vigor”, pois “de um jeito ou de outro, alguém pode entrar com um recurso, justamente por considerar inconstitucional o processo de convocação”. Contudo, uma vez convocada e superada eventual impugnação, Moreira Alves entendia que “o STF poderia participar, já que não se discutiria mais o processo e sim o conteúdo da nova Constituição”.

A disposição em participar ativamente foi manifestada também ainda antes da convocação, pelo ministro Oscar Dias

13 Cf. Fleischer, 1987, p. 8.

14 Cf. Carvalho, 2012, p. 124-131 e Costa; Carvalho & Farias, 2016, p. 160-170.

Corrêa, que publicou várias palestras suas sobre as propostas em torno da constituinte, dedicadas à discussão sobre a função política do Judiciário e do STF. A defesa de que ao STF cabia a interpretação do *sentido político* da Constituição foi assumida expressamente por Corrêa, que via no tribunal o árbitro dos conflitos entre os demais poderes do Estado, cuja função seria a de reequilibrar “a interdependência ameaçada, ou a harmonia atingida”¹⁵. A noção de que o tribunal era um *terceiro* pacificador do regime da separação de poderes era compreendida ao lado, e sem contradição, da sua localização *entre os demais poderes*. Uma posição que lhe assegurava uma ambiguidade institucional concomitante de *parte e juiz* da Constituição – ambiguidade evidentemente incompatível com a noção de que a ninguém é dado ser juiz em causa própria¹⁶, o que de algum modo poderia ser problematizado no debate da constituinte.

O contexto da participação do Supremo Tribunal Federal nos debates foi marcado pela ambivalência de ser parte interessada (nas diversas questões de desenho institucional envolvidas) e virtual árbitro da constituinte (a quem caberia dar a palavra sobre os seus limites) durante todo o processo. Essa foi uma contingência que se mostrou presente ainda antes do início dos trabalhos e perdurou até mesmo depois de aprovado o texto da Constituição. Nesse cenário, poderia se esperar que tal condição lhe dava uma posição distinta para negociar o próprio estatuto funcional e o desenho de suas competências na nova Constituição. Uma posição evidentemente mais confortável, mas que, por outro lado, colocava em xeque as expectativas de sua

15 Cf. Corrêa, 1986, p. 65.

16 Corrêa parecia ter clareza dessa contradição, mas a colocava sob o paradigma da *confiança* que a sociedade *deveria* manter em seus juízes. Cf. Corrêa, 1986, p. 121.

imparcialidade na apreciação das demandas políticas surgidas no período¹⁷. Tal perspectiva oferece categorias explicativas úteis ao modo como o Supremo Tribunal Federal passou a compreender o seu próprio papel na experiência constitucional brasileira pós-1988.

As leituras de juristas vinculados ou não aos órgãos do Poder Judiciário sobre o funcionamento da justiça no início do processo constituinte foram bastante semelhantes. As notícias prevalecentes gravitavam entre os problemas da *falta de autonomia*, como fator impeditivo da formação de uma estrutura adequada, da *sobrecarga* de trabalho, como sintoma da escassez de juízes e servidores, da *morosidade* da prestação jurisdicional, que era compreendida como sinal da precariedade do seu funcionamento e do *alto custo* do serviço judicial, indicador do fato de que o acesso à justiça no país era reflexo da desigualdade marcante da estrutura social. O consenso era de que a constituinte teria a responsabilidade de mudar esse quadro, sem o que o próprio projeto em discussão seria apenas mais um capítulo de promessas não cumpridas da história constitucional brasileira.

O diagnóstico comum sobre os problemas da justiça brasileira, no entanto, não se repetia quando se tratava de considerar as *características da magistratura* brasileira e o seu potencial em funcionar como agente de transformação daquele contexto. Muitas das descrições da organização judiciária à época não distinguiam a *instituição* Poder Judiciário de seus *agentes*, o que contribuía para a representação de uma falsa unidade de interesses de ambos. Dessa unidade parecia resultar, como conseqüência lógica, que o reforço e ampliação das prerrogativas dos juízes eram condicionamentos essenciais à autonomia da instituição e vice-versa. Embora essa espécie de análise fosse predominante, ela não era única.

17 Cf. Koerner & Freitas, 2013, p. 162.

Logo, era possível perceber uma divisão na compreensão da composição e papel da magistratura nas opiniões de juristas e não juristas expostas nas publicações da época.

Entre os juristas, aqui incluídos os próprios juízes, prevalecia o discurso que associava a magistratura nacional a atributos de *preparo intelectual* e *comportamento moralmente apreciado*, além da dedicação ao correto funcionamento do Estado. Essa descrição é destacadamente registrada nos artigos de opinião escritos durante o ano de 1987. Entre elas estão o texto de Celso Ribeiro Bastos para quem no Judiciário residiam “as reservas maiores da sociedade em termos de saber, moralidade e devoção à coisa pública”¹⁸; dois artigos de Ives Gandra da Silva Martins¹⁹; a opinião do ministro Célio Borja notando um paradoxo no fato de que o Brasil não tivesse boa justiça, mesmo possuindo juízes “trabalhadores e independentes dos poderosos de sempre e dos poderosos do dia, vocacionados para a vida dura e sem brilho e desamparada das galas do reconhecimento público”²⁰.

Entretanto, também era possível encontrar opinião contrária sobre o bom desempenho técnico dos juízes. Era o caso do ministro Moreira Alves, o único a observar que as demandas por celeridade e segurança jurídica eram contraditórias, além de afirmar a decadência do ensino jurídico no país. Para ele “onde os juízes são fracos, a demora

18 “Do insubstituível papel do Poder Judiciário” *Jornal da Tarde*, 6.2.1987.

19 Em “Por que é necessário preservar a Justiça Federal” *Gazeta Mercantil*, 31.3.1987, disse Gandra: “o poder que menos pode exercer suas funções é o Judiciário, não obstante seja aquele composto pelos melhores homens. Nem o Poder Executivo nem o Poder Legislativo possuem elementos de tão elevado nível, não só pelos concursos de conhecimento a que estão submetidos para o ingresso na carreira como também pelo controle da idoneidade moral de que não descuidam os examinadores”. E mais adiante, ao defender a manutenção do STF contra a criação do TC, Gandra afirma que é o Judiciário “o poder mais competente e culto” *Folha de São Paulo*, 30.10.1987.

20 “Em defesa da Justiça” *O Globo*, 1.4.1987.

e a carência não se resolvem, nem com a melhor das leis”²¹. O ministro ainda acrescentou que a Constituição não era o instrumento adequado para resolver os principais problemas do Poder Judiciário.

Em relação à proximidade da política e a capacidade de negociar as condições do exercício da função judicial, prevaleciam as descrições que representavam a impotência da magistratura frente ao Executivo e Legislativo, o que tornava o Judiciário um poder dependente. Nesse sentido eram as opiniões²² de Manoel Gonçalves Ferreira Filho; do ministro Sydney Sanches; do juiz federal Fábio Bittencourt da Rosa e outros que fizeram a defesa da autonomia orçamentária. Por outro lado, ao tratar de questões corporativas relativas aos magistrados, alguns²³ registravam a ‘desvantagem’ em compor um *poder não político* ou o fato de não terem a *expertise* necessária para a defesa de suas prerrogativas, vistas como garantias da sociedade.

O discurso associativo também localizava a classe da magistratura num plano distinto e superior ao dos funcionários públicos, com os quais os juízes não desejavam

21 “A nova Carta não mudará Judiciário” *Gazeta Mercantil*, 27.2.1987.

22 Cf. Ferreira Filho, 1985, pp. 61-76; “O Poder Judiciário e a Constituinte”, *O Estado de São Paulo*, 9.3.1986 e “Judiciário quer autonomia orçamentária” *Folha de São Paulo*, 10.11.1986; “Poder Judiciário, sem poder” *O Estado de São Paulo*, 15.9.1987.

23 “Prerrogativas iguais desagradam juízes” *Correio Braziliense*, 24.6.1987, que reproduziu a fala de Hélio Assunção, representante da associação de magistrados fluminenses: “Se todos forem autoridade, ninguém será autoridade(...) Nós, magistrados, não temos vivência política e por isso não nos preocupamos antes com a possibilidade de medidas assim serem aprovadas” o que implicava o “risco de serem [os juízes] rebaixados a funcionários públicos”, sobre a equiparação de vencimentos pleiteada por promotores e defensores públicos com a magistratura. Também o presidente do TJSP, Nereu César de Moraes em “Juízes repelem controle externo” *O Estado de São Paulo*, 8.3.1988 e Odyr Porto, presidente da AMB, que rejeitou a palavra *lobby* para definir a mobilização dos juízes. *Jornal da Tarde*, 6.4.1988.

ser confundidos. O afastamento da política foi destacado por Sydney Sanches²⁴ como traço necessário à manutenção da imparcialidade, o que fundamentava a necessidade de autonomia e maior grau de independência. A insatisfação da magistratura com as mudanças propostas para o Judiciário no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos tinha se difundido nas páginas da imprensa já no segundo semestre de 1986. Contra as alterações sugeridas pelos *notáveis*, 803 juízes assinaram uma moção dirigida ao Presidente Sarney, no X Congresso da Associação dos Magistrados Brasileiros, realizado em setembro daquele ano em Recife. Havia entretanto, mesmo entre os juízes integrantes de associações, a preocupação discursiva em demonstrar que os magistrados atuavam em defesa do Judiciário e não em causa própria para assegurar benefícios de classe²⁵.

Os ministros do STF compartilhavam da rejeição ao anteprojeto, e consideravam inaceitável a transformação do Tribunal em Corte Constitucional, um tema que estaria na pauta da constituinte por um longo período. A composição da Corte era quase integralmente formada por ministros nomeados pelos militares. Dos onze integrantes, seis tinham sido indicados por João Baptista Figueiredo e apenas dois por Sarney, o primeiro Presidente civil após duas décadas de governo militar. Esse fator era visto com reservas pela

24 “O Poder Judiciário e a Constituinte”, *O Estado de São Paulo*, 9.3.1986.

25 “[d]esde logo, saliente-se que os membros do Judiciário estudaram as necessidades de alteração do poder que estão a compor, não sob os lindes de classe, na formação de *lobby* endereçado a resguardar privilégios de um estamento bastante diferenciado no exaurimento da soberania estatal. Mas se posicionaram, com evidente maturidade, como *intérpretes categorizados* de postura visando ao fortalecimento da Justiça, como instrumento — em última, análise — de Integral promoção humana. (...) Os atributos do Judiciário foram considerados à luz dessa instrumentalização, como garantidores dos direitos da comunidade e não como apanágio funcional de seus membros”. José Renato Nalini em artigo publicado em *O Estado de São Paulo*, 10.8.1986.

Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, em especial por Plínio de Arruda Sampaio, ao considerar que a tarefa de adaptação do ordenamento vigente à nova Carta não poderia ser confiada aos mesmos juízes do regime autoritário.

Composição do Supremo Tribunal Federal no biênio 1987-1988 (Tabela A)

Ministro	Presidente que o nomeou (data)
Luiz Rafael Mayer (Presidente no biênio 87/88)	Ernesto Geisel (13/12/1978)
José Néri da Silveira	João Baptista Figueiredo (24/8/1981)
Aldir Passarinho	João Baptista Figueiredo (16/8/1982)
Sydney Sanches	João Baptista Figueiredo (13/8/1984)
Octávio Gallotti	João Baptista Figueiredo (8/11/1984)
José Francisco Rezek	João Baptista Figueiredo (10/3/1983)
Célio de Oliveira Borja	José Sarney (7/4/1986)
José Carlos Moreira Alves	Ernesto Geisel (18/6/1975)
Carlos Madeira	José Sarney (4/9/1985)
Djaci Alves Falcão	Castello Branco (1/2/1967)
Oscar Dias Corrêa	João Baptista Figueiredo (16/4/1982)

As propostas que o STF havia encaminhado em 30 de junho de 1986 à Comissão Afonso Arinos, após ouvir todos os tribunais do país, foram as mesmas que o Tribunal levou

à constituinte. Em maio de 1987, o ministro Sydney Sanches, ex-presidente da AMB, expôs as propostas do STF à Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, quando fixou os principais itens da pauta do Judiciário: 1) autonomia orçamentária e administrativa, nos planos federal e estadual, com a submissão da proposta orçamentária diretamente ao Legislativo; 2) a permanência da exclusividade do PGR para a propositura da representação de inconstitucionalidade; 3) oposição à criação do STJ e manutenção da competência do Supremo para o julgamento dos recursos extraordinários, com alguns ajustes; 4) oposição à transformação do Tribunal em Corte Constitucional por ofensa ao princípio federativo; 5) criação dos Tribunais Regionais Federais²⁶; 6) exclusão da competência da justiça militar para julgar civis; 7) extinção dos juízes classistas na justiça do trabalho; 8) mudança nas regras de promoção da magistratura para evitar a perda de quadros; 9) criação de novos tribunais de alçada; 10) criação dos juizados especiais de pequenas causas; 11) gratuidade da justiça, e 12) oficialização dos cartórios, a serem remunerados por recursos públicos, porém, mantidos os titulares de então.

O debate sobre a possibilidade de criação do Tribunal Constitucional fora da organização do Poder Judiciário, com competência exclusiva para a jurisdição constitucional, mobilizou parte significativa da atenção²⁷ sobre os trabalhos da Subcomissão na constituinte. A inovação encontrava

26 A demanda pela expansão e descentralização da justiça federal era grande. Em 1986 haviam apenas 111 juízes federais em todo país, para os quais foram distribuídos 143.534 processos.

27 Das 54 matérias coletadas entre abril e junho de 1987, 30 tratavam do tema, sendo que 17 delas refletiram a posição das associações de juízes, parlamentares, do governo e dos próprios ministros contra a mudança; 4 traziam o entendimento dos defensores do Tribunal (Plínio de Arruda Sampaio e Márcio Thomaz Bastos); 1 veiculava a sugestão alternativa de Michel Temer que criava a Seção constitucional no STF elevando para 19 o número de ministros, e outras 8 noticiavam o embate.

apoio entre constituintes que defendiam a adoção do parlamentarismo como sistema de governo, inspirando-se no modelo que associava o peso do Parlamento e da figura do Primeiro-ministro nas democracias representativas em muitos dos países da Europa Ocidental ao papel de legislador negativo das Cortes Constitucionais, com competência exclusiva para o controle de constitucionalidade. A inserção de uma Corte nesses moldes, então, alteraria profundamente o funcionamento da jurisdição constitucional do país, historicamente forjada no modelo concreto e difuso de fiscalização normativa.

No plano político, a criação da Corte enfrentava dois focos de resistência que teriam suas esferas de competência consideravelmente atingidas com a potencial modificação. A primeira delas era o Poder Executivo²⁸ que perderia a exclusividade da indicação dos ministros, compartilhando a atribuição com o Legislativo e o Judiciário, além de perder eventual expectativa de influência sobre as decisões dos já nomeados em relação à futura Constituição, pois a Corte seria integralmente formada segundo os novos critérios. Essa também era uma preocupação dos ministros do Supremo que, apesar de permanecerem na cúpula do Poder Judiciário (como Tribunal Superior de Justiça), perderiam a competência jurisdicional para fixar a interpretação da Constituição e passariam a compor um Tribunal eminentemente recursal.

Além dos ministros, incluíam-se nesse segundo foco de resistência à Corte Constitucional as associações

28 Segundo matéria da *Folha de São Paulo*, de 25.5.1987, o líder do PFL, constituinte José Lourenço, mencionou que havia recebido ligação de Sarney pedindo apoio contra a aprovação da proposta do Tribunal Constitucional durante a sessão do dia anterior. No mesmo sentido, a matéria "Bloco tentará agora derrubar Corte Constitucional", de *O Globo*, 25.5.1987, noticiou que o mesmo grupo parlamentar que aprovou o mandato de 5 anos para Sarney lutava contra a inovação, que tinha apoio da OAB.

representativas dos magistrados, talvez motivadas pela manutenção da jurisdição constitucional difusa, que assegurava a todos os juízes, ao menos no plano normativo, um importante papel político-institucional no regime da separação de poderes. A pressão corporativa ressoava entre alguns parlamentares. Entre eles, o presidente da Subcomissão do Judiciário, José Costa (PMDB/AL), contrário à criação da Corte e Costa Ferreira (PFL/MA). Além de Gerson Peres (PDS/PA) e Paes Landim (PFL/PI), que encampavam a defesa corporativa da magistratura com afinco. Para o último, o modelo de tribunal constitucional era próprio de países sem independência judicial e citou os casos de Alemanha e Chile para sustentar que neles a Corte não impediu a ascensão de Hitler e Pinochet.

O outro ponto particularmente polêmico do debate constituinte visto a partir do discurso da magistratura propagado na imprensa²⁹ foi o da instituição do controle externo das funções administrativa e disciplinar do Poder Judiciário. O controle da atividade dos magistrados era realizado pelo Conselho Nacional da Magistratura, órgão integrante do STF e formado por sete dos seus ministros. O Conselho foi criado pela EC n. 7/1977 e disciplinado no art. 50 e seguintes da LC n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). As discussões prévias à instalação da constituinte praticamente não tratavam do assunto. O tema passou a atrair a atenção dos magistrados quando sugerido nas reuniões da Subcomissão do Poder Judiciário e incluído no relatório e anteprojeto, que criava uma Comissão Judiciária

29 Das 42 referências ao controle externo no levantamento global (1986 a 1988), 37 estão localizadas no último trimestre de 1987. Fator explicado pela aprovação da criação do Conselho Nacional de Justiça na Comissão de Sistematização, após a incorporação do substitutivo apresentado pelo Centrão (Projeto Cabral II). A evolução da proposta na constituinte pode ser observada na *Tabela (B)*.

no Poder Legislativo, responsável pela análise da prestação de contas e fiscalização gerencial da aplicação de recursos e medidas administrativas, realizadas semestralmente com o próprio Judiciário.

Em seguida, a proposta recebeu a forte reação contrária de juízes e entidades associativas, numa proporção maior que a oposição ao Tribunal Constitucional. Manifestaram opinião os representantes da Associação Paulista de Magistrados, Dínio de Sanctis Garcia, Régis Fernandes Oliveira, José Renato Nalini e Odyr Porto (estes dois últimos os que mais escreveram sobre o Judiciário no levantamento global, com 5 textos cada); da Associação de Magistrados Brasileiros, Dalmo Silva; Associação dos Juízes Federais, João Gomes Martins Filho, e da Associação de Magistrados do Rio de Janeiro, Thiago Ribas Filho, para quem a unanimidade dos juízes exigia a supressão do Conselho e que a inovação era objeto de *lobby* da Ordem dos Advogados do Brasil.

Vários outros magistrados manifestaram-se criticando veementemente a proposta e os jornais noticiavam paralisações do serviço judicial em várias regiões do país em resposta à constituinte. Algumas iniciativas inusitadas também foram tomadas pelas corporações. Numa delas, os presidentes da Associação dos Magistrados Fluminenses e da Associação dos Magistrados Brasileiros redigiram e enviaram uma carta ao diretor de chefia de redação de *O Globo*, Roberto Marinho, “denunciando” a instituição do controle externo enquanto “estrutura jurídica típica de regimes totalitários, como os de Hitler, Stalin e Idi-Amin [ex-ditador da Uganda]”. Na percepção dos subscritores, seria melhor “suprimir o Judiciário da organização dos poderes”³⁰. Em outra, por ocasião da reunião de vinte e cinco desembargadores do TJSP em protesto contra o anteprojeto, um deles revelava

30 *O Globo*, 24.9.1987.

que aquele era o pior momento da história do Judiciário. A matéria ainda destacava que “os desembargadores ficaram desapontados, porque receberam, em agosto, com todas as honras, a visita do relator da Comissão de Sistematização Bernardo Cabral, e não esperavam por isso”³¹. Da reação corporativa foi-se à mobilização política organizada, a magistratura incluiu na própria agenda a articulação da sua demanda contra o controle externo e a criação do CNJ diretamente sobre o processo deliberativo dos constituintes.

Eles, os juízes, vistos de fora do Judiciário.

A leitura sobre a composição da magistratura e seu papel na constituinte era significativamente diversa entre jornalistas e juristas não vinculados a órgãos judiciais. Embora a autonomia orçamentária e administrativa fosse consenso do qual comungavam e descreviam como dimensão fundamental para o resgate da função política, o modo como as associações e os integrantes do Judiciário atuavam na defesa e ampliação de suas prerrogativas foi objeto de críticas³². O foco desse segundo grupo de avaliações sobre a magistratura na constituinte estava, justamente, na crítica à *sobreposição das questões corporativas* à discussão do melhor desenho institucional para uma organização judiciária funcional na futura Constituição.

31 “No dia do protesto, juiz inclui Cabral na ‘minoría anarcóide’” *Jornal da Tarde*, 24.9.1987.

32 Editorial da *Folha de São Paulo*, de 21.5.1987, intitulado “Desvio corporativista” destacava que o arraigado corporativismo brasileiro tinha alcançado o capítulo sobre o Judiciário, na Subcomissão. No mesmo sentido *O Estado de São Paulo*, 16.5.1987, apontou a hipertrofia do sistema remuneratório e a deficiência do controle interno e ausência de controle externo e disciplinar, e na edição de 21.5.1987 criticava a “incongruência entre o diagnóstico e as propostas da Subcomissão.” Enquanto o *Jornal de Brasília*, 31.5.1987 registrava que o parecer de Plínio Sampaio já havia sido profundamente alterado.

À direita ou à esquerda, não se pouparam críticas à conveniência do Poder Judiciário e do STF com as interferências diversas no processo constituinte. Um dos fundamentos dessas críticas foi o de que a tolerância do Tribunal com aquelas interferências ajustavam-se à defesa dos interesses corporativos dos membros da magistratura. O que colocava em xeque a imparcialidade do exercício da função judicial. Para Florestan Fernandes³³, esse era um dos fatores que projetava sobre o Judiciário a imagem de poder a serviço dos ‘donos do poder’.

No mesmo sentido, opinando sobre as alterações acolhidas no relatório da Subcomissão do Judiciário, Miguel Reale exclamava: “*Data maxima venia*, os ilustres ministros do STF apegam-se com unhas e dentes às suas prerrogativas”³⁴. Para ele, o viés corporativo da discussão tinha duas consequências negativas para a posição do STF na constituinte: 1) o bloqueio na apreciação substancial das causas ajuizadas, ante o desprezo pela necessária unidade da jurisprudência; e 2) o fato de que o país ficaria privado do exercício do adequado papel institucional do Tribunal, deixando ao Procurador-Geral da República a última palavra sobre a constitucionalidade de temas fundamentais da agenda político-jurídica.

A criação do Tribunal Constitucional encontrava a simpatia de Reale, que, por outro lado, defendia o STF como última instância recursal, além de Raymundo Faoro e Tércio Sampaio Ferraz. Entre os juristas que expuseram suas opiniões na Subcomissão do Judiciário, Calmon de Passos, Pinto Ferreira e Lamartine Corrêa de Oliveira (com mais ênfase) defenderam a ideia, enquanto Roberto Araújo de Oliveira Santos e Raul Machado Horta manifestaram-se

33 Cf. Fernandes, 1989, p. 244.

34 “O Poder Judiciário na Constituição” *Folha de São Paulo*, 14.5.1987.

pela permanência do Supremo e do modelo de jurisdição constitucional mista com algumas reformas.

Representantes da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros, Márcio Thomaz Bastos e Francisco José Pio Borges de Castro escreveram artigos³⁵ em defesa do *controle externo* como mecanismo de democratização do Judiciário, mencionando a experiência vista como bem sucedida na Itália. Posição não compartilhada por Celso Bastos e Tércio Sampaio Ferraz, que viam o risco de superpolíticação do Conselho em prejuízo do adequado funcionamento da justiça. Na Subcomissão, posicionando-se pela necessidade de ampliação do controle sobre os gastos com salários, Plínio Sampaio³⁶ considerou “um absurdo os magistrados fixarem seus próprios vencimentos, e os parlamentares os seus. Ninguém pode legislar em causa própria”.

A necessidade de adotar critérios unificados para a remuneração da magistratura havia sido objeto de discussão na Subcomissão do Judiciário ao tratar do “Sistema de ingresso e promoção na Magistratura e Ministério Público”, na reunião extraordinária do dia 27/04/1987. Foram ouvidos José Joaquim Calmon de Passos e Roberto Oliveira Santos, ambos condenando a possibilidade de que os próprios magistrados pudessem de algum modo fixar os seus vencimentos³⁷. A ausência de transparência na remuneração se manifestava pela presença de uma série de parcelas autônomas pagas cumulativamente com os vencimentos dos magistrados, impedindo o amplo conhecimento sobre

35 “Reivindicando a autoridade da OAB para a defesa do CNJ”. *Folha de São Paulo* 24.10.1987 e “Contra as oligarquias” *O Globo*, 15.10.1987, ambos defendendo que o anteprojeto levaria a justiça ao século XX.

36 *Folha de São Paulo*, 28.5.1987.

37 O constituinte Raul Ferraz chegou a apresentar a Emenda nº 544, propondo a unificação do Judiciário no país, conferindo a todos os juízes vencimentos iguais, que ao final foi rejeitada.

quanto ganhavam efetivamente os juízes. A conjunção entre a falta de transparência sobre as remunerações e um histórico de privilégios funcionais, inclusive tributários, submetidos apenas ao frágil controle interno dos Tribunais constituía a imagem de uma magistratura politicamente forte que integrava um Judiciário institucionalmente fraco, ao menos no plano da divisão dos poderes. Ainda assim, a ampliação do espaço profissional se configurava numa espécie de trincheira das associações da magistratura na esfera da negociação na constituinte.

Em 24 de junho de 1987, o *Correio Braziliense* noticiou que Ulysses Guimarães tinha descartado a criação da Corte Constitucional, após visita ao Presidente do Supremo, ministro Rafael Mayer, mas que estaria consolidada a ampliação do número de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Um acordo entre os integrantes da Comissão de Sistematização, com participação do Poder Executivo, teria levado a retirada da proposta de transformação do Supremo na nova Corte. Mas, em seguida, logo o tema voltava à polêmica na pauta da constituinte e da imprensa, um fator lido pelos grupos de interesse como indicativo de que só a votação do anteprojeto poderia estabilizar as expectativas em torno do tema.

Esses foram fatores frequentemente registrados na construção narrativa da imprensa no período analisado. Mas que não chegaram a influenciar as decisões dos constituintes sobre o desenho institucional do Poder Judiciário, quando comparados ao impacto do conjunto de propostas articulado no discurso do primeiro grupo na redação do anteprojeto da Comissão de Sistematização.

No final de outubro de 1987 agravou-se outra situação que era motivo de preocupação de Ulysses Guimarães e do grupo considerado “progressista” na constituinte. O

bloco conseguiu reunir 317 parlamentares em torno das forças “conservadoras” de vários partidos na constituinte, coletando assinaturas para mudar o regimento. Para tanto, o Centrão mobilizava, com o apoio do governo via Consultor-Geral da República, o discurso de contava com a simpatia dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que poderia ser provocado para sustar a votação do anteprojeto de Bernardo Cabral. Esse foi o momento de maior tensão nos trabalhos. Em reação, Ulysses estimulou a aceleração da votação na Comissão de Sistematização no início de novembro. O capítulo do Poder Judiciário foi posto em votação na primeira semana daquele mês, levando dezenas magistrados aos corredores da Câmara em defesa de suas posições corporativas³⁸, em especial pela supressão do dispositivo que instituía o Conselho Nacional de Justiça³⁹. A sessão foi marcada pelo tumulto provocado pelo *lobby*

38 A *O Globo*, Hélio Bicudo disse que não havia condições de resistir ao lobby dos juízes. Segundo a Folha de São Paulo, de 5.11.1987 “Sob forte pressão de representantes dos juízes, os membros da Comissão de Sistematização racharam. Os presidentes das associações dos magistrados de São Paulo (Odyr Porto) e do Rio Grande do Sul (Ivo Gabriel) tentavam convencer os parlamentares da inviabilidade do conselho”.

39 A *Folha de São Paulo*, de 6.11.1987 relatou: “Os lobistas do Poder Judiciário foram tão agressivos que sofreram advertência da Mesa por três vezes. Após a confirmação da manutenção do conselho no texto do substitutivo do relator Bernardo Cabral, a sessão foi suspensa para que os seguranças pudessem retirar dezenas de lobistas que ocuparam o plenário. A sessão foi iniciada às 10h (o horário normal é às 9h) em função do tumulto. Uma emenda do deputado Gérson Peres (PDS-PA) tentou suprimir a proposta de criação do conselho. Houve muita confusão, porque essa proposta não estava incluída na relação de emendas a serem votadas. (...) Irritados com a pressão, os membros da comissão acabaram acatando os argumentos favoráveis ao conselho, expostos pelos deputados Bernardo Cabral e pelo ex-juiz Egídio Ferreira Lima. No início da sessão da tarde, os lobistas do Judiciário foram proibidos de entrar no plenário para que fosse evitada uma abordagem corpo a corpo”. E completou: “Foi o mais forte e eficiente lobby até o momento. Nenhuma modificação substancial arranhou as posições dos grupos”.

corporativo, que ao final se saiu vencedor em praticamente todas as suas demandas. Em entrevista publicada no final de 2014, Fernando Henrique Cardoso, que presidiu em diversas ocasiões a Mesa da Comissão de Sistematização, destacou que *a corporação mais forte* entre as mobilizadas na constituinte foi a dos *juizes*, lembrando que teve de pedir a vários deles que “abandonassem a sala porque estavam perturbando”⁴⁰ os trabalhos. O depoimento pessoal de Fernando Henrique sobre essa sessão foi relatado à época pelo *Correio Braziliense*⁴¹.

40 Cf. <https://www.youtube.com/watch?v=jZIUqHHN1RU> a partir do min. 44:00.

41 A manutenção ou não, de Conselho Nacional de Justiça – órgão criado pelo relator Bernardo Cabral para controlar as atividades administrativas e funcionais do Poder Judiciário – criou, na sessão matutina da Comissão de Sistematização, ontem, um clima de tumulto. O lobby do Poder Judiciário, que invadiu os corredores do plenário, procurava convencer os constituintes da conveniência de se suprimir o artigo 144, que institui o conselho, enquanto muitos parlamentares insistiam em manter o dispositivo. Por diversas vezes a Mesa da Sistematização tentou fazer com que os lobistas se retirassem do plenário. Os senadores Jarbas Passarinho, Aloysio Campos e Fernando Henrique Cardoso, que se alternaram na presidência da sessão, se empenharam nos apelos às dezenas de juizes, advogados e outros interessados na matéria, no sentido de que não tumultuassem. Foi inútil. A solução só aconteceu depois que o senador Fernando Henrique suspendeu a sessão 15 minutos antes da hora marcada, determinando que, ‘para o período da tarde’, seriam ‘tomadas providências mais eficazes para impedir este desrespeito’. Muitos deputados e senadores saíram da sessão reclamando dos lobistas. A deputada Sandra Cavalcanti disse a um juiz, que a abordou para pedir seu voto contra o Conselho: ‘no momento em que você esta aqui falando deve haver uma pilha enorme de processos sobre sua mesa, sem andamento’. A partir da metade da sessão, os parlamentares começaram a evitar sair do plenário para tomar café – era na cantina onde o lobby funcionava mais agressivamente, com juizes se dirigindo a deputados em tom bastante ríspido. (...) A proposta que resultou no artigo 144 do substitutivo 2 recebeu inúmeras manifestações de apoio, mas outro tanto de reações completamente desaforadas e desrespeitosas”. “Lobby do Judiciário tumultua votação” *Correio Braziliense*, 6.11.1987.

A Comissão de Sistematização sequer discutiu a criação do Tribunal Constitucional. Foi rejeitada, por 60 a 31, a proposta de Nelson Jobim (PMDB/RS) que ampliava para 16 o número de ministros, estabelecia mandato de oito anos e dava à Câmara dos Deputados e ao próprio STF, além da Presidência da República, a competência para a indicação ao cargo. A emenda do deputado Egídio Ferreira Lima (PMDB/PE), que mantinha a vitaliciedade e aumentava o número de ministros do STF para 19 foi também rejeitada por 56 a 28. Entre as competências do Supremo, a única modificação foi a extinção da advocatária. Incluiu-se ainda a ampliação do número de legitimados para o ingresso da ação direta de inconstitucionalidade, atribuição exclusiva do Procurador-Geral da República desde 1965.

A votação do Conselho Nacional de Justiça foi a mais polarizada. A disputa não havia sido definida no dia anterior (4/11/1987) por falta de quórum – 46 a favor contra 40 que rejeitavam o Conselho. A pressão das associações havia sido objeto de intensas reclamações da deputada Cristina Tavares (PMDB/PE) que denominou a ação como “lobby de uma poderosa casta que não quer ser fiscalizada”⁴². Em defesa da ação dos magistrados, Aroldo de Oliveira (PFL/RJ) fez um desagravo na tribuna, afirmando que a “justiça brasileira é imparcial e que os privilégios estavam no Poder Executivo”. Contra a instituição do CNJ manifestou-se Stélio Dias (PFL/ES) que registrou o evidente conflito de interesses em jogo, para identificá-lo na tentativa da OAB de controlar a magistratura: “Não se pode mais disfarçar a existência de um dissídio, astutamente encoberto por ‘lobbies’ embuçados, entre a magistratura judicante, atingida em sua mais alta Corte, e a magistratura postulante, representada pelas

42 O Estado de São Paulo, 6.11.1987.

tendências fiscalizadoras da Ordem dos Advogados do Brasil”⁴³.

O impasse gerado levou a aprovação de emenda apresentada pelo constituinte José Maria Eymael (PDC/SP) que suprimia a expressão “controle externo” do dispositivo que criava o CNJ. O placar de 80 a 10 foi expressivo do peso que o tema havia adquirido na Comissão e sinalizava a clara preferência dos membros pelo compromisso dilatatório. Para Eymael⁴⁴, “toda a reação da magistratura com relação ao problema do Conselho se devia a uma discussão emocional do problema”, e completou: “toda a reação da magistratura em relação ao tema vinha me sensibilizando”. A proposta remetia a composição e a organização do Conselho à disciplina de lei complementar.

Essa perspectiva *compromissória* ou do resultado constituinte que delegava ao legislador ordinário o debate e a solução de muitas das questões mais relevantes do contexto político foi lembrada em testemunho de Miguel Reale Júnior publicado dois anos após a promulgação do texto⁴⁵. O debate sobre o Conselho permaneceria na pauta das associações, que insistiam na exclusão integral de sua previsão no texto final. Em artigo de opinião escrito dias após a votação que suprimiu o “controle externo” do dispositivo, Calmon de Passos⁴⁶ fez uma dura crítica ao corporativismo que bloqueou

43 BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. 05 de novembro de 1987.

44 Declaração reproduzida por *O Estado de São Paulo*, 6.11.1987.

45 Cf. Reale Jr., 1990, p. 23.

46 “Todas as grandes democracias do Mundo moderno dispõem de formas de controle e de limitação do Judiciário, como delas dispõem no tocante ao Legislativo e ao Executivo. (...) E no momento em que se assegura, no Brasil, ao Judiciário, a tão necessária independência, de que precisa gozar, em face do Executivo, novas formas de controle e de limitação precisam ser institucionalizadas, sob pena de criarmos um corpo burocrático dotado de poderes incontrastáveis e liberto de todo e qualquer limite ou

a deliberação sobre o tema na constituinte, fato que depunha contra a legitimidade do Judiciário.

A mobilização das associações de magistrados também não permaneceria inerte no semestre seguinte quando se aproximava a votação da constituinte no plenário. Na imprensa, mais notícias sobre paralisações⁴⁷ e mais críticas de juízes ao trabalho dos constituintes eram publicados. O capítulo sobre o Poder Judiciário do anteprojeto de Bernardo Cabral (Cabral II) foi pautado para o início do mês de abril, em primeiro turno. O resultado da votação implicou a manutenção de todos os dispositivos aprovados na Comissão de Sistematização, salvo a exclusão do art. 144, que instituía o CNJ. Após a votação, os constituintes Arnaldo Faria de Sá, Gastone Righi e Bonifácio Andrada declaravam o seu apoio às demandas dos juízes e afirmaram que o Judiciário saíra do plenário mais forte. Em editorial de 6.4.1988, a *Folha de São Paulo* classificou o texto de conservador e conformista, “frustrante no seu conjunto”, em razão da “prevalência dos

controle político, sendo ele, como o é, um órgão do poder político. (...) **O que se busca com a solução do Conselho Nacional de Justiça é dar raízes à legitimidade do Poder Judiciário, num momento em que a crença na neutralidade do juiz e na sua assepsia política são coisas de museu. Já ninguém mais põe dúvida na função criadora do direito desempenhada pelos magistrados, pelo que a compreensão clássica do juiz, nos moldes traçados por Montesquieu, é algo morto e fossilizado. E se alguma dúvida ainda fosse possível a respeito, as Associações de Magistrados, no Brasil, sindicatos atuantes e poderosos, desnudariam essa verdade.** Surpreende o alheamento da opinião pública no tocante ao problema. Ele comprova algo que nos assusta e acabrunha: no Brasil, é tão grande a denegação de Justiça que para o povo o Judiciário é perfumaria (assunto irrelevante). E para as elites, dispõem elas de tantos privilégios que o Judiciário é algo descartável ou aliciável. Quanto isso é doloroso e quanto isso preocupa”. In: “Controle democrático” *O Globo*, 16.11.1987.

47 No RS se discutia a interrupção total do Judiciário contra o CNJ. *O Estado de São Paulo*, 14.2.1988. Tamém: “Constituinte – um Judiciário em expectativa” de Odyr Porto, *Folha de São Paulo*, 5.1.1988, e “A Justiça na nova Carta”, de José Renato Nalini, *O Estado de São Paulo*, 30.3.1988.

interesses corporativos”. No mesmo sentido foi a opinião de Celso Campilongo⁴⁸, ao dizer que o capítulo do Judiciário não inovava a ordem jurídica e exemplificava o seu fracasso e a vitória do corporativismo, com a supressão do CNJ e das demandas por maior participação popular. Campilongo registrava a importância de se atribuir função política ao Judiciário, mas enxergava no formalismo da “tradicional formação dos juízes” um impeditivo aos avanços previstos na Carta.

No segundo turno, realizado em agosto, o texto não sofreu alterações significativas. Mais duas reivindicações da magistratura foram acolhidas: a inclusão do livre provimento de cargos em comissão nos tribunais – independentemente de concurso, na parte que assegurava autonomia administrativa ao Judiciário, e a aprovação da aposentadoria integral para os juízes. Nelson Jobim referiu-se a ambas disposições como “privilégio descabido a uma categoria do país”, embora Jobim não restringisse sua avaliação do corporativismo no processo constituinte à atuação da magistratura⁴⁹.

A discussão sobre a criação do Conselho, com atribuição para o controle externo, voltaria ao Congresso por ocasião da revisão constitucional, quando novamente a reação da magistratura se refletiria em publicações de

48 “Sem inovações no sistema Judiciário” *Jornal da Tarde*, 11.4.1988.

49 “O que aconteceu é que, sem haver hegemonia, cada setor corporativo da sociedade brasileira chegava ou no Centrão ou no PMDB, pegava um pedaço do Estado brasileiro, punha embaixo do braço e ia embora. E veja, não havia aquela história de organismo da sociedade civil. A Igreja Católica, por exemplo, na questão da reforma agrária, conversava com a esquerda mais radical, a Pastoral da Terra, mas saía da sala da reforma agrária e entrava na sala da educação para negociar com a direita, porque queria verba para a PUC. Ou seja, estavam todos tentando defender seus espaços, a OAB inclusive, que não batalhou por parlamentarismo ou instituições, mas para conquistar a reserva de mercado do advogado” *apud* Barbosa, 2012, p. 227 (nota de rodapé n. 273).

artigos e livros, sustentando a inconstitucionalidade da previsão. Como demonstrou Maria Tereza Sadek⁵⁰, a resistência da magistratura contra o CNJ caiu gradualmente na década de 1990, o que ela atribui tanto à mudança da base das associações de classe em virtude da renovação de quadros, quanto à concepção da composição institucional do Conselho, formado majoritariamente por membros do próprio Judiciário, como restou consolidado posteriormente com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A percepção de que a corporação dos magistrados, incluídos os do Supremo, tinha sido uma das grandes vitoriosas do processo constituinte parecia evidente na resposta de Egidio Ferreira Lima à crítica feita pelo ministro do STF, Oscar Corrêa, de que o texto era demasiadamente grande e alterava relações de poderes, com prevalência do Legislativo, o que causou incômodo entre os constituintes. Contestando a afirmação do ministro, Ferreira Lima disse: “O Poder Judiciário não pode criticar a Constituição porque todo o capítulo referente ao Judiciário foi negociado com eles e aprovado ainda na primeira fase dos trabalhos”⁵¹, mencionando duas reuniões havidas com o presidente do Supremo, Rafael Mayer.

Ao final, a maior parte da estrutura interna do Judiciário foi mantida pela constituinte. Ao contrário do Ministério Público, que teve profundas alterações em seu estatuto funcional, e da Defensoria Pública, criada com a nova Constituição, a organização das competências dos membros da magistratura sofreu poucos ajustes. Conservou-se o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula, com atribuição para

50 Mapeando comparativamente a opinião dominante dos juízes sobre a criação do CNJ com atribuição para o controle externo realizadas nos anos de 1993, 1996 e 2000. Cf. Sadek, 2001, pp.112-133.

51 Trecho da fala reproduzido na *Folha de São Paulo*, 9.8.1988.

o controle de constitucionalidade difuso e concentrado. A justiça federal foi descentralizada em tribunais regionais e o antigo Tribunal Federal de Recursos transformado no Superior Tribunal de Justiça. Mantiveram-se as justiças especializadas do Trabalho, Eleitoral e Militar, além da autonomia dos Estados para organizar suas próprias justiças. A principal mudança foi a aprovação da autonomia administrativa e financeira, com a previsão de que caberia aos próprios tribunais a elaboração de seus orçamentos, atendidos os limites da lei de diretrizes orçamentárias.

Do processo constituinte como um todo as impressões foram as mais variadas, porém a maioria delas convergia para os aspectos positivos da nova Carta, cuja principal função havia sido alcançada: estabelecer as regras sobre as quais o jogo político se desenvolveria a partir de então. Escrevendo na véspera da promulgação do texto, Florestan Fernandes contabilizava os percalços do processo constituinte, mas afirmava que ela não era “uma peça homogeneamente conservadora, obscurantista ou reacionária. Ao revés, abre múltiplos caminhos, que conferem peso e voz ao trabalhador na sociedade civil e contém uma promessa clara de que, nos próximos anos as reformas estruturais reprimidas serão soltas”⁵².

Corporativismo, imparcialidade e a função judicial na Constituição.

O fenômeno do corporativismo e o seu reflexo sobre a construção da imagem da magistratura durante a constituinte não foi suficientemente problematizado na época. Após

52 Cf. Fernandes, 1989, p. 361. Já Miguel Reale alertava para o perigo do “totalitarismo normativo” criticando a pretensão demasiadamente abrangente da constituinte. Cf. Reale, 1989, p. 8.

o término dos trabalhos da constituinte, José Renato Nalini, um dos magistrados que havia participado ativamente do debate corporativo, escreveu trabalho acadêmico sobre o recrutamento dos juízes em que criticava a figura do “juiz burocrata ou estatutário”⁵³. Uma análise do tema sob a perspectiva da relação entre a crise do conceito de representação e a atuação de grupos de pressão no Congresso foi feita por José Ribas Vieira, em outubro de 1988, no XII Encontro Anual da ANPOCS. Do debate sobre o Judiciário na constituinte, Vieira concluiu que “perpassa, muitas vezes, não a ideia do predomínio de organizações associativas de interesse, e sim mais o aspecto de caráter institucional”⁵⁴.

Esse diagnóstico parece não se confirmar quando examinadas as menções à imparcialidade nos discursos dos juristas nas publicações selecionadas. Foram encontradas e mapeadas 20 menções expressas⁵⁵ que indicavam referência à atuação do Judiciário enquanto poder imparcial, seja especificamente em relação à atividade do juiz na apreciação de casos concretos ou ao papel da instituição enquanto árbitro do regime de separação dos poderes. O número é relativamente baixo (8,26%) quando comparado ao global (248 textos) do que não resulta, porém, a conclusão de que

53 Cf. Nalini, 1992, p. 91. Porém, recentemente o juiz-autor, defendeu o pagamento do auxílio-moradia deferida em liminar pelo ministro Luiz Fux, do STF, em demanda cuja opinião pública tem amplamente se oposto.

54 Cf. Vieira, 1988, p. 15. Em sentido inverso, destacando a força do corporativismo de juízes e promotores pós-redemocratização, José Murilo de Carvalho, 2008, p. 223. Uma análise específica sobre a mobilização dos membros do Ministério Público articulada entre as disputas da transição e as novas atribuições funcionais na defesa do interesse público, no período de 1974 e 1988, não derivadas exclusivamente do lobby corporativo, foi feita em Maciel & Koerner, 2014, p. 97-117.

55 Além da referência exata à *imparcialidade*, foram encontradas no mesmo sentido: *impeccabilidade*, *isenção*, *neutralidade*, além das variações modais *imparcial*, *isento* e *neutro*.

o argumento da imparcialidade teve pouco significado nos textos, pois em muitos deles o seu sentido aparece sob as expressões *autonomia* e *independência*, que são exaustivamente mencionadas nas publicações. Atribuímos essa ambiguidade a um elemento particular: por serem textos jornalísticos, na sua maioria, a distinção precisa e rigorosa dos sentidos jurídicos desses conceitos não foi tomada em consideração, assim como não era essa a expectativa dos leitores.

Entre as categorias criadas, a de *desenho institucional* tem o domínio de menções à imparcialidade nas publicações, somando 16 delas. Por sua vez, 13 dessas referências se concentram nos subtemas *controle externo* e *questões corporativas* que, entre outros assuntos, envolveram as discussões sobre a autonomia do judiciário e as prerrogativas da magistratura. Isso é evidenciado pela grande presença de menções (9) nos meses de outubro e novembro de 1987, quando a Comissão de Sistematização aprovou o Projeto Cabral II que havia incorporado ao texto provisório a transformação do Tribunal Federal de Recursos em Superior Tribunal de Justiça (que receberia também algumas competências do STF) e a criação do Conselho Nacional de Justiça. As mudanças constavam das sugestões do parecer da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, relatada pelo deputado Plínio de Arruda Sampaio, e foram alvo das reações dos ministros do Supremo, ainda que de modo mais discreto que a das associações de magistrados.

Os efeitos dessa reação sobre as discussões na Subcomissão foram registrados por Plínio Sampaio⁵⁶ em entrevista

56 “Na comissão o grande lobby, a grande dificuldade que eu tive aqui foi o pessoal que estava ligado ao Supremo. O Supremo não queria isso (um Tribunal Constitucional), ele queria essa coisa mista que saiu, que eu acho que foi uma pena, eu fui derrotado nisso. A figura mais forte era esse que depois foi Ministro do Supremo, o Maurício Corrêa. Eles estavam preocupados com os artigos 101 e 102, o 103 eles deixaram passar (...) Eu fui

concedida ao pesquisador Ernani Carvalho, cerca de vinte e oito anos mais tarde. Ao relatar que a vitória dos ministros em manter o desenho do STF foi acompanhada da concessão na ampliação dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Também José Afonso da Silva, que participou ativamente, assessorando membros da Subcomissão, concedeu entrevista⁵⁷, oportunidade em que falou sobre aspectos do processo constituinte que impactaram na configuração

ao Supremo conversei muito com eles, mas eles não abriram mão. Através do Maurício Corrêa fizeram as emendas e mudaram. Com o artigo 103 eles não criaram o menor problema eles estavam interessados era nisso (arts. 101 e 102). Uma vez que eles ganharam o que eles queriam eles não fizeram nenhuma força, então isso passou sem muita dificuldade (...) Eu, na verdade, não verifiquei nenhuma pressão para restringir e nenhuma pressão para pôr. Isso na verdade foi fruto dos acadêmicos que me assessoraram com as novas teorias da constitucionalidade, não houve uma pressão popular por isso, nem uma contra-pressão política por isso. (...) No Brasil ninguém acredita na justiça, também ninguém deu bola, a turma estava mais preocupada com as coisas sociais. A própria esquerda também não se preocupou muito e depois tinha um deputado deles lá e eles tinham confiança. Foi um capítulo tranquilo, não houve rolo. O que eles queriam tirar tiraram. Ou seja, eu tinha estatizado os cartórios, eles tiraram, eu tinha criado uma Justiça Agrária, eles tiraram, eu tinha suprimido a Justiça Militar, eles mantiveram, eu queria acabar com os vogais da Justiça do Trabalho e também perdi. Depois que eles conseguiram essas vitórias eles esvaziaram a sala, ficaram três gatos pingados às duas da manhã para discutir a Justiça Agrária. Eu até fiz um discurso dizendo está bem a imagem do povo brasileiro, os lobbies poderosos vêm, conseguem as suas coisas e vão embora. O lobby do povo, que são milhões, eram os três cidadãos lá. Todo mundo ouviu o que eu disse, acharam muito grave, me derrotaram e foram felizes para casa. (...) Fora esses pontos, os outros os Deputados topavam tudo. Não foi uma comissão dividida com debates acalorados, não foi". Cf. Carvalho Neto, 2007, p. 310.

57 "Já existia o anteprojeto Afonso Arinos que tratava dessa problemática. Na comissão Afonso Arinos lutou-se muito para se estabelecer um Judiciário diferente. Mas o próprio Poder Judiciário fez um lobby muito forte lá (na comissão) e na própria constituinte e até o Supremo Tribunal Federal. Na comissão Afonso Arinos eu propus a criação de uma Corte Constitucional, por exemplo. Depois disso foi aceito (na comissão), os conservadores bombardearam, depois foi proposto também na constituinte e caiu no primeiro turno". Cf. Carvalho Neto, 2007, p. 314.

institucional do STF no texto promulgado. A partir dessas declarações é possível observar que, embora a Subcomissão não tenha sido alvo das fortes disputas partidárias no que tange ao desenho institucional do STF e do Poder Judiciário, assim como sobre a configuração do modelo de jurisdição constitucional a ser adotado, a preservação do *status* corporativo dos grupos de interesse a que aquelas funções estavam relacionadas ocupou um papel decisivo nas escolhas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público e, por sua vez, da Assembleia Nacional Constituinte.

Durante a constituinte o recurso ao léxico da *imparcialidade* estava relacionado mais claramente à defesa de atributos da independência judicial, como a prerrogativa de vitaliciedade dos ministros do STF - em oposição à transformação do Tribunal numa Corte Constitucional composta por integrantes com mandatos temporários, que estariam sujeitos à influência da política partidária. Em seguida, as múltiplas referências passaram a ser mobilizadas contra a criação do CNJ, que ao prever a participação de membros externos à magistratura ameaçaria a inviolabilidade dos juízes, enquanto condição da imparcialidade dos julgamentos. Em menor proporção, alguns textos associavam a imparcialidade à garantia dos direitos individuais⁵⁸ em oposição ao controle externo, que não poderia ser instituído sem riscos para a “eficiência da burocracia estatal” de que dependeria uma “expressiva senão plena neutralização política do Judiciário”⁵⁹ ou a ofensa às “condições mínimas para exercício da jurisdição, que se espera neutra e equânime”⁶⁰.

58 A exemplo do artigo do juiz José Palmacio Saraiva: “Conselho Nacional de Justiça: retrocesso de mais de 100 anos” *O Estado de São Paulo*, 29.11.1987.

59 Tércio Ferraz Jr. em “Judiciário - a espinha dorsal do sistema”, *Folha de São Paulo*, 24.10.1987.

60 Celso Bastos em “O poder e a vontade popular”, *Folha de São Paulo*, 24.10.1987.

As menções ganharam uma significação distinta após a aprovação do texto no segundo turno pelo plenário da constituinte. Ao crescimento de expectativas sobre o papel institucional do Poder Judiciário com a promulgação da Constituição se equivaleram as declarações de constituintes e de representantes dos três poderes. O presidente do STF, Rafael Mayer, garantiu que os ministros estavam prontos para julgar com imparcialidade e lidar com o esperado aumento significativo de processos que versariam sobre questões interpretativas relativas ao novo texto constitucional. Ao elogiar a nova Constituição, o presidente da República José Sarney⁶¹ destacou a missão do Judiciário em “buscar a interpretação perfeita da alma da Carta”, afirmando ser tarefa do STF manifestar-se sobre a auto-aplicabilidade de preceitos não suficientemente claros. Também Nelson Jobim registrou a centralidade do Poder Judiciário na transição entre a ordem anterior e a nova. Prevendo que um período de insegurança jurídica se aproximava, foi enfático: “Teremos um grupo a favor de derrubar a legislação, outro a favor de mantê-la. E caberá ao Judiciário decidir a questão”⁶². Igual posição era refletida em publicações na imprensa assinadas por juristas, que replicavam as discussões sobre os efeitos da nova Constituição. Nesse sentido, Walter Ceneviva⁶³, invocando o Judiciário a assumir a sua tarefa criadora do direito; Adhemar Maciel⁶⁴ avaliando que a Constituição não tinha uma alma, pois era “uma verdadeira colcha de

61 *Jornal do Brasil*, 5.9.1988.

62 *Gazeta Mercantil*, 10.9.1988. A mesma edição reproduziu opiniões semelhantes de Rafael Mayer, Márcio Thomaz Bastos, Evandro Gueiros Leite e Saulo Ramos, para quem a incerteza momentânea sobre a compatibilidade da legislação anterior com a Constituição faria do Judiciário um “legislador temporário”.

63 “A Justiça com a nova Constituição”, *Folha de São Paulo*, 4.9.1988.

64 “O Supremo e a nova Constituição”, *Correio Braziliense*, 8.9.1988.

retalhos”, e que caberia ao STF “dar uma alma ao texto constitucional, harmonizando-o, direcionando-o”. E Ney Prado⁶⁵, que via na assunção da função política pelos juízes a garantia de estabilidade na conversão de previsões abstratas em realidade.

Essa caracterização da centralidade do Poder Judiciário no arranjo político-jurídico da Carta e o reforço da percepção de que seria dele a missão de implementar a nova ordem constitucional – em discursos que fundiam as noções de Constituição e democracia ou redemocratização, também era evidenciada em seminários organizados por juristas para debater o texto aprovado. A manifestação mais expressiva dessa posição foi de Ives Gandra Martins, que em reunião do grupo de 33 juristas em Belo Horizonte realizada no final de setembro de 1988, disse que após a promulgação da Constituição o poder efetivo passaria ao Judiciário. Conclusão que, na visão dele, daria aos próprios juristas uma posição privilegiada – senão exclusiva, para avaliar os efeitos do texto. Nas palavras de Gandra: “Em nível de Legislativo, será válida apenas a opinião daqueles que forem, além de constituintes, juristas. É o caso de um Michel Temer, que poderá opinar, mas na condição de constitucionalista”⁶⁶.

Ao lado dessa compreensão também se alinhavam as críticas ao governo Sarney que enfrentava um momento difícil na condução da política econômica após o fracasso de uma série de planos de estabilização e controle da inflação. O cenário institucional de incerteza em relação à nova Constituição fazia parte dos prognósticos pessimistas do Presidente, que em julho de 1988 havia criticado duramente os trabalhos da constituinte por pavimentar a

65 “A Constituição de 1988 e a vez do Judiciário”, *Gazeta Mercantil*, 31.10.1988.

66 *O Globo*, 23.9.1988. No mesmo sentido, a entrevista concedida por Gandra ao *Jornal da Tarde*, edição de 26.9.1988.

“ingovernabilidade” do país”, posicionava o governo entre as forças conservadoras que se oporiam à efetividade do texto. Esse era um fator que localizava os juristas críticos do governo no campo progressista ao tempo em que reforçava a própria imagem e a do Poder Judiciário na opinião pública.

Considerações finais

A parte mais significativa do conjunto de notícias, relatos e opiniões levantados no período (1986-1988) mostrou que da debilidade e falta de autonomia do Poder Judiciário no arranjo de poderes não se poderia concluir pela fragilidade da magistratura. A capacidade de impor prerrogativas e suas concepções sobre a organização do espaço em que os próprios magistrados desempenhariam suas funções havia demonstrado que a unidade entre o *interesse institucional* e o *interesse corporativo* era uma contradição.

Essa contradição era negada nos discursos dos juristas funcionalmente vinculados àquele poder, que atribuíam suas demandas à exigência popular de um Judiciário forte e não a reivindicações corporativas da própria classe profissional. No entanto, uma comparação entre as avaliações negativas do mesmo grupo sobre a situação e o funcionamento da justiça no país no início da constituinte e a manutenção ou ampliação de suas posições de poder no sistema constitucional não eram problematizadas como potencial causa ou elemento contributivo para o mal desempenho do Judiciário. Logo, a sensação de frustração sobre o capítulo dedicado ao desenho institucional do Judiciário, no final do processo constituinte, aparecia apenas nas declarações de alguns constituintes, editoriais de jornais ou de juristas não diretamente vinculados ao Poder Judiciário.

Como a imagem do passado imediatamente anterior à Constituição de 1988 está construída pelos vinte e um anos de

ditadura militar, pela série de violações aos direitos humanos perpetradas por agentes do Estado e pela impossibilidade de crítica ao autoritarismo sem o risco do constrangimento físico ou moral, as referências feitas ao texto constitucional estão sempre associadas ao restabelecimento da democracia. Fator que nos faz assimilar a defesa da assembleia constituinte e do texto quase como condição naturalizada, atribuindo a ambos a responsabilidade pela transição democrática e pelo que consideramos ter avançado na realização dos direitos. Mas, passados vinte e sete anos desde a promulgação da Constituição, já construímos uma referência ao passado que não é apenas de autoritarismo.

Disso não resulta negar à Constituição o mérito por várias das conquistas, inclusive para a redução das desigualdades, ponto de convergência entre as análises sobre o significado do texto. O que não se costuma evidenciar é que alguns grupos, e nesse particular se insere o dos *juristas*, ganharam mais do que outros nesse período, renovando a crença de que os direitos fundamentais ainda não realizados constituem o desafio dos próximos anos. É sobre esse ponto que subjaz uma percepção equivocada da realização desses direitos, pois oculta o papel das disputas semânticas entre a política e o direito, para delegar aos juízes a tarefa primordial de realizadores do projeto constitucional. Perceber os avanços significa reconhecer na Constituição um espaço diferenciado de comunicação sobre o sentido dos direitos que deve estar permanentemente aberto à crítica. Porém, os discursos que inflacionam o papel dos agentes do sistema de justiça esquecem que muitas das mudanças operadas tanto no direito quanto na política prescindem do texto constitucional, não justificando uma *fetichização* do conceito de Constituição, numa crença quase ontológica de que todas as conquistas em matéria de direitos devem ser atribuídas à

forma constitucional.

Da reflexividade que representa o espaço de experiência de uma constituinte para a organização do Estado poderiam ter sido criadas, e efetivamente foram, expectativas normativas amplas e diversas sobre o papel institucional do Judiciário e dos seus representantes. Antes do processo constituinte estas expectativas se lançaram sobre como a redemocratização refletiria a sua incidência sobre espaços pouco acessíveis e transparentes, como era o espaço judicial naquele momento. A reação às modificações que pudessem significar a redução de prerrogativas e competências ou a criação de instrumentos para o controle da atuação responsiva de integrantes dos tribunais, no entanto, mostrou três limites sobre o sentido mais abrangente da imparcialidade.

O primeiro foi o de que a contingência na qual a narrativa da categoria do poder constituinte foi construída dependia de uma complexa rede de acordos com a ordem constituída, cujos pactuantes (entre eles os integrantes do Poder Judiciário) buscavam manter ou ampliar suas posições no desenho jurídico-político⁶⁷. Situação que desmistifica o repetido dogma da teoria constitucional sobre o caráter incondicionado e ilimitado do poder constituinte ou a tese da *democracia dualista* em que se funda a explicação de Bruce Ackerman⁶⁸ sobre os raros *momentos constitucionais* que

67 Embora não tenha sido investigada a relação entre a corporação dos juízes e outros grupos de pressão política e econômica no período, o que permanece carente de explicação, a mobilização da magistratura na definição do desenho institucional acolhido no texto parece validar a perspectiva de Ran Hirschl, 2007, p. 49 e 99, segundo a qual o reforço da revisão judicial em processos de constitucionalização pode ser o resultado do pacto estratégico entre o isolamento de elites econômicas das disputas na arena política combinado às preferências e interesses profissionais da magistratura.

68 Cf. Ackerman, 1991, p. 6 ss. Uma crítica à dubiedade dessa posição é feita por Hirschl, 2007, p. 190 e também por Benvindo, 2016, que analisa os efeitos de uma série de recentes protestos populares como restrições à concepção

separam o exercício autêntico de uma soberania popular da política ordinária. A análise dos diversos fatores envolvidos nas deliberações da ANC mostrou as rígidas fronteiras para o seu livre espaço de atuação, entre elas a atuação do Judiciário, ora em defesa de suas próprias prerrogativas, ora sendo mobilizado por agentes do governo contra as decisões que ameaçassem alterar intransigentemente a estrutura sobre a qual o poder era exercido.

O segundo mostrava de modo mais claro que não se poderiam manter as expectativas da atuação imparcial de ministros, desembargadores e juízes quando a deliberação tivesse como objeto a delimitação institucional de sua autoridade decisória ou as suas próprias prerrogativas, vantagens e benefícios corporativos. A eficácia da antiga categoria *nemo iudex in causa propria* em tal situação não passaria de referência retórica vazia de sentido, ainda que a promoção do auto interesse como fator primordial das disputas políticas e jurídicas permanecesse oculta no discurso, especialmente na fala dos que estavam em posição de decidir sobre a validade das deliberações aprovadas.

Nesse ponto, cabe destacar o paradoxo de que era justamente a semântica da imparcialidade presente no discurso dos juristas que reforçava o desempenho do papel ativo dos juízes em defesa dos seus interesses no processo constituinte. Essa observação evidencia a inviabilidade da manutenção do binômio criatura-criador como categoria explicativa da imparcialidade no Supremo Tribunal Federal, cuja atuação na constituinte influiu na configuração de seu próprio desenho institucional e que, enquanto intérprete máximo do texto constitucional, passaria a definir os contornos de sua atuação político-jurídica valendo-se da circularidade que o arranjo constitucional atribuiu ao

nuclear e estanque dos *momentos constitucionais* de Ackerman.

Tribunal.

O último limite se colocava na associação entre imparcialidade e neutralidade política como dimensão constitutiva fundamental da imagem dos juízes e do Judiciário. Essa dimensão passava por uma radical mudança de significado articulada pelos próprios magistrados mobilizados pela reinserção da função política das suas atividades, o que exigiria a reformulação do discurso sobre a imparcialidade da jurisdição no campo constitucional. Em contrapartida à delegação de mais poder para a tomada de decisões políticas aos juízes estaria a exigência de uma construção mais complexa da imparcialidade, que rearticulasse, no entrelaçamento entre política e direito, o sentido da *confiança* na atuação dos ministros do STF, sem o que as expectativas criadas sobre a atuação do Tribunal na nova ordem constitucional seriam frustradas.

Referências bibliográficas

Ackerman, Bruce (1991). *We the people, foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (1985). *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*. Conferências proferidas durante o curso de aperfeiçoamento para juízes de direito do Estado do Rio Grande do Sul, realizado em Porto Alegre, de 27 a 31 de maio de 1985. Porto Alegre: Escola Superior de Magistratura.

Almeida, Frederico (2010). “A Nobreza Togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil”. *Tese de Doutorado em Ciência Política*. São Paulo: Universidade de São Paulo.

Benvindo, Juliano Zaiden (2016). “The Seeds of the Change:

popular protests as constitutional moments” *In: Marquette Law Review*. n. 99 (forthcoming).

Bierrenbach, Flavio (1986). *Quem tem medo da Constituinte*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. 05 de novembro de 1987.

Cabral, Bernardo (2008). A palavra do relator. Ontem, há vinte anos. *Revista de informação legislativa*. Brasília ano 45, n. 179, jul./set., pp. 81-88.

Carvalho, Alexandre (2012). *Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Brasília: Consulex.

Carvalho Neto, Ernani Rodrigues (2007). A Ampliação dos Legitimados na Constituinte de 1988: revisão judicial e judicialização da política. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n.º 96 (julho./dez.) p. 293-325.

Carvalho, José Murilo de (2008). *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Comparato, Fábio Konder (1986). “Por que não a soberania dos pobres?” *In: Constituinte e Democracia no Brasil hoje* (Comparato; Dallari & Emir Sader – orgs.). São Paulo: Editora Brasiliense, pp. 85-109.

Corrêa, Oscar Dias (1986). *A Crise da Constituição, a Constituinte, e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Costa, Alexandre; Carvalho, Alexandre & Farias, Felipe (2016). “Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade” *In: Direito GV*. v. 12, n. 1, jan./abr., pp. 155-187.

Engelmann, Fabiano (2009). "Associativismo e Engajamento Político dos Juristas após a Constituição de 1988" *In: Política Hoje*. v. 18, n.2, pp. 184-205.

Engelmann, Fabiano & Penna, Luciana (2014). "Política na Forma da Lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático" *In: Lua Nova*. n. 92, pp. 177-206.

Faoro, Raymundo (1987). "Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes" *In: Constituição e Constituinte* (Faoro; Ferraz Jr., Bandeira de Mello & outros). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio (1986). *Constituinte: Assembleia, Processo, Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves (1985). "O Estado de Direito, o Judiciário e a Nova Constituição" *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 160, abr./jun., pp. 61-76.

Fernandes, Florestan (1989). *A Constituição Inacabada: vias históricas e significado político*. São Paulo: Estação Liberdade.

Fleischer, David (1987). Um Perfil Sócio-Econômico, Político e Ideológico da Assembleia Constituinte de 1987. Trabalho apresentado ao XI Encontro Anual da ANPOCS.

Grau, Eros (1985). *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Hirschl, Ran (2007). *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.

Koerner, Andrei & Freitas, Lígia (2013). "O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo". *Lua Nova*. São Paulo, 88: 141-184.

Maciel, Débora & Koerner, Andrei (2014). "O Processo de Reconstrução do Ministério Público na Transição Política (1974-1985)" *In: Debates*. v. 8, n. 3, set./dez, pp. 97-117.

Paixão, Cristiano & Barbosa, Leonardo (2008). "Cidadania, Democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88" *In: Pereira, Flávio Henrique Unes & Dias, Maria Tereza Fonseca (org.). Cidadania e Inclusão Social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 121-132.

Pinto Ferreira, Luiz (1987). *Comissão Afonso Arinos: caderno n. 12*. Recife: Faculdade de Direito de Pernambuco - SOPECE.

Pécaut, Daniel (1990). *Os Intelectuais e a Política no Brasil: entre o povo e a nação*. São Paulo: Ática.

Pinheiro, Paulo Sérgio (1987). "A cidadania das classes populares, seus instrumentos de defesa e o processo constituinte" *In: Constituinte e Democracia no Brasil hoje (Comparato; Dallari & Emir Sader - orgs.)*. São Paulo: Editora Brasileira, pp. 54-68.

Reale, Miguel (1989). "Estrutura da Constituição de 1988" *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 175, jan./mar., pp. 1-8.

Reale Jr., Miguel (1990). *Constituinte: uma sociedade em busca de si mesma*. São Paulo: Serviço Social da Indústria.

Sadek, Maria Tereza (2006). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Saldanha, Nelson (1986). *O Poder Constituinte*. São Paulo:

Revista dos Tribunais.

Vianna, Luiz Werneck; Carvalho, Maria; Melo, Manuel & Burgos, Marcelo (1997). *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan.

Vieira, José Ribas (1988). "O Corporativismo e o Poder Judiciário: uma reflexão". Trabalho apresentado no *XII Encontro Anual da ANPOCS*. Águas de São Pedro.

Recebido em 31/12/2016.

Aprovado em 06/02/2017.

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

Quadra 3 - Lote 5/6, Ed. Multi Brasil

Corporate Asa Sul

70070040 - Brasília, DF - Brasil

E-mail: dzaidan@hotmail.com

