

**CAIO SANTIAGO FERNANDES SANTOS**

**CONSTITUIÇÃO, TRIBUNAIS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL:  
UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA PÓS-1988**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Celso Fernandes Campilongo  
Coorientador: Professor Catedrático Boaventura de Sousa Santos

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO – SP  
2019**

**CAIO SANTIAGO FERNANDES SANTOS**

**CONSTITUIÇÃO, TRIBUNAIS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL:  
UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA PÓS-1988**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Tit. Celso Fernandes Campilongo e coorientação do Prof. Cat. Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra).

Versão revisada e modificada nos termos da Resolução CoPGr n. 6.018 de 2011. A versão original da tese está disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO – SP  
2019**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Santos, Caio Santiago Fernandes

Constituição, tribunais e transformação social: uma análise da experiência brasileira pós-1988 ; Caio Santiago Fernandes Santos ; orientador Celso Fernandes Campilongo -- São Paulo, 2019.

183 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Sociologia dos Tribunais. 2. Transformação social. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Neoliberalismo. 5. Democracia. I. Campilongo, Celso Fernandes, orient. II. Título.

---

Nome – **SANTOS, Caio Santiago Fernandes**

Título – **Constituição, tribunais e transformação social: uma análise da experiência brasileira pós-1988**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciências.

**Aprovada em 20/08/2019**

**Banca Examinadora:**

---

**Prof. Titular Gilberto Bercovici**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

**Profa. Associada Maria Paula Dallari Bucci**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

**Prof. Doutor Laurindo Dias Minhoto**

Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

---

**Prof. Titular Armando Boito Júnior**

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas

---

**Profa. Titular Cecilia MacDowell Santos**

Universidade de São Francisco (Estados Unidos)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao professor Celso Campilongo, cujo apoio vem desde o curso de graduação e remonta às minhas primeiras atividades de extensão e de pesquisa. O professor Celso sempre forneceu estímulos decisivos para minha trajetória acadêmica. Ao longo da pesquisa de doutorado, foi fonte de inspiração, de diversas sugestões e de desafios produtivos. Pelo apoio, generosidade e respeito todos esses anos, meu obrigado.

Esta tese não teria sido possível sem a orientação e o apoio do professor Boaventura de Sousa Santos. Foi durante o período no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra em 2018 que as linhas fundamentais deste trabalho foram definidas. O CES é um ambiente de pesquisa estimulante, diverso, acolhedor e propício para o desenvolvimento de teses como esta. Além de inspiração teórica, o professor Boaventura é um orientador fraterno, dedicado e socialmente engajado, como pude constatar no período em Coimbra. Mesmo após o estágio em Coimbra o seu apoio foi fundamental para o presente resultado final. Por todos esses motivos, os meus mais elevados agradecimentos ao professor Boaventura.

Devo um agradecimento especial também ao professor Conrado Hübner Mendes, em razão da sua excelente disciplina de pós-graduação na Universidade de São Paulo e dos ricos comentários, sugestões e críticas na banca de qualificação. O professor Conrado é organizador de diversos eventos internacionais, os quais tive a oportunidade de frequentar em 2017, e uma referência para o debate público sobre os tribunais no Brasil. Agradeço também ao professor André Luiz Freire pelos comentários e sugestões na banca de qualificação.

No início da pesquisa, pude ouvir e dialogar com os professores Gilberto Bercovici e Alessandro Octaviani sobre temas relevantes. Por encorajar essa minha pesquisa desde os seus estágios iniciais, obrigado. Também mantive contato ao longo de 2017 com o professor Armando Boito Jr., assistindo a diversas palestras suas em São Paulo, razão pela qual lhe agradeço.

Os amigos ajudam das mais diversas formas, para além do diálogo sobre a tese. Sem eles este resultado final também não teria sido possível. Agradeço a Mario André Cabral, Jonnas Vasconcelos, Ariella Kreitlon, Rodrigo Calabrich, Aline Moreno, Igor Machado, Luiz Felipe Ramos, Silas Cardoso, Rafael de Sá Menezes, Caio Ferreira, Yasmin Pestana, Riccardo Silva, Isadora Brandão e Thiago Gonçalves. Com eles, aprendi que os melhores projetos são os coletivos. Em especial, agradeço a Tatiana Berringer pela convivência, companheirismo e diálogos ao longo de 2017.

Agradeço aos colegas de pós-graduação na USP e no CES com quem compartilhei disciplinas, monitorias, diálogos e participação em eventos: Marco Barros, Lucas Amato, Fernando Bezzi, Gabriel Fonseca, Matheus Silveira, Túlio Jales, Clio Radomysler, Flávia Carlet, Tiago Cavalcanti, Fabián Cevallos e Jalusa Arruda.

Uma parte relevante desta tese foi escrita nas cidades de Salvador e Petrolina. Por isso, gostaria de agradecer aos professores Júlio Rocha, Claudia Albagli, Ariadne Rigo, Anna Christina Barbosa, Gabriela Barreto e Douglas Zaidan e aos defensores públicos Firmiane Venâncio, Gil Braga e Fernanda Morais, com quem mantive contatos e conversas nas cidades.

No âmbito institucional, além do CES e da Faculdade de Direito da USP, passei por um rico período de estudos no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica em Oñati, onde realizei uma ampla pesquisa bibliográfica e frequentei disciplina no seu curso de pós-graduação. Agradeço ao diretor científico de então, Vincenzo Ferrari, e a Susana Arrese pela acolhida e pela oportunidade da visita.

Agradeço aos estudantes do Programa de Educação Tutorial em Sociologia Jurídica da USP, com quem pude ministrar um curso sobre a sociologia do direito na obra do professor Boaventura. Agradeço a Marina Shlessarenko que me ajudou na proposição e organização do curso. Agradeço também aos estudantes da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina, com quem pude refletir sobre diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal nas disciplinas de Direito Constitucional.

Agradeço aos dois defensores públicos, à magistrada e ao advogado que gentilmente aceitaram participar desta pesquisa como entrevistados e forneceram contribuições imprescindíveis para a análise do STF.

Por fim, e mais importante, agradeço aos meus pais, Alvany e Carlos, e à minha família, com quem sempre posso contar. São eles minhas referências principais e minha inspiração para enfrentar desafios. Sem eles não só essa tese, mas diversos outros projetos não seriam possíveis. Meu obrigado.

## RESUMO

SANTOS, Caio Santiago Fernandes. **Constituição, tribunais e transformação social**: uma análise da experiência brasileira pós-1988. 2019. 183 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O objetivo geral desta tese é analisar a atuação dos tribunais em processos de transformação social no período de 1988 a 2018 no Brasil. Com base na obra de Boaventura de Sousa Santos, propõe-se que as seguintes variáveis influenciam a atuação dos tribunais: i) grau de autonomia do Estado brasileiro nas relações internacionais; ii) força e agenda dos grandes grupos econômicos brasileiros; iii) força de movimentos sociais; iv) desenho institucional e perfil dos magistrados; e v) distintas teorias do direito. À luz desse quadro teórico, desenvolve-se uma análise panorâmica da atuação do Supremo Tribunal Federal sobre temas de transformação social em diferentes contextos políticos: o neoliberalismo (1990 a 2003), o neodesenvolvimentismo (2004 a 2014) e a crise política (2015 a 2018). Por meio da análise de acórdãos de julgamentos emblemáticos do STF, são reunidas evidências empíricas para sustentar uma correlação entre a atuação do tribunal e as variáveis elencadas, com primazia para a primeira e a segunda. Além do panorama, desenvolve-se também um estudo aprofundado sobre as decisões do STF no Habeas Corpus 126.292 e na Medida Cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, as quais restringiram o direito individual à presunção de inocência. Por meio da análise dos processos judiciais, de documentos diversos e de entrevistas de profissionais do direito, demonstra-se no estudo de caso que ocorreram fortes pressões de interesses internacionais e de grandes grupos econômicos brasileiros, as quais contribuíram para uma atuação informal e conservadora do tribunal, que contribuiu para a agenda neoliberal.

**Palavras-chave:** Sociologia dos Tribunais; Transformação social; Supremo Tribunal Federal; Neoliberalismo; Democracia.

## ABSTRACT

SANTOS, Caio Santiago Fernandes. **Constitution, courts and social transformation: an analysis of the post 1988 Brazilian experience.** 2019. 183 p. Doctoral Thesis - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The general objective of this thesis is to analyze the Brazilian courts' action in social transformation processes from 1988 to 2018. Drawing on the work of Boaventura de Sousa Santos, it proposes that the following variables influence the performance of Courts: i) degree of autonomy of the Brazilian State in international relations; ii) strength and agenda of the great Brazilian economic groups; iii) strength of social movements; iv) institutional design and preferences of judges; and v) different law theories. In light of this theoretical framework, it develops a panoramic analysis of the Brazilian Supreme Court's performance on social transformation issues in different political contexts: neoliberalism (1990 to 2003), neodevelopmentism (2004 to 2014) and political crisis (2015 to 2018). Based on the analysis of emblematic judicial decisions, it gathers empirical evidence to support a correlation between the Court's performance and the mentioned variables, with primacy to the first and second. In addition to the panorama, an in-depth study on the Brazilian Supreme Court's decisions in Habeas Corpus 126,292 and in Declaratory Constitutional Actions 43 and 44 is carried out, which have restricted the individual right of presumption of innocence. Through the analysis of judicial processes, documents and interviews with law professionals, this case study demonstrates that there were strong pressures from international interests and large Brazilian economic groups, which contributed to an informal and conservative court intervention that contributed to the neoliberal agenda.

**Keywords:** Sociology of Courts; Social transformation; Brazilian Supreme Court; Neoliberalism; Democracy.



## RIASSUNTO

SANTOS, Caio Santiago Fernandes. **Costituzione, tribunali e trasformazione sociale:** un'analisi dell'esperienza brasiliana post 1988. 2019. 183 p. Tesi di dottorato - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2019.

L'obiettivo generale di questa tesi è di analizzare l'azione dei tribunali nei processi di trasformazione sociale in Brasile dal 1988 al 2018. Basato sul lavoro di Boaventura de Sousa Santos, propone che le seguenti variabili influenzino l'esecuzione delle Corti: i) grado di autonomia dello Stato brasiliano nelle relazioni internazionali; ii) forza e ordine del giorno dei grandi gruppi economici brasiliani; iii) forza dei movimenti sociali; iv) design istituzionale e preferenze dei giudici; e v) diverse teorie giuridiche. Alla luce di questo quadro teorico, sviluppa un'analisi panoramica della performance della Corte Suprema brasiliana sulle questioni di trasformazione sociale in diversi contesti politici: neoliberalismo (1990-2003), neosviluppo (dal 2004 al 2014) e crisi politica (2015-2018). Analizzando giudizi emblematici, raccoglie prove empiriche a sostegno di una correlazione tra la performance della corte e le variabili citate, con primato al primo e al secondo. Oltre al panorama, viene svolto uno studio approfondito sulle decisioni della Corte Suprema brasiliana nell'Abeas Corpus 126.292 e nelle azioni costituzionali dichiarative 43 e 44, che hanno limitato il diritto individuale alla presunzione di innocenza. Attraverso l'analisi di processi giudiziari, documenti e interviste con professionisti del diritto, questo case study dimostra che vi erano forti pressioni da parte di interessi internazionali e ampi gruppi economici brasiliani, che hanno contribuito a un intervento giudiziario informale e conservatore ciò ha contribuito all'agenda neoliberista.

**Parole chiave:** Sociologia delle corti; Trasformazione sociale; Corte suprema brasiliana; Neoliberalismo; Democrazia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 – TRIBUNAIS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL</b> .....	23
1.1. Os tribunais na obra de Boaventura de Sousa Santos .....	24
1.2. O formalismo jurídico em Hans Kelsen.....	36
1.3. Tribunais: bloqueio ou promoção da transformação social?.....	43
<b>CAPÍTULO 2 – PARA UMA SOCIOLOGIA DOS TRIBUNAIS NO BRASIL</b> ....	47
2.1. O Estado brasileiro no contexto internacional .....	48
2.2. A atuação de grandes grupos econômicos brasileiros.....	58
2.3. A atuação de movimentos sociais .....	68
2.4. Desenho institucional e magistrados.....	79
2.5. A recepção de teorias críticas ao formalismo jurídico .....	92
<b>CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	104
3.1. Notas metodológicas .....	105
3.2. Um panorama da atuação do STF .....	112
3.3. HC 126.292 e Medida Cautelar nas ADC 43 e ADC 44.....	132
<b>CONCLUSÃO</b> .....	162
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	167
<b>APÊNDICE A – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO</b> .....	181
<b>APÊNDICE B – ROTEIRO DE ENTREVISTA</b> .....	182

## INTRODUÇÃO

Após mais de trinta anos do advento da atual Constituição brasileira, os tribunais têm sido objeto de análises críticas, tanto em pesquisas acadêmicas quanto em debates públicos. Muitas dessas análises partem de parâmetros do liberalismo político, tais como a necessidade de separação entre direito e política, de orientação da prática judicial pelas normas jurídicas, em especial a Constituição, e de tratamento igual para casos iguais<sup>1</sup>. Nessa ótica, os tribunais são suscetíveis de crítica na medida em que sua atuação se afaste desses ideais liberais, que se tornam, portanto, uma referência para sua avaliação. Essa crítica liberal, bastante comum entre pesquisadores e profissionais do direito, é legítima, uma vez que esses ideais são desejáveis e representam avanços civilizatórios ao menos na perspectiva dos países em que foram desenvolvidos, como Inglaterra, França e Estados Unidos. Além disso, a crítica é legítima também porque é com base nesses ideais do liberalismo político que os tribunais se apresentam para sociedade. Por exemplo, as decisões judiciais são comumente justificadas com base em normas jurídicas, e não em valores ou preferências pessoais do magistrado. Ao se afastarem desses ideais liberais, os tribunais destoam da imagem que almejam construir na sociedade. Esses ideais, em suma, fornecem elementos para avaliar e eventualmente criticar o comportamento dos tribunais.

No entanto, esse tipo de abordagem crítica, embora relevante, apresenta limites para identificar as causas de um determinado comportamento ou outro dos tribunais. Isto é, para além de como os tribunais *devem* se comportar, é necessário também abordar *por que* em alguns casos os ideais liberais se realizam e em outros não. Por exemplo, quais fatores contribuem para que os tribunais adotem um tratamento penal discriminatório de indivíduos e grupos sociais em razão de diferenças de raça, sexo e orientação política, mesmo que esses aspectos não justifiquem decisões judiciais distintas segundo parâmetros liberais de igualdade jurídica? Portanto, afastando-se parcialmente dos ideais normativos de como os

---

<sup>1</sup> Esses ideais liberais podem ser considerados “promessas emancipatórias da modernidade” como proposto por Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 8), isto é, como aspirações que embasaram revoluções e transformações liberais nos países centrais. Esses ideais podem ser identificados em diversos autores clássicos. Por exemplo, Montesquieu (1996, p. 169-170) sustentou que “o poder de julgar” deve ser “invisível e nulo” e “exercido por pessoas tiradas do seio do povo”, de modo que um acusado “não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazerem violência.” Nesse sentido, o resultado de um julgamento deve independe do julgador. Nos artigos federalistas, afirma-se que o papel do Judiciário é “declarar nulos todos atos contrários ao sentido manifesto da Constituição” como forma de preservar “o poder do povo” expresso na mesma (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 480-481). Kelsen (2006, p. 15) sugere que o direito regula a conduta humana de modo geral, e não de indivíduos em específico, por meio de normas gerais e abstratas. Luhmann (2016, p. 406) também incorpora elementos da filosofia política liberal, como na seguinte passagem: “O juiz depara com uma dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa, o que, no mínimo, quer dizer aplicar a igualdade nos casos particulares, isto é, aplicar as mesmas regras.” Ou seja, o tratamento igual para casos iguais é algo que se pode exigir do sistema jurídico.

tribunais devem se comportar, esta tese se propõe a focar na explicação da atuação real dos tribunais<sup>2</sup>.

Na esteira de Boaventura de Sousa Santos, a premissa teórica fundamental é que, para explicar a atuação dos tribunais, é necessário considerá-los não como um objeto isolado, mas sim inserido na sociedade. Os tribunais estão submetidos a diferentes pressões oriundas de grupos e classes sociais com interesses diversos<sup>3</sup>. Nesse sentido, as práticas dos tribunais são em alguma medida reflexo dessas pressões, as quais podem contribuir para que se afastem de ideais liberais. Sem considerar essas pressões oriundas do contexto político brasileiro, não é possível explicar a atuação dos tribunais. Além disso, a própria reação dos tribunais a essas pressões também tem relação com o contexto político, uma vez que os magistrados estão inseridos na sociedade. Dessa forma, a sua atuação pode refletir valores políticos e vínculos sociais, por exemplo. A tendência de se considerar os tribunais como um objeto isolado é comum na área do direito e na ciência política contemporânea, que tendem a focar em diversos fatores institucionais dos tribunais e perder de vista o contexto mais amplo em que sua prática está situada, como afirma Armando Boito Júnior<sup>4</sup>.

O foco desta tese é um tipo específico de atuação dos tribunais: a que tem relação com temas de transformação social. Trata-se de uma delimitação da sua atuação global a fim de analisar os casos judiciais em torno dos quais se concentram as pressões políticas mais significativas. Como propõe Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 459; 2016, p. 51), “transformação social” abrange diversas formas de promoção da inclusão social e de redução de desigualdades, sobretudo por meio do exercício de direitos. Nesse sentido,

---

<sup>2</sup> Em sentido semelhante sobre a “judicialização da política”, Avritzer e Marona (2014, p. 70) afirmam: “as narrativas acerca do fenômeno são construídas a partir de uma perspectiva teórica comum, forjada sob os auspícios da tradição liberal no campo do constitucionalismo e da teoria democrática. A adoção de uma perspectiva analítica que supere o marco liberal permite que se avancem as reflexões acerca da judicialização da política, renovando os termos do debate pela compreensão mais aprofundada do papel do Judiciário na conformação da cidadania no Brasil.” Além disso, é possível acrescentar que parte dos estudos sobre os tribunais no Brasil orientam-se exclusivamente por autores eurocêntricos, isto é, autores que desenvolveram seus trabalhos analisando apenas a realidade europeia.

<sup>3</sup> Nesta tese “pressão” é compreendida em sentido amplo, abrangendo diversas formas de influência sobre os tribunais, desde as mais formais, como reformas legislativas e participação em processos judiciais, até as mais informais, envolvendo negociações, ameaças, promoção de eventos sociais e uso de meios de comunicação. Ou seja, “pressão” é o conjunto de atividades e estratégias exercidas pelos diversos grupos sociais para influenciar a prática dos tribunais, avançando sua agenda e interesses. Essas pressões incidem sobre diversas instituições estatais, mas nesta tese o foco são os tribunais. Utiliza-se o termo “tribunais” como sinônimo de Poder Judiciário.

<sup>4</sup> Segundo Armando Boito Jr. (2018, p. 10), as “correntes institucionalistas” são a “orientação dominante na ciência política contemporânea” e “em graus variados, separam a análise política da análise econômica e social, incorrendo numa concepção formalista do processo político”. Ou seja, essas correntes analisam as instituições de forma apartada da economia e da sociedade. O desafio é identificar as relações entre aspectos institucionais e os conflitos do processo político. Uma “abordagem totalizante do processo político” permite “detectar suas causas e características mais profundas” (BOITO JR.; GALVÃO, 2012, p. 7-8).

“transformação social” envolve a ampliação do acesso a direitos sociais, como moradia, educação e saúde, para setores antes excluídos do seu exercício. Além disso, envolve a garantia de direitos civis considerados “clássicos” para grupos em posição de desigualdade, como o direito à liberdade e à vida para jovens negros. Envolve ainda a atuação do Estado na economia para promover o desenvolvimento e garantir uma certa distribuição dos recursos naturais e da renda decorrente de atividades econômicas, por meio da regulação das relações de trabalho por exemplo. A atual Constituição contém diversas normas sobre esses temas, de modo que possuem um conteúdo transformador em relação à realidade brasileira<sup>5</sup>.

No entanto, a atuação dos tribunais pode não implicar a promoção da inclusão social e a aplicação de direitos constitucionais. Ao contrário, os tribunais podem também restringir direitos e enfraquecer processos mais amplos de transformação social. Isto é, os tribunais podem tanto favorecer quanto bloquear processos de transformação social. Esse segundo cenário é especialmente relevante em situações em que os demais poderes buscam promover políticas de transformação social. Por exemplo, os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis que almejam promover a inclusão social. Podem também contribuir para a perseguição criminal de agentes políticos que conduzem políticas transformadoras, o que, por sua vez, pode ocorrer de forma mais ou menos legal e mais ou menos seletiva em relação a demais agentes políticos. Este último tipo de atuação dos tribunais talvez seja a mais relevante no Brasil para analisar sua relação com processos mais amplos de transformação social. Nesse sentido, a vantagem dessa definição ampla de transformação social é que permite refletir sobre as diversas formas de inserção dos tribunais em processos políticos mais amplos, para além da atuação mais direta e evidente sobre direitos sociais, tais como a concessão judicial de medicamentos, sobre o que já existe maior número de estudos.

O marco temporal de análise nesta tese é o período de 1988 a 2018, uma vez que é neste período que se instalou a democracia e as possibilidades jurídicas para uma atuação transformadora dos tribunais aumentaram. Uma nova Constituição representa uma mudança fundamental no ordenamento jurídico, uma vez que contém as normas hierarquicamente superiores às demais. Nesse sentido, uma Constituição pode não recepcionar normas

---

<sup>5</sup> Para Gilberto Bercovici (2005, p. 9; 2016a, p. 8-9) a atual Constituição brasileira pode ser considerada transformadora pois contém normas que visam a reduzir a desigualdade social e a superar o subdesenvolvimento. O Poder Executivo tem um papel de destaque na implementação da Constituição, segundo Bercovici. Em sentido semelhante: Octaviani e Bercovici (2013). Para fins desta tese, destacam-se as seguintes características da Constituição: os direitos sociais, as possibilidades de atuação do Estado na economia, os direitos civis e os objetivos amplos de desenvolvimento e de redução de desigualdades.

anteriores, alterar desenhos institucionais, e criar novos direitos, entre outros aspectos. A Constituição de 1988 fortaleceu o Judiciário em relação aos demais poderes, ampliando as condições institucionais para desenvolver uma agenda própria. Como consequência, uma nova Constituição provoca mudanças de expectativas de diversos grupos sociais sobre a atuação dos tribunais. Enfim, é a partir de 1988 que o tema da transformação social por meio dos tribunais se torna mais relevante e complexo no Brasil. Nesse contexto, o Judiciário merece uma análise distinta dos demais poderes. A adoção desse marco temporal (1988-2018) não significa desconsiderar continuidades do período anterior e a relevância de análises históricas mais amplas. Ao contrário, essas continuidades são também abordadas ao longo da tese.

No período de 1988 a 2018 é possível distinguir, por sua vez, três subperíodos. O critério principal para essa periodização é a agenda política predominante, isto é, o conjunto de políticas desenvolvidas pelo Estado, seguindo as análises de Armando Boito Jr. (2012; 2018). Essas políticas refletem, na maior parte, a força das diversas classes e frações de classe, com destaque para os grupos econômicos hegemônicos em cada período. O primeiro período inicia-se em 1990, predominando a agenda política neoliberal, a qual é caracterizada pela abertura comercial, privatização de empresas estatais, redução de gastos públicos e adoção do regime de metas de controle de inflação, entre outras medidas. Para Santos (2002, p. 453; 2016, p. 41), o avanço global do neoliberalismo implicou o “crescimento estrutural da exclusão social”, sendo, por isso, conservador. Essa agenda perdura no Brasil, ainda que com oscilações na sua intensidade, até 2003. Esse ano pode ser considerado como de transição, uma vez que ocorreu uma reforma da previdência ainda com feições neoliberais. No entanto, outras medidas como a reforma trabalhista e o prosseguimento das privatizações passaram a ser bloqueadas. Em 2004 inicia-se um segundo período, em que predomina a agenda neodesenvolvimentista. O Estado passou a desenvolver um conjunto de políticas que visavam a ampliar o crescimento econômico e a promover a inclusão social. Entre as medidas dessa agenda, destacam-se o apoio estatal para empresas nacionais, a geração de empregos formais, a valorização do salário mínimo, e diversas políticas sociais de elevado porte. O período neodesenvolvimentista perdura até 2014. Em 2015 inicia-se um período de crise política, caracterizado pela retomada das políticas neoliberais e mudança de governo em 2016. Até 2018 essa agenda neoliberal possuía um restrito apoio social, como evidencia as altas taxas de reprovação do governo de então. Essa periodização visa a captar as principais mudanças no contexto político brasileiro e suas relações com a atuação dos tribunais. Uma mesma agenda política pode perpassar diferentes governos, bem como o

mesmo governo pode oscilar entre distintas agendas políticas. Por isso, essa periodização foca na agenda política predominante, e não nos governos do período pós-1988. Considerando a perspectiva teórica de inserir os tribunais na sociedade, os contextos políticos em que se analisa sua atuação são, em síntese, o neoliberal de 1990 a 2003, o neodesenvolvimentista de 2004 a 2014, e o de crise política de 2015 a 2018.

As questões que orientam a análise dos tribunais nesta tese são as seguintes: Como explicar a atuação dos tribunais brasileiros no período pós-1988 em processos de transformação social? Quais fatores influenciam o seu desempenho sobre direitos sociais, direitos civis para grupos vulneráveis, redução de desigualdades e discriminações e atuação do Estado na economia? Por que sob a égide da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal desenvolveu em casos relevantes uma atuação conservadora, isto é, que contribuiu para bloquear processos mais amplos de transformação social?

Para enfrentar essas questões, esta tese situa-se no campo da sociologia do direito e, em especial, da sociologia dos tribunais. Para analisar os tribunais na sociedade, é necessário mobilizar teorias e metodologias de pesquisa das ciências sociais como um todo, e não apenas da área do direito. Em geral, os trabalhos na área do direito são orientados pelo formalismo jurídico e tendem a focar na descrição de normas jurídicas, isolando-as do contexto social mais amplo. Ao mesmo tempo em que fornece parâmetros relevantes para decisão de conflitos com base em normas jurídicas, o formalismo jurídico não tem condições para explicar a atuação dos tribunais e analisar os fatores que os influenciam. A sociologia do direito pode inclusive abranger aspectos do formalismo jurídico, a fim de também considerar leis e decisões judiciais.

O marco teórico e metodológico principal desta tese é a obra de Boaventura de Sousa Santos, com destaque para seus trabalhos sobre os tribunais. Esses trabalhos apresentam um olhar específico para os tribunais no âmbito do Estado, desenvolvendo diversos conceitos para sua análise, e os inserindo no contexto social geral. Dessa forma, permite uma visão ampla sobre os múltiplos fatores que influenciam os tribunais. Além disso, seus trabalhos realizam amplas reflexões teóricas e profundas pesquisas empíricas, evitando os riscos do “teoricismo” e do “empiricismo”<sup>6</sup>. A obra de Santos é composta por

---

<sup>6</sup> Santos (2002, p. xviii; p. 2009, p. 19) defende um método de “teoria situada” [*grounded theory*], um meio termo entre “teoricismo” e “empiricismo”. O primeiro é predominante na tradição europeia e trabalha apenas com o raciocínio dedutivo e o diálogo com a literatura, sem produzir dados empíricos para demonstrar hipóteses ou para desenvolver a teoria. O segundo, predominante nos Estados Unidos, defende que a “verdade científica” é decorrente apenas da empiria, responsável por todo o mérito de uma pesquisa. No entanto, Santos (2002, p. xviii; 2009, p. 19) alerta que por vezes não é possível transformar os fenômenos sociais em “experimentos controlados”, sob o risco de prejudicar ou até mesmo inviabilizar seu estudo. Desde sua tese de doutorado,

diversas pesquisas sobre o direito estatal e os direitos não-estatais em distintos contextos sociais, incluindo países da América Latina, Europa e África. Nesse sentido, a sua obra está voltada para uma produção de conhecimento que não seja pautada apenas pela realidade dos países do Norte global. Na perspectiva de Santos (2014b, p. 133; 2017a) é necessário desenvolver um pensamento “pós-abissal” do direito, isto é, teorias sob a perspectiva de países do Sul global, nos quais predominam exclusões radicais promovidas pelo capitalismo, colonialismo e patriarcado<sup>7</sup>.

Com base na obra de Santos, esta tese propõe que as seguintes variáveis influenciam a atuação dos tribunais em temas de transformação social no período pós-1988: i) o grau de autonomia do Estado brasileiro no contexto internacional; ii) a força e a agenda política dos grandes grupos econômicos brasileiros; iii) a força de movimentos sociais; iv) o desenho institucional dos tribunais e o perfil dos magistrados; e v) o formalismo ou informalismo na teoria do direito. Enquanto as três primeiras variáveis referem-se ao contexto político e as pressões oriundas dele, as duas últimas estão mais associadas à reação dos tribunais a essas pressões. Em relação ao contexto político brasileiro, adotam-se como referências principais os trabalhos de Armando Boito Jr. (2012; 2018) e André Singer (2012; 2018). Com base neles e em diversos autores, propõe-se a sistematizar, relacionar e desenvolver, a nível teórico, as variáveis que influenciam a atuação dos tribunais no período pós-1988. O mérito desse quadro analítico é considerar os diversos fatores que influenciam a atuação dos tribunais, e não apenas um único fator isolado dos demais. De modo geral, um quadro teórico amplo é fundamental para realizar pesquisas sobre os tribunais, uma vez que contribui para iluminar o objeto de estudo. A teoria indica questões e aspectos relevantes a serem observados na produção de dados, orienta a análise desses dados e fornece um conjunto de conceitos gerais, entre outras contribuições<sup>8</sup>.

---

Santos (1980, p. 49) afirma: “É hoje fácil reconhecer que é tão urgente produzir investigação empírica quanto evitar o empiricismo [...]”. Em sentido semelhante sobre a obra de Santos, Celso Campilongo (2000, p. 56) afirma: “Boaventura Santos combina suas experiências empíricas, inclusive no Brasil, com uma forte e penetrante teorização sobre o direito contemporâneo.”

<sup>7</sup> Hirschl (2014, p. 217-222) afirma que as conclusões generalizantes e “universais” da literatura de direito constitucional comparado que analisa apenas países do Norte global tendem a ser incorretas perante realidades distintas, como a brasileira. Também em sentido semelhante: Wolkmer (2017).

<sup>8</sup> Nesse sentido, Santos (1982a, p. 13) afirma: “Toda a investigação científica tem a presidir-lhe desde o início um conjunto de orientações teóricas e estratégicas analíticas, com base no qual é construído o objecto de investigação, escolhida a unidade de análise, seleccionadas as técnicas e os métodos, orientado o trabalho de campo, analisados e teorizados os dados recolhidos.” Para Santos (1982a, p. 13) é uma “ilusão” acreditar que “os dados têm uma existência atórica”, isto é, que “são constatações puras”. Dessa forma, mesmo uma pesquisa com aportes exclusivamente empíricos necessita mobilizar conceitos e teorias.



À luz dessa construção teórica, este trabalho desenvolve uma análise empírica sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. O STF é o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e acumula tanto competências recursais para decidir sobre processos iniciados em instâncias inferiores, quanto competências originárias para decidir sobre processos que nele se iniciam. Nesse último caso, destacam-se as ações de controle concentrado de constitucionalidade e os processos criminais contra agentes com prerrogativa de foro. Enquanto órgão de cúpula, o STF possui um papel constitucional de destaque na relação com demais poderes e com os órgãos judiciais inferiores. Por isso, o tribunal está sujeito a intensas pressões oriundas de diversos grupos sociais, em especial os que concentram energias no Judiciário para o avanço da sua agenda e interesses.

A análise empírica do STF é realizada por meio de duas abordagens complementares e de natureza qualitativa. Primeiro, desenvolve-se um panorama sobre a atuação do tribunal em temas de transformação social no período pós-1988, por meio da análise de acórdãos de julgamentos emblemáticos. Nesse momento, sustenta-se que existe uma correlação entre a atuação do tribunal e as variáveis elencadas, sobretudo a atuação de grandes grupos econômicos e interesses estrangeiros. Demonstra-se que o STF forneceu relevantes contribuições para o avanço do neoliberalismo no Brasil. Segundo, desenvolve-se um estudo aprofundado da atuação do STF no Habeas Corpus 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nos quais se passou a permitir, em 2016, a execução de decisão penal condenatória antes do seu trânsito em julgado. No contexto de crise política a incidência das variáveis indicadas se tornou mais evidente. No estudo de caso são adotados múltiplos métodos de pesquisa, como análise dos processos judiciais, de documentos diversos e de entrevistas de profissionais do direito. Demonstra-se que existiram fortes pressões estrangeiras e de grandes grupos econômicos brasileiros que contribuíram para uma atuação informal e conservadora do tribunal, uma vez que se afastou da interpretação literal da Constituição e restringiu o direito individual à presunção de inocência, contribuindo para o avanço da agenda neoliberal. Além disso, fatores relacionados ao desenho institucional, ao perfil dos magistrados e a mudanças na teoria do direito também são identificados e discutidos na análise empírica do STF.

Em suma, pesquisas sobre os tribunais no âmbito da sociologia do direito permitem avançar reflexões teóricas e análises empíricas com base em diversos métodos de pesquisa. Nesta tese, o momento empírico sobre o STF se beneficia de uma construção teórica anterior e permite o embasamento dessa reflexão. Além disso, a análise empírica pode também

identificar elementos não previstos na discussão teórica, contribuindo para o seu desenvolvimento.

### **O estado da arte sobre o Supremo Tribunal Federal**

A literatura atual sobre o STF é ampla e rica. Atualmente se reflete muito mais sobre o tribunal do que décadas atrás. Ao longo da tese toma-se por base essa literatura existente, da qual são extraídas diversas contribuições para análise do tribunal. De todo modo, é necessário situar a proposta e a contribuição desta tese no estado da arte sobre o STF.

Em trabalho com “viés mais institucionalista”, Oscar Vieira (2008, p. 442) foi um dos primeiros a identificar uma “expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral”. Para Vieira (2008, p. 442) “não há como comparar a atual proeminência do Tribunal [STF], com a sua atuação passada”, que se tornou “uma espécie de Poder Moderador” e se deslocou para “o centro de nosso arranjo político”. Dessa forma, assumiu o “papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais” (VIEIRA, 2008, p. 445). Entre as causas para isso, o autor destaca as institucionais: “a ampliação de temas entrincheirados na Constituição” e a arquitetura constitucional que “conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional” (VIEIRA, 2008, p. 447)<sup>9</sup>. Segundo Vieira (2008, p. 444), a Constituição brasileira se insere no rol de constituições de diversos países que “não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social”. No contexto de 2008, o fortalecimento do STF seria ainda um “sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas” (VIEIRA, 2008, p. 457), ressaltando a “recém aceitação da denúncia contra os *mensaleiros*” (VIEIRA, 2008, p. 448, grifo do autor) e decisões relevantes do tribunal sobre pesquisas com células tronco e a perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária<sup>10</sup>. Diante dos possíveis percalços com o crescente poder e impacto político da atuação do STF, Vieira (2008, p. 457) recomenda a

---

<sup>9</sup> Comentando a literatura institucionalista, Wang (2013, p. 14) afirma que as instituições “se apresentam, em grande parte, como normas jurídicas. Nesta perspectiva [institucionalista], as normas jurídicas moldam o processo de tomada de decisão e influenciam seu resultado, além de formar identidades, funções e preferências [...] Com o crescimento do neo-institucionalismo, o direito passou a ser considerado mais seriamente.”

<sup>10</sup> Falcão e Oliveira (2013, p. 445) relatam que Nelson Jobim, durante o período em que foi presidente do STF (2004-2006), começou a “selecionar para integrar a pauta da sessão, dentre os processos já conclusos para julgamento na secretaria, aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública. A partir daí, os sucessivos presidentes buscaram maior sintonia entre agenda do STF e a agenda da opinião pública.” Ou seja, o STF passou a adotar uma “agenda temática” que contribuiu para ampliar sua relevância no contexto político.

“racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo” por meio das seguintes medidas: concentração de energia na sua função de jurisdição constitucional, redução das competências monocráticas dos ministros, maior transparência na definição da agenda do tribunal, e intensificação do processo de discussão entre ministros de modo a resultar em acórdão que apresente claramente as justificativas da decisão da maioria. Essas medidas não teriam o condão de resolver as “dificuldades contra-majoritárias do Supremo, mas poderão dar mais integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, vulnerabilizam a própria autoridade do Supremo” (VIEIRA, 2008, p. 459)<sup>11</sup>. Dessa forma, essa literatura contribuiu para o fortalecimento do STF, uma vez que almejava qualificar sua prática.

Outros autores corroboraram e desenvolveram o diagnóstico de crescente participação do STF no contexto político. Arguelhes e Ribeiro (2016) apontam que nos anos 2000 o tribunal passou a ampliar seus poderes, exercendo em maior plenitude seu papel constitucional. Nos primeiros anos pós-1988, como afirma Arguelhes (2014), a jurisprudência do tribunal ainda era restritiva sobre seus poderes, retirando efeitos práticos do Mandado de Injunção e não apreciando a constitucionalidade de leis anteriores à Constituição, por exemplo. Em relação aos direitos sociais, Ferraz (2015) demonstra que foi nos anos 2000 que o STF passou a ter uma postura mais “ativista” de eventualmente contrariar medidas dos demais poderes, uma vez que durante a década de 1990 prevaleceu uma postura “deferente”.

O próprio exercício de poderes individuais pelos ministros cresceu, como analisam Arguelhes e Ribeiro (2018), tais como na definição da agenda do tribunal, sinalizações em debates públicos sobre temas que podem vir a julgar e em decisões monocráticas. Dessa forma, não apenas o colegiado do STF intervém de forma mais direta no processo político, mas também “ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 30). Em especial no período de crise política, “a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada” (ARGUELHES; RIBEIRO,

---

<sup>11</sup> Em sentido semelhante, Mendes (2010) afirma: “O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade.” Nesse sentido, Mendes (2012) defende uma “corte deliberativa” fornecendo um conjunto de parâmetros normativos para o processo decisório do STF independentemente de eventuais desacordos sobre o mérito em si da decisão final.

2018, p. 14). Essa atuação isolada escapa do controle do Plenário e por vezes pode até contrastar com a opinião majoritária consolidada sobre um tema. Esse exercício de poderes individuais decorre do “desenho” e “prática” do STF (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 27), e aumenta as possibilidades de “captura” dos ministros por “grupos de interesse” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 30).

O contexto de crise política a partir de 2015 ampliou a necessidade de pesquisas sobre STF, uma vez que sua atuação se tornou mais errática e ocorreram casos notórios de tratamento desigual para situações iguais. Nesse sentido, Barbosa (2018, p. 9-10) afirma que “os pontos fora da curva se multiplicaram” e que “sem uma jurisprudência coerente [...] a corte expõe suas fragilidades e alimenta o mal-estar sobre sua atuação.” Um desafio atual de pesquisa, portanto, é decifrar esse “mal-estar” e identificar suas causas.

De modo geral, os trabalhos de cunho mais institucionalista não se preocupam em vincular a atuação do STF aos conflitos políticos brasileiros mais amplos<sup>12</sup>. Nesse sentido, há uma tendência de sobrevalorizar aspectos institucionais na explicação da prática do STF. Arguelhes e Ribeiro (2018) não exploram, por exemplo, como a ação individual de um ministro pode refletir determinados interesses de grupos e classes sociais. Em linhas gerais, propõe-se nesta tese que mudanças no contexto político podem influir na atuação do tribunal e seus ministros. As próprias definições sobre o desenho institucional do tribunal ocorrem em determinado contexto político e são objeto de conflitos de interesses. Dessa forma, algumas questões identificadas pela literatura de direito constitucional e da ciência política institucionalista sobre práticas do STF só podem ser respondidas se considerado o contexto em que se insere. Os conflitos e contradições políticas brasileiras também perpassam o tribunal.

Em relação aos métodos de pesquisa, a tendência predominante nos estudos sobre o STF é utilizar exclusivamente a análise de acórdão, como ocorre em Vieira (2008) e Ferraz (2015). Embora relevante para fornecer evidências empíricas, a análise de acórdão em geral não permite captar conflitos do contexto político mais amplo e as pressões em torno da atuação do tribunal. Nesse sentido, é necessário, como propõe o estudo de caso nesta tese, diversificar os métodos de pesquisa a fim de captar evidências sobre as relações entre o tribunal e conflitos políticos.

Na área da ciência política é possível identificar um certo “empiricismo” na literatura sobre o STF, o que tende a limitar as possibilidades de estudo do tribunal e a

---

<sup>12</sup> Alguns estudos inserem os tribunais na dinâmica entre poderes, mas também tendem a desconsiderar os conflitos entre grupos e classes sociais, tais como Vieira (2018) e Benvindo e Acunha (2018).

teorização sobre resultados<sup>13</sup>. Nesse sentido, em relação a estudos que adotam metodologias quantitativas que visam a abranger todo o volume processual do STF ou de uma classe processual específica, tais como Oliveira (2012), esses podem omitir o estudo de casos relevantes. Ou seja, dilui-se os processos de elevado impacto do tribunal, em torno dos quais as pressões são mais intensas e relevantes, no conjunto global da atuação do tribunal. Sem abandonar a necessidade de análises empíricas, esta tese visa a escapar dos riscos do “empiricismo”.

Metodologicamente, a proposta desta tese se aproxima mais de trabalhos que realizam estudos de casos sobre atuações particularmente relevantes do STF. No entanto, o risco de se analisar apenas um processo judicial é produzir uma imagem distorcida do tribunal uma vez que se desconsidera outros casos igualmente relevantes e contemporâneos ao estudo. É o caso de Catharina (2015) que desenvolveu estudos de casos sobre os julgamentos de cotas raciais, união homoafetiva e política quilombola, nos quais a atuação do tribunal foi progressista e houve uma relevante influência de movimentos sociais. No entanto, desconsidera-se as atuações conservadoras do tribunal, nos quais movimentos sociais não foram ouvidos e que podem ter tido até um impacto maior. Dessa forma, a imagem do tribunal produzida depende dos casos selecionados para estudo. Para evitar esse risco, esta tese busca desenvolver um panorama da atuação do STF no período pós-1988, identificando tanto decisões que contribuíram para promover a transformação social quanto para bloqueá-la. O mesmo tribunal pode ter uma atuação progressista em alguns casos e conservadora em outros, de modo que é relevante considerar essa ambiguidade e analisar qual aspecto prevalece.

Em suma, a literatura atual sobre o STF apresenta insuficiências e limites sobre os quais esta tese pretende fornecer aportes teóricos e empíricos. De modo geral, as pressões a que o STF está submetido ainda não foram plenamente incorporados na literatura acadêmica, sobretudo as provenientes dos grandes grupos econômicos e de interesses internacionais. Este trabalho pretende contribuir com um quadro teórico amplo sobre as variáveis que incidem sobre o tribunal, situando o tribunal no contexto político brasileiro pós-1988. Com

---

<sup>13</sup> Em trabalho sobre o estado da arte do STF, Arantes e Arguelhes (2018) reconhecem as dificuldades metodológicas para estudar alguns temas: “Dentre os aspectos sobre os quais sabemos pouco ou quase nada, remanescem as motivações dos votos dos ministros, especialmente as relacionadas a fatores externos. Temos motivos para acreditar que os integrantes do tribunal são influenciados pelo contexto político, pela saliência do caso, pela mídia e pela opinião pública, e que a TV Justiça exerce grande influência sobre o comportamento dos ministros. Mas não sabemos exatamente como essas influências se dão [...] entre outras razões pela dificuldade metodológica de operacionalizar empiricamente essas variáveis e de isolar seus efeitos umas em relação a outras.”

base nesse quadro teórico, desenvolve-se um panorama e um estudo de caso sobre a atuação do tribunal. O estudo de caso explora processos judiciais recentes e pouco estudados pela literatura. A diversidade de métodos adotados permite captar de forma mais direta as pressões sobre o tribunal no HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44, por meio da análise dos processos, de documentos diversos, de notícias da imprensa e de entrevistas de profissionais. Em linhas gerais, esta tese avança o diagnóstico de que um certo fortalecimento dos tribunais nos anos 2000, com a adoção de uma agenda parcialmente conflitante com demais poderes, pode ter entre suas causas o estímulo de grandes grupos econômicos e interesses internacionais. Nesse sentido, uma maior independência em relação aos poderes Executivo e Legislativo reflete uma persistente dependência do STF em relação a interesses estrangeiros e grandes grupos econômicos. Ao longo do período pós-1988 o STF forneceu relevantes contribuições para o avanço da agenda neoliberal, seja na sua versão mais democrática dos anos 1990, seja na versão autoritária em curso a partir de 2016.

### **Organização da tese**

Esta tese está organizada em três capítulos. No primeiro apresentam-se as bases teóricas para o desenvolvimento de uma sociologia dos tribunais com foco na análise do seu papel em processos de transformação social. Essas bases residem sobretudo na obra de Boaventura de Sousa Santos, marco teórico deste estudo. Além disso, discute-se a possibilidade de se incorporar aspectos do formalismo jurídico de Kelsen para análise dos tribunais. Ao fim, apontam-se reflexões iniciais sobre a relação entre tribunais e processos de transformação social com base em experiências dos Estados Unidos, Colômbia e Portugal.

No segundo capítulo, desenvolve-se um quadro teórico sobre a atuação dos tribunais no Brasil no período pós-1988. Com base nos trabalhos de Santos e de autores brasileiros, com destaque para Armando Boito Jr. e André Singer, são discutidas as variáveis que influenciam os tribunais em temas de transformação social. As três primeiras variáveis (contexto internacional, grandes grupos econômicos brasileiros e movimentos sociais) estão relacionados ao contexto político do qual se originam diversas pressões sobre os tribunais. As outras variáveis (desenho institucional, perfil dos magistrados e teorias do direito) referem-se à reação dos tribunais a essas pressões.

O terceiro capítulo tem um caráter empírico e está voltado para a análise do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. Para isso, são adotadas duas abordagens complementares: um panorama e um estudo de caso. A abordagem

panorâmica é realizada por meio da análise de acórdãos de julgamentos emblemáticos do tribunal do período pós-1988 sobre temas de transformação social. No estudo de caso sobre a atuação do STF no HC 126.292 e na Medida Cautelar das ADCs 43 e 44, são utilizados diversos métodos de pesquisa, como análise de processos judiciais, de documentos diversos e de entrevistas de profissionais do direito. Neste capítulo as análises empíricas são precedidas de breves reflexões sobre os métodos de pesquisa adotados e seus potenciais e limites para análise do STF.

## CAPÍTULO 1 – TRIBUNAIS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Existem múltiplos caminhos teóricos para desenvolver uma sociologia dos tribunais. Uma possibilidade é a teoria dos sistemas de Luhmann (2016), para quem a principal característica da sociedade moderna é a diferenciação funcional entre sistemas de comunicação, tais como o direito, a política e a economia. Em linhas gerais, uma sociologia dos tribunais para Luhmann (2016, p. 429-432) consiste em observações oriundas do sistema científico sobre as instituições que estão no centro do sistema jurídico, os tribunais. Estes possuem a obrigação de decidir sobre todos os conflitos a eles apresentados, o que contribui para um “fechamento operativo” do sistema jurídico<sup>14</sup>. Uma outra possibilidade teórica é a sociologia do campo jurídico de Bourdieu (1987), que envolve o estudo dos atores judiciais com destaque para suas trajetórias, práticas, estratégias, rede de contatos e capital simbólico. O conceito de “campo jurídico” é mais amplo do que a magistratura, uma vez que abrange demais profissionais do direito, e se caracteriza como um espaço semiautônomo de competição entre indivíduos e grupos no interior do qual se forma uma elite<sup>15</sup>. No entanto, sem desconsiderar contribuições de autores que adotam essas perspectivas teóricas, o marco desta tese é a obra de Boaventura de Sousa Santos, com destaque para seus trabalhos sobre os tribunais. A perspectiva sociológica de Santos contribui para uma visão ampla sobre os diversos fatores que influenciam a atuação dos tribunais e fornece diversos conceitos para sua análise. O primeiro item deste capítulo apresenta os tribunais na sua obra, seguindo a ordem cronológica dos trabalhos, a fim de indicar como esse objeto de pesquisa se situa na sua trajetória na sociologia do direito<sup>16</sup>. Pretende-se firmar as bases teóricas desta tese por meio de uma sistematização dos seus trabalhos sobre os tribunais.

No segundo item deste capítulo, discute-se o possível papel do formalismo jurídico de Hans Kelsen na sociologia dos tribunais. Enquanto autor clássico amplamente recepcionado no Brasil, Kelsen está sujeito a múltiplos usos e leituras. De modo geral, sustenta-se que existe alguma compatibilidade entre a visão do autor sobre a decisão judicial

---

<sup>14</sup>As relações entre “sistema jurídico” e “ambiente” são tratadas por Luhmann (2016, p. 127 e 430) como “irritações” e “pressões”. No entanto, Luhmann (2016, p. 58-59) parece não focar na análise das relações entre sistemas: “[...] a teoria do sistema operativo é uma teoria da diferença entre sistema e ambiente. Por isso, ‘fechado’ não deve ser entendido como ‘isolado’. [...] Assim, diferenciamos fechamento causal (isolamento) de fechamento operativo. Ao definir seu objeto, a teoria do fechamento operativo dos sistemas abstrai-se das relações causais entre sistema e ambiente.” Os seguintes trabalhos no Brasil adotam a perspectiva de Luhmann para desenvolver uma sociologia dos tribunais: Campilongo (2012), Silva (2016), Lima (2016), Carvalho (2017) e Barros (2018).

<sup>15</sup> Engelmann (2017) organizou coletânea com diversos trabalhos de autores brasileiros que adotam a perspectiva de Bourdieu para estudar as instituições judiciais.

<sup>16</sup> Atualmente, Santos (2014a, 2015b, 2016) está publicando no Brasil uma coleção com seus principais trabalhos de sociologia do direito.



e a proposta de uma sociologia dos tribunais. Além disso, uma sociologia dos tribunais pode também estudar normas jurídicas. Por fim, o formalismo jurídico tem um papel relevante na atuação dos tribunais, em especial nos países da tradição de *civil law* como na América Latina, uma vez que contribui para uma prática mais orientada pelas normas jurídicas estatais.

No terceiro item, comentam-se algumas experiências de países em que os tribunais tiveram um papel relevante em processos de transformação social: Estados Unidos, Colômbia e Portugal. Dessa forma, contribui-se para lançar luzes históricas e comparadas sobre o tema desta tese. Além disso, neste item são apresentadas algumas reflexões iniciais sobre a relação entre tribunais e transformação social. Em suma, este capítulo pretende estabelecer as bases teóricas para enfrentar as questões desta tese.

### **1.1. Os tribunais na obra de Boaventura de Sousa Santos**

Desde a sua tese de doutorado na década de 1970, Boaventura de Sousa Santos utiliza um conceito amplo de direito, que não se restringe ao Estado<sup>17</sup>. Inaugurando os estudos sobre pluralismo jurídico no Brasil, Santos (1977; 1980; 2014a) desenvolveu uma análise sobre o direito informal em torno da Associação de Moradores da favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro e sua relação com o direito estatal durante o regime militar. Foi uma proposta distinta dos trabalhos que focavam no acesso ao direito estatal pelas classes populares<sup>18</sup>. Santos utilizou a então recente literatura sobre retórica jurídica para descrever as práticas do “direito dos oprimidos”, por meio de observação participante realizada em 1970, método de pesquisa com ampla tradição na antropologia jurídica<sup>19</sup>. Esse direito era

---

<sup>17</sup> A referência para esse conceito amplo é Kantorowicz (1958), com base em que Santos (1977, p. 10) define o direito como um conjunto de padrões normativos e procedimentos que são utilizados por alguma autoridade para prevenção e resolução de conflitos, envolvendo a argumentação, mas não necessariamente o uso da força.

<sup>18</sup> Sobre os caminhos distintos para estudar a relação entre direito e classes populares, Santos (1977, p. 7, tradução minha) afirma: “Eu poderia estudar o uso seletivo do direito oficial pelas classes mais baixas, focando na atuação dos diferentes órgãos que fornecem ‘serviços legais gratuitos para os pobres’ no Brasil, ou eu poderia estudar como os problemas jurídicos são resolvidos dentro das comunidades onde as classes mais baixas vivem, com recursos da comunidade. Impossibilitado de seguir os dois caminhos, optei pelo último: a visão de baixo.” No original: “I could study the selective use of the official legal system by the lower classes, focusing upon the case load of the different agencies that provide ‘free legal services for the poor’ in Brazil, or I could study how legal problems are solved within the communities where the lower classes live, with community resources. Unable to pursue both paths, I have opted for the latter: the view from the bottom.”

<sup>19</sup> Sobre a retórica jurídica, as referências são Viehweg, Esser e Perelman. No entanto, ao contrário desses autores, Santos converte a retórica jurídica em uma variável, indicando que tende a ser menor no direito estatal e maior em direitos não-estatais. Nesse sentido, Santos (1980, p. 84) realiza em parte uma “refutação da concepção jus-filosófica sobre a natureza tópico-retórica do discurso jurídico”, uma vez que “o direito do estado capitalista contemporâneo, que serve de modelo e base à concepção filosófica em questão, não é sequer aquele em que a dimensão tópico-retórica atinge o seu valor mais elevado em comparação com outros direitos estudados pela sociologia e pela antropologia.”

exercido por meio da retórica, ao contrário do direito estatal em que predominava a organização burocrática e a violência<sup>20</sup>. O presidente da associação de moradores, que era eleito pela comunidade, argumentava e decidia por meio de *topoi* (lugares-comuns), como os de “justiça” e de “morador razoável”, para buscar o convencimento das partes em conflito. Esse convencimento era necessário uma vez que a associação de moradores não possuía uma organização burocrática ou meios de coerção para impor decisões, tal como o direito estatal. O “direito dos oprimidos”, concluiu Santos (1977, p. 103), contribuía para uma certa autonomia da comunidade do Jacarezinho e, dessa forma, para sua própria sobrevivência, no contexto de aumento da repressão do regime militar. Era uma situação de “dualidade de poderes” entre Estado e formas de organização dos trabalhadores de tipo mais adaptativo, e não confrontacional como aconteceu em situações revolucionárias, como identificado por Santos (1982b; 2016, p. 167-209) durante a Revolução dos Cravos em Portugal<sup>21</sup>. As situações de pluralismo jurídico, portanto, ocorrem também em países com desenvolvimento capitalista. Os estudos de antropologia jurídica até então tendiam a focar nos processos de colonização, nos quais o pluralismo jurídico era mais evidente em razão dos choques e contradições entre autoridades tradicionais e o Estado colonial (SANTOS, 1980, p. 73-74).

Esse conceito amplo de direito foi utilizado também nos trabalhos de Santos sobre os tribunais, uma vez que permite inseri-los no contexto dos diversos direitos existentes e analisar a relação entre si. Embora os tribunais tendam a prevalecer em relação aos demais direitos, em alguns contextos os direitos não-estatais podem ter papel relevante<sup>22</sup>. Santos *et*

---

<sup>20</sup> Sobre o direito estatal, Santos apoiou-se nas teorias marxistas sobre o Estado, como os então recentes trabalhos de Althusser e Poulantzas. No entanto, para Santos (1980, p. 4, grifos do autor) a teoria marxista do Estado tendia a “suprimir a questão da produção jurídica não estatal e [...] negligenciar os estudos das áreas em que o *jurídico* assume maior especificidade em relação ao *político*, como, por exemplo, a área do discurso jurídico.” Ou seja, teoria do direito e teoria do estado não se confundem. Em trabalho posterior, Santos (1979; 2016, p. 115-116) afirmou que inexistia uma teoria marxista do direito. Nesse sentido, sustentava a necessidade de desenvolver uma teoria marxista do direito que considerasse as formas não-estatais de direito, como as situações de dualidade de poderes, e os aspectos da retórica no exercício da função jurídica, que tendiam a ser maiores nas formas não-estatais de direito. Na sua tese de doutorado, Santos combinou uma visão marxista sobre classes sociais e Estado com uma literatura não marxista sobre o direito.

<sup>21</sup> Em 1983 e 1984, Santos (2015b, p. 31) desenvolveu pesquisa sobre os tribunais populares em Cabo Verde, que foram institucionalizados após sua independência em relação a Portugal.

<sup>22</sup> Sobre a prevalência dos tribunais, Santos (1986, p. 153, grifos meus) afirma: “o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. *Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante*, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos.” No mesmo sentido: “A concepção de pluralismo jurídico aqui proposta é diferente, portanto, da tendência romântica de uma grande parte do pensamento jurídico pluralista segundo o qual todos os direitos existentes em uma unidade geopolítica específica estão em pé de igualdade e, portanto, nega-se a prevalência do direito estatal nas formações sócio jurídicas modernas” (SANTOS, 2001a, p. 138, tradução minha). No original: “La concepción de pluralidad de ordenamientos jurídicos aquí propuesta se diferencia así de la tendencia romántica de gran parte del pensamiento jurídico pluralista según la cual todos los ordenamientos jurídicos existentes en una determinada unidad geopolítica está en pie de igualdad y, por lo tanto, se niega la primacía del derecho estatal en las formaciones socio-jurídicas modernas”.

*al.* (1996) apresentam a figura analítica da “pirâmide da litigiosidade”, elaborada a partir da teoria sobre litígios que Santos (1977, p. 10-14) abordou na sua tese de doutorado, que consiste numa análise global dos processos sociais anteriores à possível resolução de um litígio pelos tribunais<sup>23</sup>. Apenas uma pequena parcela dos conflitos existentes na sociedade (a base da pirâmide) efetivamente é decidida pelos tribunais (o topo)<sup>24</sup>. O desempenho dos tribunais, portanto, é influenciado por sua relação com outros direitos existentes. No caso da Colômbia, como analisado por Santos e Villegas (2001), os tribunais coexistem com as justiças indígenas, comunitárias e até mesmo com a guerrilheira e de milícias. No caso de Moçambique, como analisado por Santos e Trindade (2003), os tribunais coexistem com as justiças comunitárias e de autoridades tradicionais.

As pesquisas de Santos sobre tribunais na década de 1990 ocorrem após um período em que assumem crescente relevância e notoriedade social nos países centrais. Nos Estados Unidos na década de 1960 e na Itália na década de 1970, os tribunais foram responsáveis pela implementação de direitos sociais, chegando até a antagonizar outros poderes<sup>25</sup>. Dessa forma, envolvem-se não apenas na micro-litigação de conflitos interindividuais, mas também na macro-litigação de casos de maior impacto social e político. Até então os tribunais eram mais conhecidos por uma atuação conservadora desfavorável à agenda de forças políticas progressistas, como as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos que anularam medidas do programa *New Deal*<sup>26</sup>. No caso da Itália, o ativismo em direitos sociais

---

<sup>23</sup> No início da década de 1990 Santos coordenou a pesquisa “Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso Português”. Anteriormente, Santos (1986, p. 13) havia elaborado uma resenha dos estudos sobre sociologia dos tribunais até então, que surgem após a segunda guerra mundial e passam a focar “nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito.” Até então existia apenas uma “perspectiva sociológica do direito” que “explicitamente tematiza as articulações do direito com as condições e as estruturas sociais em que opera”, debatendo, por exemplo, se o direito é uma “variável dependente” ou “independente” (SANTOS, 1986, p. 12). Neste período Santos (1987, 1994) desenvolve também trabalhos sobre uma concepção pós-moderna do direito.

<sup>24</sup> Nesse sentido: “O recurso aos tribunais enquanto instância privilegiada e especializada de resolução de litígios nas sociedades contemporâneas [...] é, sociologicamente, quase sempre uma instância de recurso, isto é, é accionado depois de terem falhado outros mecanismos informais utilizados numa primeira tentativa de resolução. Este facto é crucial para compreender o desempenho judicial, na medida em que mostra que ele não ocorre num vazio social nem significa o ponto zero da resolução do litígio chamado a resolver.” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 49).

<sup>25</sup> É nesse sentido que se afirma que “a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciais” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 20). Ainda, “a complexidade deste facto está em que a legitimidade do poder político dos tribunais assenta no carácter apolítico do seu exercício. Ou seja, um poder globalmente político tem de ser exercido apoliticamente em cada caso concreto.” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 34). É possível que essa atuação apolítica dos tribunais consista, entre outros aspectos, em práticas judiciais mais orientadas pelas normas jurídicas.

<sup>26</sup> Nesse sentido, Santos *et al.* (1996, p. 19) afirmam: “em quase todas as situações do passado, os tribunais destacaram-se pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, económica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população.”

evoluiu na década de 1980 para processos judiciais de combate à corrupção<sup>27</sup>. Nos países em que os demais poderes desenvolveram políticas públicas para efetivar direitos sociais, esse ativismo judicial foi menos relevante, como nos países escandinavos (SANTOS *et al.*, 1996, p. 27). De todo modo, Santos indica que o significado sociopolítico dos tribunais mudou como o Estado de Bem-Estar Social nos países centrais, isto é, as características gerais da sua atuação e sua relação com os outros poderes. Os tribunais não estavam mais pautados pela concepção clássica da separação de poderes, de modo que a mudança de modelo de Estado acarretou um novo papel e tipo de atuação. Nesse sentido, Santos ressalta que os tribunais devem ser analisados no âmbito do Estado<sup>28</sup>. Nos países periféricos e semiperiféricos, por outro lado, os tribunais não apresentaram o mesmo nível de ativismo na promoção de direitos durante o mesmo período, em razão do sistema político mais instável e da própria ausência do Estado de Bem-Estar de modo geral, entre outros fatores.

Com base em perspectiva comparada entre diversos países, Santos *et al.* (1996, p. 21) propõem um quadro analítico macrossociológico com três variáveis para analisar a atuação dos tribunais: o nível de desenvolvimento do país e sua posição nas relações internacionais; a cultura jurídica dominante, como *common law* ou *civil law*; e o modo como essa cultura jurídica se instalou, se por desenvolvimento autônomo ou colonização<sup>29</sup>. Em especial, os conflitos sociais apresentados aos tribunais variam conforme o nível de desenvolvimento local, seja o contexto de grande cidade capitalista ou de pequenas comunidades rurais. A atuação dos tribunais depende, portanto, das características dos conflitos que chegam a eles. Nesse sentido, as questões de acesso influenciam a própria

---

<sup>27</sup> “O ativismo de uma parte do sistema judicial italiano na defesa dos direitos económicos e sociais no segundo período [Estado de Bem-Estar Social] criou uma cultura judiciária intervencionista e politicamente frontal cujas energias são relativamente deslocadas no terceiro período da garantia dos direitos para a repressão do abuso do poder político.” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 34).

<sup>28</sup> Já na sua pesquisa de doutorado, Santos (1980, p. 3-4) afirma que “A aproximação recíproca da problemática teórica do Estado e do direito é de saudar, tanto mais que durante muito tempo a sociologia do direito e a antropologia do direito – em graus diferentes e por razões distintas, mas em ambos os casos refletindo uma adesão implícita aos horizontes problemáticos definidos pela filosofia do direito e pela dogmática jurídica – procederam ao ‘esquecimento’ sistemático do Estado, do que decorreu um desvirtuamento fundamental na análise da estrutura e da função do direito na sociedade.” Em outro trabalho, Santos (2001a, p. 140, tradução minha) afirma: “a chamada autonomia do direito, tão exaltada pela teoria do direito, só foi possível pela conversão do Estado numa ‘estrutura ausente’. Este tipo de conceituação foi muitas vezes complementada por uma atitude anti-estatal, evidente em grande parte da teoria pluralista”. No original: “la llamada autonomía del derecho, tan enaltecida por la teoría del derecho, sólo se hizo posible por la conversión del Estado en una ‘estructura ausente’. Este tipo de conceptualización fue muchas veces complementada por una actitud anti-estatista, evidente en gran parte en la teoría pluralista.” Na perspectiva de Santos, portanto, a sociologia dos tribunais tem proximidade com a sociologia política e a ciência política.

<sup>29</sup> E complementam: “Uma análise sociológica do sistema judiciário não pode, assim, deixar de abordar as questões de periodização, do desempenho judicial de rotina ou de massa, e dos factores sociais, económicos, políticos e culturais que condicionam historicamente o âmbito e a natureza da judicialização da conflitualidade interindividual e social num dado país ou momento histórico.” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 21).

atuação dos tribunais. A “cultura jurídico-política”, enquanto a tendência dos indivíduos e grupos sociais de recorrerem ou não aos tribunais (propensão à litigação), é também relevante uma vez que permite explicar, por exemplo, as grandes diferenças de litigação entre países com desenvolvimento econômico e social semelhante, como Estados Unidos, de um lado, e Holanda, de outro (SANTOS *et al.*, 1996, p. 41-42). Esse quadro analítico visa a analisar o desempenho global dos tribunais, tanto nos processos considerados mais comuns e simples (que são a maioria), quanto nos casos mais notórios, em que há uma atuação de maior destaque político dos tribunais<sup>30</sup>.

Além disso, Santos propõe algumas distinções e categorias para analisar os tribunais. Uma primeira distinção é entre independência corporativa e independência democrática dos tribunais. A primeira é apenas “orientada para a defesa dos interesses e privilégios da classe dos magistrados”, enquanto a segunda “defende-os como condição para que os tribunais assumam concretamente a sua quota-parte de responsabilidade política no sistema democrático através de um desempenho mais proactivo e politicamente controverso” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 33). A outra distinção é entre o combate pontual à corrupção e o combate sistemático. O primeiro “reside na repressão selectiva, incidindo sobre alguns casos de corrupção escolhidos por razões de política judiciária” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 33). Nesse sentido, pode até “ocultar toda a outra corrupção que fica por combater” e “legitimar um poder político ou uma classe política decadente” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 34). O combate sistemático, por outro lado, orienta-se mais por critérios de legalidade do que de oportunidade ou conveniência.

Em relação às funções dos tribunais na sociedade, Santos *et al.* (1996, p. 51) afirmam que a resolução de litígios é fundamental, mas não é a única. As atividades dos tribunais podem estar relacionadas também a funções políticas, como a “legitimação do poder político no seu conjunto”, isto é, a contribuição ou não para a manutenção de um determinado sistema político (SANTOS *et al.*, 1996, p. 54). Nesse sentido, segundo Santos *et al.* (1996, p. 54), o próprio “funcionamento independente, acessível e eficaz dos tribunais constitui, hoje em dia, uma das cauções mais robustas da legitimidade do sistema político.” Além disso, suas atividades podem ter funções simbólicas mais amplas, ao transmitir orientações e afirmar valores para toda a sociedade. A própria “credibilidade” do Judiciário

---

<sup>30</sup> Santos *et al.* (1996, p. 21) afirmam: “as intervenções judiciais que são responsáveis pela notoriedade social num dado momento histórico constituem uma fracção ínfima do desempenho judiciário, pelo que um enfoque exclusivo nas grandes questões pode ocultar ou deixar sub-analisado o desempenho que na prática quotidiana dos tribunais ocupa a esmagadora maioria dos recursos e do trabalho judicial.”

tem um papel simbólico relevante (SANTOS *et al.*, 1996, p. 56). De modo geral, as funções instrumentais, políticas e simbólicas estão inter-relacionadas. Elas podem convergir em determinados casos, uma vez que a resolução de conflitos cíveis e a repressão de crimes contribuem para afirmar certos valores na sociedade. Ao mesmo tempo, essas funções podem ser contraditórias em determinadas situações, como, por exemplo, na dissociação entre imagem social do tribunal e seu efetivo desempenho nas atividades cotidianas de resolução de litígios<sup>31</sup>.

Nos seus trabalhos sobre os tribunais, Santos os insere em contextos de pluralismo jurídico não só do ponto de vista nacional, mas também do ponto de vista internacional. Os tribunais, que são o direito nacional por excelência, recebem influências também de direitos estrangeiros, com destaque para o impacto da globalização da década de 1990<sup>32</sup>. Na Europa, em que há países historicamente soberanos, houve uma “erosão da soberania”, uma vez que foram criados órgãos supranacionais com jurisdição sobre os tribunais nacionais e foram fortalecidos outros mecanismos internacionais de resolução de conflitos, como a arbitragem<sup>33</sup>. Nos países que sempre estiveram sujeitos a pressões internacionais, a globalização neoliberal estimulou o próprio fortalecimento dos tribunais<sup>34</sup>. Santos (2001b, p. 189) afirma que, enquanto nos países centrais o fortalecimento dos tribunais originariamente decorreu sobretudo de dinâmicas internas, na periferia e na semiperiferia esse fortalecimento esteve mais vinculado a pressões internacionais, no que denomina de “globalização de alta intensidade”<sup>35</sup>. Além disso, o fortalecimento do Judiciário ocorreu

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, Santos *et al.* (1996, p. 56) afirmam: “Num Estado em geral opaco ou pouco transparente, um deficiente desempenho instrumental dos tribunais pode não afectar a sua eficácia simbólica, sobretudo se alguns casos exemplares de bom desempenho instrumental forem alimentando a comunicação social e se o fizerem de molde a que a visibilidade dos tribunais fique reduzida a essas zonas de atenção pública.”

<sup>32</sup> Nesse sentido, Santos (2003, p. 48-49) afirma: “até agora o tema do pluralismo jurídico centrou-se na identificação de ordens jurídicas locais, infra-estatais, coexistindo de diferentes formas com o direito nacional oficial. Hoje, ao lado das ordens jurídicas locais e nacionais, estão a emergir ordens ‘jurídicas’ supra-nacionais que interferem de múltiplas formas com as anteriores. [...] Assim, o pluralismo jurídico sub-nacional combina-se hoje com o pluralismo jurídico supranacional.” Uma questão relevante é se os diferentes tipos de pluralismos jurídicos, subnacionais e internacionais, favorecem ou prejudicam a transformação social. Segundo Santos (2003, p. 60), “não há qualquer razão intrínseca para o que o direito estatal tenha de ser menos despótico ou menos democrático do que o direito não-estatal.” No mesmo sentido, “não há nada intrinsecamente bom, progressista ou emancipatório no ‘pluralismo jurídico’.” (SANTOS, 2003, p. 53).

<sup>33</sup> Ao comentar o impacto da globalização nos tribunais dos países centrais, Santos afirma que emerge “um novo pluralismo jurídico, de natureza transnacional. Este novo pluralismo é simultaneamente causa e consequência da erosão da soberania do Estado nacional que ocorre neste período. A erosão da soberania do Estado acarreta consigo, nas áreas em que ocorre, a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controlo da legalidade.” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 29).

<sup>34</sup> Santos (2002, p. 459) distingue a globalização hegemônica da contra-hegemônica. Esta é promovida por organizações e movimentos sociais que se articulam em nível transnacional e promovem lutas para combater exclusões sociais promovidas pelas formas hegemônicas de globalização neoliberal.

<sup>35</sup> Nesse sentido: “A imagem global da justiça nos países centrais é, então, a da expansão do poder judiciário [...] Embora identificado em vários países, esse processo parece responder a condições internas específicas de

conjuntamente com o “enfraquecimento” do Estado como um todo, como na América Latina em que até então predominavam Estados desenvolvimentistas<sup>36</sup>. A Colômbia é considerado por Santos (2001b, p. 183) como o caso extremo de pressão internacional sobre o sistema judicial na América Latina e foi o país que mais recebeu investimentos estrangeiros.

A globalização neoliberal contribuiu para um “pluralismo jurídico interno” aos próprios Estados, sobretudo os periféricos, caracterizado por Santos (2003, p. 63) como “uma situação de extrema heterogeneidade no interior do direito estatal”, de modo que não é possível identificar um padrão coerente e universal na prática dos tribunais. Reduz-se o formalismo característico da institucionalização do direito estatal e gera-se por vezes situações de “hibridização” e “interpenetração” jurídica, em que o direito estatal incorpora elementos de outros direitos<sup>37</sup>. O conceito de Estado heterogêneo foi desenvolvido por Santos na sua pesquisa sobre Moçambique<sup>38</sup>. Após um período de intensos conflitos internos e de grande turbulência política a partir da independência em 1974, incluindo uma guerra

---

cada um deles” (SANTOS, 2001b, p. 164, tradução minha). No original: “La imagen global de la justicia en los países centrales es, entonces, la de la expansión del poder judicial [...] Aun cuando identificado en varios países, este proceso parece responder a condiciones específicas internas de cada uno ellos.” E ainda: “enquanto nos países centrais as reformas realizadas parecem responder a uma dinâmica interna, mesmo quando condicionada por tendências globais, em alguns países periféricos da Europa Central e Oriental e na América Latina, as reformas avançam sob pressões globalizantes de alta intensidade, pressões dominadas por instituições dos EUA e modelos jurídicos norte-americanos” (SANTOS, 2001b, p. 189, tradução minha). No original: “mientras que en los países centrales las reformas adelantadas parecen responder a una dinámica interna, incluso cuando están condicionadas por tendencias globales, en algunos países periféricos de Europa central y oriental y en Latinoamérica, las reformas son adelantadas bajo presiones globalizantes de alta intensidad, presiones dominadas por instituciones estadounidenses y modelos legales norteamericanos.” Sobre a distinção entre centro e periferia, Santos (2003, p. 57) é influenciado pela teoria do sistema-mundo de Immanuel Wallerstein, segundo qual a “hierarquia é determinada pela posição que os diferentes países ocupam na cadeia de produção de bens e serviços que são produzidos e circulam na economia-mundo”, se mais ou menos valorizados internacionalmente.

<sup>36</sup> No trabalho sobre a Colômbia, Santos (2001b, p. 184) indica que essa relação entre fortalecimento do Judiciário e modelo de Estado débil ocorre tanto nos países centrais, quanto nos periféricos. Nesse sentido, a atuação dos tribunais, segundo Santos (2001b, p. 188, tradução minha), pode contribuir para a transição de Estados fortes para Estados fracos, na medida em que “O sistema judicial, portanto, injeta legitimidade ao pacto democrático de um Estado enfraquecido pela erosão das condições que até então o haviam sustentado.” No original: “El sistema judicial inyecta así legitimidad al pacto social democrático de un Estado debilitado por la erosión de las condiciones que hasta entonces lo habían sostenido.”

<sup>37</sup> Sobre a diferença entre formal e informal na prática jurídica, Santos (2006a, p. 46, tradução minha) define: “Uma forma de direito é considerada formal quando é dominada por mensagens e normas escritas e procedimentos padronizados e, por sua vez, é considerada informal quando é dominada pela oralidade e pela argumentação de linguagem comum.” No original: “A form of law is considered formal when is dominated by written exchanges and norms and standardized procedures and, in turn, is considered informal when it is dominated by orality and common language argumentation.”

<sup>38</sup> Na pesquisa sobre conflitos urbanos em Recife, Santos (1983, p. 53) já havia apontado para “a assimetria e a heterogeneidade das atuações jurídico-políticas do Estado” em razão de distintas pressões oriundas dos proprietários, moradores e Igreja (advogados e líderes religiosos). Nesse sentido, o Estado é definido como um “ponto de condensação” que pode variar de acordo com as pressões em diferentes casos (SANTOS, 1983, p. 53). No entanto, embora possa variar de acordo com pressões, a atuação do Estado segue em linhas gerais a lógica do capital. Nos conflitos urbanos em Recife, Santos (1983, p. 56) afirma que a “autonomia do Estado” está “sujeita aos limites estruturais impostos pela defesa da propriedade privada”.

civil, o Estado Moçambicano sofreu fortes pressões de agências internacionais nos programas de “ajuste estrutural” na década de 1980. Essa multiplicidade de pressões oriundas de fatores internos e externos, segundo Santos (2006a, p. 50), gerou uma heterogeneidade estatal marcada por diferentes lógicas e ritmos internos<sup>39</sup>. Entre essas pressões, a globalização neoliberal promoveu a cultura jurídica de *common law*, em especial na sua versão oriunda dos Estados Unidos, em países com tradição jurídica da Europa continental, contribuindo para essa maior heterogeneidade estatal<sup>40</sup>. Nesse sentido, uma sociologia dos tribunais deve captar as heterogeneidades internas, uma vez que sua prática não apresenta uma única lógica universal e pode variar de acordo com o território e temas de atuação, entre outros aspectos.

Em outro trabalho, Santos (2002, p. 439-495; 2016, p. 17-111) foca nas possibilidades de transformação social envolvendo os tribunais, propondo a seguinte questão de pesquisa: “Pode o direito ser emancipatório?” A transformação social é compreendida, em sentido amplo, como a promoção de inclusão social e luta pela redução de “relações de poder extremamente desiguais” (SANTOS, 2002, p. 456). Para isso, Santos (2002, p. 470) defende uma “forte mobilização política do direito” por movimentos sociais, isto é, a inserção do direito em lutas políticas mais amplas<sup>41</sup>. Dessa forma, as possibilidades de transformação envolvendo o direito são maiores. O direito se utilizado de modo autônomo ou exclusivo tende a gerar enfraquecimento político de movimentos sociais e a não produzir resultados transformadores, ou seja, tende a conservar a ordem<sup>42</sup>. No contexto de

---

<sup>39</sup> Em relação às pressões internacionais, Santos (2003, p. 68) afirma: “tais pressões, porque muito intensas e selectivas, provocam alterações profundas em algumas instituições e em alguns quadros legais, impondo-lhes lógicas de regulação muito próprias, ao mesmo tempo que deixam outras instituições e quadro legais intocados e, portanto, sujeito às suas lógicas próprias.” Nesse sentido, o direito de família em Moçambique permaneceu sujeito a dinâmicas internas, enquanto que áreas relacionadas à economia e às finanças foram submetidas a lógicas internacionais.

<sup>40</sup> Sobre essa questão, Santos (2003, p. 70) afirma: “a preponderância dos EUA e das agências financeiras multilaterais que eles controlam tem vindo a promover globalmente, sobretudo na área económica, legislação norte-americana e, com ela, a cultura jurídica anglo-saxónica.” Como exemplo, citam-se leis de patentes e de proteção de propriedade industrial.

<sup>41</sup> Santos (1982a, p. 17) já havia constatado a possibilidade de “mobilização política do direito” na pesquisa sobre conflitos urbanos no Recife. Nesse sentido, segundo Santos (1982a, p. 27), movimentos sociais poderiam fazer um “uso alternativo e não-capitalista das formas jurídicas estatais, explorando o carácter contraditório destas e pondo-as, ainda que momentaneamente, ao serviço das classes populares.” Ou seja, o Estado, ainda que globalmente sujeito à lógica do capital, poderia atender a interesses específicos das classes populares em razão de suas heterogeneidades internas e de fortes pressões políticas.

<sup>42</sup> Em sentido semelhante, Santos (2001b, p. 207, tradução minha) afirma: “o uso contra-hegemônico do direito estatal teve algumas confirmações históricas em nosso século. No entanto [...] é necessário um movimento social forte e uma cidadania ativa que envolva a luta judicial em uma luta política mais ampla e contra-hegemônica. Sem eles, o que é contra-hegemônico no uso da justiça torna-se facilmente hegemônico.” No original: “el uso contra-hegemónico de los jueces ha tenido algunas confirmaciones históricas en nuestro siglo. Sin embargo [...] necesita de un movimiento social fuerte y de una ciudadanía activa que englobe la lucha



fortalecimento dos tribunais, esse risco passa a ser maior uma vez que ganha espaço uma “concepção despolitizada de transformação social” (SANTOS, 2001b, p. 191)<sup>43</sup>. Dessa forma, Santos (2002, p. 467; 2016, p. 64) indica a primazia de movimentos políticos em processos de transformação social: “Uma política de direitos forte é uma política de carácter dual, assente na gestão dual de ferramentas jurídicas e políticas sob a égide destas últimas.”

A resposta à questão “Pode o direito ser emancipatório?” pode depender do objetivo almejado, isto é, da definição de transformação social. Nesse sentido, Santos distingue uma “concepção fina” e uma “concepção espessa”, de acordo com o grau de inclusão social. A primeira ocorre em contextos sociais em que “a mera sobrevivência física e a proteção contra a violência arbitrária podem bem ser o único e ao mesmo tempo o mais desejado objetivo emancipatório a alcançar” (SANTOS, 2002, p. 471; 2016, p. 70). Nesse sentido, é possível ampliar o exercício de direitos individuais mantendo um estado geral de elevadas desigualdades sociais. Ou seja, trata-se de uma inclusão com feições mais pontuais, embora relevante a depender do contexto. A “concepção espessa”, por outro lado, tem a ver com “não apenas a sobrevivência humana mas também uma prosperidade [...] guiada por necessidades radicais” (SANTOS, 2002, p. 471; 2016, p. 70). É possível afirmar que isso envolve uma redução global de desigualdades, por meio do exercício universal de direitos sociais, por exemplo. As possibilidades de atuação transformadora dos tribunais dependem, portanto, dos graus distintos da transformação almejada<sup>44</sup>.

Além disso, Santos (2002, p. 457; 2016, p. 47-48) apresenta uma classificação de indivíduos e grupos sociais de acordo com os respectivos graus de exercício de direitos: a “sociedade civil íntima” goza de um elevado nível de inclusão e desfruta de todos os direitos;

---

judicial en una lucha política más amplia, contra-hegemónica. Sin ellos, lo que es contra-hegemónico en el uso de la justicia se convierte fácilmente en hegemónico.”

<sup>43</sup> Sobre as reformas globais de *rule of law* na década de 1990, Santos (2002, p. 351, tradução minha) afirma: “Este novo modelo de desenvolvimento [...] baseia-se na ideia de que a transformação social deixou de ser uma questão política. O estado de direito e o sistema judicial parecem ser os instrumentos ideais de uma concepção despolitizada de transformação social.” No original: “This new model of development [...] is premised upon the idea that social transformation has ceased to be a political issue. The rule of law and the judicial system appear to be the ideal instruments of a depoliticized conception of social transformation”. Sobre os efeitos despolitizantes dos tribunais nos Estados Unidos, Santos (2001b, p. 188, tradução minha) afirma: “[...] Os juízes tendem a despolitizar a vida pública. O ativismo dos juízes nos Estados Unidos pode estar relacionado com a forma com que as rupturas políticas reais foram atenuadas nesse país.” No original: “[...] los jueces tienden a despolitizar la vida pública. El activismo de los jueces en los Estados Unidos puede guardar alguna relación con el grado en el cual las rupturas políticas reales han sido suavizadas en dicho país.” Nesse sentido, Santos (2002, p. 467; 2016, p. 64) afirma que “havendo recurso ao direito e aos direitos, há também que intensificar a mobilização política, por forma a impedir a despolitização da luta – despolitização que o direito e os direitos, se abandonados a si próprios, serão propensos a causar.”

<sup>44</sup> Santos (2002, p. 471; 2016, p. 71) adverte que “Embora a distinção entre concepções finas e espessas se possa fazer em termos genéricos, os tipos de objetivos abrangidos por um ou outro dos dois termos da distinção só podem ser determinados em contextos específicos.” Ou seja, a discussão sobre transformação social deve considerar o contexto que se busca transformar.

“a sociedade civil estranha” tende a exercer os direitos civis e políticos, mas não os sociais, oscilando entre situações de inclusão e exclusão; e a “sociedade civil incivil” encontra-se totalmente excluída, não exercendo de forma satisfatória nenhum tipo de direito. Enquanto nos países centrais tende a prevalecer numericamente a “sociedade civil estranha”, nos periféricos a maioria da população recai na “incivil”, segundo Santos (2002, p. 457; 2016, p. 48). No entanto, a “globalização hegemônica neoliberal” prevalecente desde a década de 1980 tem contribuído para aumentar os processos de exclusão social tanto nos países centrais, quanto nos países da periferia. Nesse sentido, o neoliberalismo impõe uma dinâmica mundial de “hiperexclusão”, que representa um “ressurgimento agressivo do conservadorismo” colocando em risco tradicionais conquistas do Estado liberal (SANTOS, 2002, p. 458; 2016, p. 48-49).

O potencial transformador dos tribunais depende também de reformas democráticas nos próprios tribunais. Nesse sentido, Santos (2011, p. 15) afirma que “A pergunta ‘poderá o direito ser emancipatório’ só pode ser respondida em todo o seu potencial no âmbito de uma revolução democrática da justiça.” Para isso, Santos elenca uma variedade de fatores institucionais que influenciam a atuação dos tribunais, tais como questões processuais, as formas de acesso, o recrutamento de magistrados, a gestão dos tribunais (incluindo o orçamento), o ensino nas Faculdades de Direito, e a cultura jurídica que pode contribuir para uma independência “corporativa” ou “democrática”<sup>45</sup>. Portanto, instituições judiciais mais tradicionais e pouco democráticas têm menos condições para uma atuação transformadora<sup>46</sup>.

Em trabalhos mais recentes, considerando que o direito e a política não são radicalmente separados, Santos distingue diferentes formas de como o direito pode se inserir nas relações de poder prevalentes em determinado contexto<sup>47</sup>. Para Santos (2015a, p. 132; 2016, p. 369), é somente um “direito reconfigurativo” que pode ter um papel transformador, isto é, “a mobilização do direito no processo de mudança de relações de poder”. Um “direito

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, Santos (2011, p. 123) afirma: “a independência corporativa é um boicote à independência judicial democrática. A independência judicial foi criada para que o tribunal possa defender os interesses democráticos dos cidadãos, não os interesses de uma classe. Para isso há outros mecanismos, há sindicatos, há associações. Ao contrário do que se pensa em alguns meios judiciários, a independência judicial democrática pode exigir o controle externo do poder judicial”. Nesse sentido, a independência judicial não é incompatível com mecanismos de controle externo.

<sup>46</sup> Santos (2011, p. 38-39) elenca alguns eixos para uma “revolução democrática da justiça” que envolvem “profundas transformações do sistema judiciário. Não basta mudar o direito substantivo e processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação de magistrados. Outras faculdades de direito. A exigência é enorme e requer, por isso, uma vontade política muito forte.”

<sup>47</sup> Sobre o direito e relações de poder, Santos (2015a, p. 131; 2016, p. 358) afirma: “O direito não é de modo algum independente em relação às relações de poder que dominam a sociedade. Direito é política por outros meios.” Nesse sentido, o direito é também um fenômeno político e não apenas social.

configurativo”, que apenas reflete as relações de poder, não tem potencial emancipatório. Nesse sentido, é possível afirmar que são necessárias bases políticas para uma atuação transformadora dos tribunais<sup>48</sup>. Além disso, Santos indica que a “mobilização do direito”, em sentido amplo, pode envolver tanto uma atuação nos tribunais quanto pressões no Legislativo para editar novas leis e no Executivo para implementar direitos (SANTOS, 2015a, p. 139). A “mobilização do direito” nesse sentido amplo consiste na promoção de reformas por meio das instituições políticas respeitando-se as regras jurídicas, equiparando-se ao reformismo. De modo geral, o uso dos tribunais por movimentos sociais e a relação entre direito e a transformação social são aspectos permanentes na obra de Santos.

Outra reflexão mais recente de Santos, na esteira de uma ampla agenda de pesquisa denominada de “Epistemologias do Sul”, é em que medida os seus trabalhos sobre direito e transformação social limitam-se à experiência dos países centrais, desconsiderando a realidade do Sul global. Santos (2015a, p. 142) atualmente promove uma “revisão crítica” dos seus trabalhos sobre o direito<sup>49</sup>. Propondo a distinção entre formas coloniais e metropolitanas de sociabilidade, separadas metaforicamente por uma “linha abissal”, Santos (2017a, p. 250) indica que a maior parte das teorias sobre direito e transformação social são uma forma de “pensamento abissal”, baseadas somente no lado metropolitano, mas com pretensão universal<sup>50</sup>. Daí a necessidade, para Santos (2017a, p. 252), de desenvolver teorias “pós-abissais” do direito, a partir da perspectiva das exclusões promovidas pelo capitalismo, patriarcado e colonialismo que predominam nos países do Sul global<sup>51</sup>. Nesse sentido, as possibilidades de transformação social envolvendo o direito parecem ser uma especificidade dos países centrais, como os Estados Unidos. Esse tipo de atuação judicial não encontrou o

---

<sup>48</sup> Em sentido semelhante, Santos (2001b, p. 202-203, tradução minha) afirma: “O papel dos juízes na prática é inerentemente ambíguo, indeterminado e, portanto, é objeto de lutas sociais. Diferentes grupos políticos lutam para controlar a natureza e a orientação política do ativismo judicial. [...] A força relativa dos grupos em luta determina o perfil geral da atuação judicial.” No original: “el papel de los jueces en la práctica es inherentemente ambiguo, indeterminado y, por eso, es objeto de luchas sociales. Grupos políticos diferentes luchan por controlar la naturaleza y orientación política del activismo judicial. [...] La fuerza relativa de los grupos en lucha determina el perfil general del actuar judicial.” Nesse sentido, para explicar a atuação dos tribunais é necessário considerar as diversas pressões a que estão sujeitos, oriundas de distintos grupos sociais. O parâmetro para analisar os tribunais não é apenas sua relação com demais poderes, mas também e sobretudo sua relação com grupos sociais.

<sup>49</sup> Santos (2015a, p. 128) afirma que seu pensamento passou por uma “virada pós-colonial” a partir de 2004, em que se destacam Santos (2010, 2014b, 2017a).

<sup>50</sup> Santos (2017a, p. 253, tradução minha) afirma: “Eu próprio escrevi longamente sobre sociologia do direito e sempre me concentrei em formas metropolitanas de sociabilidade.” No original: “I myself have written extensively on sociology of law and I have always focused on metropolitan forms of sociability.”

<sup>51</sup> Para Santos (2017a, p. 254-255), pensar o direito estatal sem considerar as situações de pluralismo jurídico é uma forma de pensamento abissal, uma vez que omite os direitos presentes do lado colonial da linha abissal.

mesmo sucesso em outros países<sup>52</sup>. Além disso, uma questão relevante, nessa agenda de pesquisa atual, é como os tribunais reagem às exclusões “abissais” e eventuais diferenças na atuação em exclusões “não-abissais”. Dessa forma, o eixo de análise não é tanto a relação dos tribunais com os demais poderes, mas sobretudo a relação dos tribunais com as exclusões na sociedade, contribuindo para ocultá-las e para reforçá-las. Ou seja, uma agenda de pesquisa mais ampla entre tribunais e formas de sociabilidade.

À luz dessa sintética apresentação dos tribunais na obra de Boaventura de Sousa Santos, voltada para os objetivos desta pesquisa, toma-se por base os seguintes aspectos teóricos para a análise dos tribunais e sua inserção na sociedade. Primeiro, os tribunais são instituições do Estado e devem ser analisados nesse âmbito. Além de serem influenciados pelas características do Estado brasileiro, estão sujeitos a diversas pressões, interfaces e hibridizações com os conflitos políticos gerais. Nesse sentido, a sociologia dos tribunais se aproxima bastante da sociologia política e da ciência política, na medida em que estuda um dos poderes do Estado<sup>53</sup>. Segundo, diferenciando-se dessas disciplinas, uma sociologia dos tribunais deve também considerar a argumentação mobilizada na prática judicial e utilizada para justificar as decisões dos tribunais, bem como o desenho institucional do Estado. Terceiro, o Estado apresenta uma heterogeneidade interna, isto é, não pode ser analisado em bloco. As pressões sobre os tribunais e sua reação a essas pressões são distintas em relação aos demais poderes. Além disso, os próprios tribunais podem apresentar uma heterogeneidade na sua estrutura e prática interna<sup>54</sup>. Nesse sentido, a atuação dos tribunais não apresenta uma lógica universal. Ao contrário, é fragmentária e heterogênea, sendo orientada por parâmetros distintos de acordo com o tema e as distintas pressões. Quarto, os tribunais exercem diferentes funções para sociedade, de tipo instrumental, política e simbólica. Essas funções estão inter-relacionadas e podem convergir em determinado momento ou apresentar contradições entre si.

Em linhas gerais, essas bases teóricas oriundas da obra de Santos permitem analisar os tribunais no contexto político mais amplo. O primeiro aspecto está mais associado às pressões oriundas dos diversos grupos sociais sobre os tribunais. O segundo e terceiro estão

---

<sup>52</sup> Santos (2002, p. 471; 2016, p. 70) já havia indicado que o potencial transformador do direito tende a ser menor em países com “democracia de baixa intensidade”, como acontece nos países periféricos.

<sup>53</sup> Os trabalhos de Santos adotam um viés interdisciplinar e até mesmo transdisciplinar. Não há, portanto, uma preocupação em definir claramente as fronteiras de cada disciplina das ciências humanas. No trabalho sobre a Colômbia, Santos e Villegas (2001, p. 9, tradução minha) afirmam que se situa na “confluência entre sociologia política e sociologia do direito”.

<sup>54</sup> Por exemplo, é possível ocorrer discrepâncias e antagonismos entre órgãos inferiores e superiores do Judiciário e entre integrantes de um mesmo órgão colegiado.

mais próximas do funcionamento próprio dos tribunais. A quarta base teórica refere-se às diversas formas que os tribunais podem atuar no contexto político. Esses aspectos teóricos serão retomados e desenvolvidos no segundo capítulo desta tese para analisar o Brasil pós-1988. O objeto de estudo, portanto, é a atuação dos tribunais em processos de transformação social, de modo que se busca desenvolver uma sociologia adequada para essa análise<sup>55</sup>.

## 1.2. O formalismo jurídico em Hans Kelsen

O formalismo, de modo geral, pode ter diversos significados<sup>56</sup>. Em Hans Kelsen, a proposta é desenvolver um formalismo científico voltado exclusivamente para o estudo de normas jurídicas, com base na distinção entre plano do *ser* e plano do *dever-ser*. Para ele o mérito dessa proposta é fornecer conceitos formais para a apreensão de diferentes ordens jurídicas, independentemente do seu conteúdo específico. Nesse sentido, a teoria de Kelsen (2000b, p. 77) é formalista na medida em que permite estudar qualquer ordem jurídica, “separando forma e conteúdo no fenômeno do direito positivo”. Essa proposta de formalismo jurídico almeja realizar um ideal de objetividade do conhecimento científico como proposto por Max Weber<sup>57</sup>.

Para isso, opera-se uma rígida separação entre a produção de normas jurídicas por autoridades que exercem o poder, de um lado, e a descrição dessas normas pela ciência do direito, de outro. Kelsen (2006, p. 408) busca evitar uma “confusão entre ciência jurídica e política do Direito”, como faz a “jurisprudência tradicional”, que defendia que a ciência do direito poderia elaborar normas e ter um caráter prescritivo sobre a conduta humana<sup>58</sup>. É o caso das teorias de Direito Natural que buscavam deduzir e justificar o conteúdo de normas jurídicas a partir de conceitos científicos gerais. Essas teorias, segundo Kelsen (2000b, p. 79-80), seriam uma forma “mascarada” de fazer política, baseada na “ficção” de uma “vontade geral”, que na verdade é a expressão de interesses sociais específicos. Nesse

<sup>55</sup> Para o estado da arte sobre diversos tópicos da sociologia dos tribunais na literatura internacional, conferir Dias *et al.* (2013).

<sup>56</sup> Bobbio (2016, p. 101-125) distingue quatro tipos de formalismo e afirma que Kelsen se enquadra no formalismo normativo e científico, mas não no formalismo ético e interpretativo. Schauer (1988) discute diferentes significados do formalismo interpretativo.

<sup>57</sup> Bobbio (2008, p. 97-99) afirma que Kelsen “estudou cuidadosamente o pensamento weberiano” e “buscava os mesmos objetivos, no campo do Direito, e aí tendia, confiando na mesma inspiração fundamental que era a de separar pesquisa científica dos programas políticos, de impedir que os juízos de valor contaminassem a pureza da pesquisa.” Nesta obra *Direito e Poder*, originalmente de 1992, Bobbio republica seus escritos sobre Kelsen e indica para a atualidade de algumas contribuições do autor.

<sup>58</sup> A ambiguidade na expressão “Direito”, que pode significar tanto um conjunto de normas jurídicas, quanto a disciplina que estuda essas normas jurídicas, é negativa para Kelsen (2006, p. 407), uma vez que reforça a confusão entre a função de uma autoridade de elaborar normas jurídicas, e a função da ciência. A ciência do direito, para Kelsen, não produz normas jurídicas, mas somente as estuda.

sentido, a viabilidade da norma jurídica enquanto objeto de estudo independe do seu conteúdo, uma vez que critérios substantivos, como justiça, possuem um caráter relativo e não universal<sup>59</sup>. Kelsen defende o uso de um critério exclusivamente formal para identificar uma norma jurídica<sup>60</sup>. Uma norma válida deve ser observada pelos indivíduos e aplicada pelos tribunais, independentemente da concordância com o seu conteúdo. No entanto, se uma norma é efetivamente obedecida e aplicada é um problema de sua eficácia, distinto do problema de validade, na perspectiva de Kelsen.

Na medida em que estuda normas, Kelsen (2000a, p. 58) afirma que a ciência do direito é considerada normativa, ainda que em um “sentido derivado”, ao contrário das ciências explicativas que estudam eventos sociais, como a sociologia<sup>61</sup>. Enquanto disciplina normativa, a ciência do direito só pode responder a problemas sobre normas. Alguns problemas, portanto, não estão no seu campo, como o do fundamento do direito positivo ou o das causas que levam indivíduos a obedecerem a normas. Tratam-se de questões a serem enfrentadas por outras disciplinas, sob o risco de se cometer “erros metodológicos”, isto é, tentar explicar eventos reais por meios normativos e produzir uma “ficção” (KELSEN, 2000a, p. 60)<sup>62</sup>. Sobre questões não relacionadas a normas, juristas devem respeitar e trabalhar com resultados produzidos por outras disciplinas, que em muitos casos podem até ser relevantes para a prática jurídica. Kelsen (2000a, p. 61) utiliza o exemplo da “vontade”,

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, Kelsen (2006, p. 221) afirma: “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo [...] mas porque é criada de uma forma determinada. [...] Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”.

<sup>60</sup> Trata-se do formalismo no sentido normativo, na classificação de Bobbio (2016, p. 108-113).

<sup>61</sup> Sobre o sentido original de normativo, Kelsen (2000a, p. 58, grifo do autor, tradução minha) afirma: “[...] o que deve ser considerado ‘normativo’ no sentido original são os atos pelos quais as autoridades criam normas para o comportamento dos sujeitos; ‘Normativo’, nesse sentido original, é apenas a criação de comandos e proibições com base no poder real de dominação. Como esta é uma função da *decisão*, não do pensamento, nenhuma ciência pode ser descrita como normativa no sentido original da palavra.” No original: “[...] what must be considered ‘normative’ in the original sense are the acts by which authorities create norms for the behavior of subjects; ‘normative’, in this original sense, is merely the creation of commands and prohibitions on the basis of the actual power of domination. As this is a function of *will*, not of thought, no science can ever be described as normative in the original sense of the word.” Nesse sentido, uma “ciência” que prescreve condutas deixa de ciência, e passa a ser política. A distinção entre ciência descritiva e ciência prescritiva não faz sentido para Kelsen.

<sup>62</sup> Um exemplo de “erro metodológico” são as teorias que supunham uma “vontade comum” do povo como fundamento para o Estado (KELSEN, 2000a, p. 62). No entanto, para Kelsen (2000a, p. 62, tradução minha) tal ideia contrasta com as evidentes divisões sociais existentes: “Não é necessário ser marxista para considerar como ilusão uma vontade comum que une psicicamente todo um povo, dadas as profundas divisões de classe que afetam as pessoas de um Estado que formam uma unidade legal.” No original: “One need not be a Marxist to consider a common will that psychically unites an entire people to be a phantom, given the deep class divisions that rend the people of a state who form a legal unity.” Kelsen (2010, p. 5) critica Eugen Ehrlich também em razão do “sincretismo metodológico”, em sentido inverso, ao extrair um dever-ser de um ser, isto é, extrair normas jurídicas de análises sociológicas. Para Kelsen a qualidade de “jurídico” não é inerente a fatos sociais, mas conferida por meio de normas jurídicas.

que costuma ser relevante para o direito penal e o direito privado, como tema “que não pertence ao campo da ciência jurídica”<sup>63</sup>. O objeto da ciência do direito proposta por Kelsen, portanto, são as normas jurídicas, e não fatos sociais, mesmo que integrantes da prática jurídica<sup>64</sup>. Dessa forma, a ciência do direito isola a norma do seu contexto de produção mais amplo. A produção de normas como um todo não é estudada, mas tão somente os seus aspectos jurídicos<sup>65</sup>. Sua teoria permite descrever apenas uma parte do “fenômeno jurídico”, as normas, deixando de lado diversos outros aspectos igualmente relevantes. Em relação à conduta humana, a ciência do direito pode, no máximo, oferecer uma “interpretação normativa” (KELSEN, 2006, p. 4), isto é, se lícita ou ilícita.

A ciência do direito de Kelsen trabalha com um princípio lógico descritivo específico, a imputação, enquanto as ciências sociais e naturais com outro princípio, a causalidade<sup>66</sup>. A imputação, em linhas gerais, descreve uma ligação entre dois fatos produzida pela norma jurídica, ou seja, uma ligação normativa entre pressuposto e consequência. Trata-se, portanto, de uma ligação que depende da vontade humana cujo sentido objetivo é a norma, como afirma Kelsen (2001, p. 324). Essa ligação normativa pode ou não se realizar efetivamente, de modo que mesmo que a consequência prevista na norma para determinado fato não se realize, a conexão não deixa de existir. A causalidade, por outro lado, representa uma conexão entre dois fatos que independe da vontade humana. Ou seja, trata-se de uma ligação que tende a sempre ocorrer, segundo Kelsen, formando uma cadeia interminável de causa e efeito, ao contrário da imputação que tem ponto terminal. A causalidade é o princípio explicativo da realidade social, enquanto a imputação das normas jurídicas.

---

<sup>63</sup> Kelsen (2000a, p. 61, tradução minha) afirma: “A vontade é um fato da vida psíquica e sua investigação é tarefa dos psicólogos. Na medida em que deve operar com o conceito de vontade, o jurista deve se satisfazer com as descobertas fornecidas a ele pela psicologia.” No original: “The will is a fact of psychic life and investigating it the task of psychologists. To the extent he must operate with the concept of the will, the lawyer must be satisfied with the findings provided to him by psychology.”

<sup>64</sup> “[...] o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.” (KELSEN, 2006, p. 5).

<sup>65</sup> Nesse sentido, Kelsen (2006, p. 80) afirma: “os atos de produção e de aplicação (que [...] também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinadas por normas jurídicas.”

<sup>66</sup> Para Kelsen (2006, p. 96), a “distinção [...] entre as mencionadas ciências sociais e as ciências naturais é, em todo caso, uma distinção apenas de grau e não de princípio”, uma vez trabalham com o princípio da causalidade. E continua: “Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação.”

Na sua construção teórica, Kelsen busca afirmar a autonomia da ciência do direito, e não da prática jurídica. A “pureza” refere-se à ciência do direito, e não ao direito em si<sup>67</sup>. Dessa forma, sugere que o direito é “impuro”, ou seja, sofre influências da política e da economia. O que não é desejável é que essas influências alcancem também a ciência do direito e sua descrição de normas. Em relação à decisão judicial, Kelsen (2000b, p. 82) afirma que, incorporando uma tese da “Escola de Direito Livre”, a aplicação do direito é uma produção de normas tanto quanto a edição de leis<sup>68</sup>. A decisão judicial é um ato de vontade, e não de conhecimento, tanto quanto a decisão do Legislativo de promulgar ou não uma lei. Nesse sentido, da mesma forma que não cabe à ciência afirmar qual deve ser o conteúdo de uma lei, também não cabe à ciência apontar qual é a decisão judicial a ser tomada. É uma “ilusão” (KELSEN, 2000b, p. 82) a ideia de que só existe uma decisão correta ou de que o juiz está rigidamente adstrito à lei. A lei fornece apenas uma moldura para a decisão judicial, no interior da qual existem múltiplas possibilidades igualmente corretas, em razão, por exemplo, dos diferentes significados das expressões verbais<sup>69</sup>. A ciência pode delimitar a moldura, que pode ser maior ou menor a depender da norma, mas, ao final, a decisão será um produto do ato da vontade do magistrado. Kelsen reconhece que até mesmo uma decisão *fora* da moldura é uma norma, embora possa ser depois anulada<sup>70</sup>. Em relação à prática dos tribunais, portanto, é possível afirmar que a norma jurídica não é o único fator que influencia a decisão judicial, seja em razão da margem de escolha no interior da moldura, seja por causa da possibilidade de a decisão escapar a moldura<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Nas palavras de Kelsen (2006, p. 1-2): “Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia, sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”

<sup>68</sup> Para Santos (1986, p. 13-14), a Escola do Direito Livre contribuiu para a “transição para uma nova visão sociológica centrada nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito”, e não apenas nas dimensões normativas como no início da sociologia do direito.

<sup>69</sup> Nesse sentido, Kelsen afirma (2006, p. 388): “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.”

<sup>70</sup> “Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.” (KELSEN, 2006, p. 298, grifo do autor). De modo geral, Kelsen (2006, p. 394) afirma: “A propósito importa notar que, pela via [...] da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”

<sup>71</sup> Nas palavras de Kelsen (2006, p. 393): “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar um atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça,



Qual é então a utilidade do formalismo jurídico de Kelsen para uma sociologia dos tribunais que almeje explicar a prática judicial?<sup>72</sup> Primeiro, embora com projetos teóricos diversos, há uma certa compatibilidade entre a visão de Kelsen sobre a decisão judicial, uma vez que não é determinada apenas pelas normas, e uma sociologia dos tribunais que almeje explicar a prática dos tribunais<sup>73</sup>. Segundo, é possível incorporar o estudo de normas na sociologia dos tribunais. As normas jurídicas são um dos fatores que influenciam a prática dos tribunais. A inserção de direitos sociais na Constituição, por exemplo, pode contribuir para uma mudança na atuação dos tribunais e para novos tipos de decisões judiciais<sup>74</sup>. As normas sobre o desenho institucional do Judiciário, por sua vez, regulam a conduta dos magistrados<sup>75</sup>. Além disso, o estudo de decisões proferidas pelos tribunais é compatível com o formalismo jurídico, uma vez que são também normas jurídicas, só que de caráter individual e concreto. Embora ao longo da sua obra Kelsen tenda a focar nas normas gerais

---

juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.” E ainda, “[...] todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar” (KELSEN, 2006, p. 388-389).

<sup>72</sup> Alguns autores buscaram desenvolver abordagens complementares entre análises normativas e sócio jurídicas. Nesse sentido, Treves (1984, p. 115) afirma que ao delimitar uma proposta de ciência do direito, Kelsen cria também a sociologia do direito, indicando a natureza de seus estudos e temas específicos. Sobre a “sociologia do direito kelseniana” de Treves, conferir Ferrari (1996). Para Correias (1994), a proposta de ciência do direito de Kelsen não é incompatível com uma visão marxista sobre a sociedade.

<sup>73</sup> Nesse sentido, Santos (1980, p. 44) afirma “o papel das normas jurídicas no processamento dos litígios nas instituições jurídicas estatais (sobretudo nos tribunais) não pode ser de modo nenhum absolutizado. [...] há toda uma séria de fatores, sobretudo de ordem política geral, que condicionam a ação dessas instituições, e de tal modo que a sociologia do direito dispõe hoje de ampla prova empírica de que o processamento oficial dos litígios só em parte é guiado por normas jurídicas.” Nos Estados Unidos, a sociologia dos tribunais trabalha com a distinção entre “direito nos livros” [*law on the books*] e o “direito em ação” [*law in action*]. Santos e Villegas (2001, p. 1, tradução minha) afirmam que essa distinção “consiste em uma análise das práticas e desempenhos das instituições para além daquilo que elas proclamam como seus objetivos funcionais. As discrepâncias entre os marcos legais e as práticas sociais são um fenômeno universal que, no entanto, varia muito de um país para outro, de acordo com o período histórico e as áreas de atuação institucional.” No original: “consiste en un análisis de las prácticas y de los desempeños de las instituciones más allá de lo que estas proclamam como sus objetivos funcionales. Las discrepancias entre marcos legales y prácticas sociales es un fenómeno universal que, sin embargo, varía mucho de un país a otro, según períodos históricos y las áreas de actuación institucional.” Ou seja, não é apenas o “direito nos livros” que influencia o “direito em ação”, sendo necessário considerar outros fatores.

<sup>74</sup> Nesse sentido, Santos *et al.* (1996, p. 25) afirmam que “A consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos [...] significa, entre outras coisas, a juridificação da justiça distributiva.” E ainda, “[...] os tribunais foram arrastados entre as condições do exercício efetivo desses direitos.” (SANTOS *et al.*, 1996, p. 26). Ou seja, a introdução dos direitos sociais contribuiu para mudar o tipo de atuação dos tribunais, afastando-se do modelo liberal anterior.

<sup>75</sup> Autores de Direito Constitucional estudam o desenho institucional, seguindo nesse aspecto o formalismo jurídico de Kelsen. No entanto, alguns autores por vezes não desenvolvem uma reflexão sobre os limites do formalismo, como se as normas por si só explicassem todo o Judiciário. Além disso, por vezes adotam uma postura prescritiva sem apoio em normas jurídicas, o que era criticado por Kelsen. É possível existir tensões entre tradições constitucionalistas influenciadas pela filosofia política liberal e o formalismo de Kelsen, que não estabelece um conteúdo necessário às normas jurídicas, como em relação aos direitos fundamentais.

e abstratas, ou seja, a legislação, a análise de um acórdão com foco nos seus fundamentos jurídicos e na sua adequação à norma geral e abstrata superior, é um formalismo jurídico<sup>76</sup>. O parâmetro de Kelsen para análise de decisões judiciais pela ciência do direito são outras normas jurídicas. O formalismo jurídico pode indicar se a atuação dos magistrados está de acordo ou não com as normas. Decisões judiciais podem ser eventualmente identificadas pela ciência como estando *fora* da moldura, isto é, como normas jurídicas individuais e concretas em desacordo com as normas gerais e abstratas superiores. Nesses casos, a decisão judicial seria um mero ato de vontade, sem justificativa com base em parâmetros normativos. Ou seja, a descrição de decisões judiciais é uma pesquisa sobre normas também<sup>77</sup>. Nesse sentido, para uma sociologia dos tribunais é necessário estudar também as decisões produzidas pelos tribunais. Em suma, Kelsen contribui para analisar um dos fatores que influenciam a atuação dos tribunais, as normas jurídicas, e um dos principais resultados de sua atuação, as decisões judiciais.

Terceiro, o formalismo jurídico contribui para um determinado tipo de atuação dos tribunais. Embora exista uma distinção entre teoria do direito e teoria da interpretação, e Kelsen trabalhe apenas com a primeira, é possível desenvolver algumas conexões entre ambas. A mais importante é que o autor sugere que a decisão judicial só pode ser justificada por meio de normas. É a norma jurídica que deve ser objeto de interpretação, para Kelsen, e não um princípio moral ou um valor econômico, por exemplo. A moldura é construída em torno de uma norma jurídica. Ou seja, embora a decisão judicial seja um ato de vontade para Kelsen, ela é justificada por parâmetros fornecidos pelo direito positivo<sup>78</sup>. Dessa forma, a teoria do direito de Kelsen fornece contribuições para uma teoria da interpretação de normas jurídicas positivas<sup>79</sup>. Um conhecimento sobre normas jurídicas é a base teórica para uma prática judicial orientada pelo direito positivo, contribuindo para a decisão de conflitos

---

<sup>76</sup> No entanto, a análise do processo judicial como um todo tende a fugir do formalismo, já que implica analisar documentos que não são normas, como petições e atas de audiência. A análise de elementos externos aos autos, como o decorrer de uma audiência, escapa por completo do formalismo. Nos termos de Kelsen, tratam-se de pesquisas no plano do *ser* e, nesse sentido, empírica.

<sup>77</sup> No entanto, na descrição de decisões judiciais não se utiliza o princípio da imputação como acontece na descrição da legislação. Nesta, utiliza-se o princípio da imputação para indicar o vínculo entre hipótese normativa e consequência jurídica, enquanto que a decisão judicial apenas estabelece a aplicação da sanção para um caso concreto.

<sup>78</sup> Na esteira de Kelsen, Bobbio (2016, p. 119) distingue entre o processo de tomada de decisão e o processo de justificação, ao afirmar que muitas vezes “a decisão vem, de fato, antes dos argumentos que a justificam”. Schauer (1988, p. 521) e Shecaira e Struchiner (2016, p. 155) também adotam essa distinção.

<sup>79</sup> Seguindo a classificação de Bobbio (2016), é possível afirmar que o formalismo científico contribui para um formalismo interpretativo, uma vez que uma decisão com base em normas pressupõe o estudo de normas. Para Bobbio (2016, p. 118-119), o formalismo interpretativo dá “prevalência à interpretação lógica e sistemática”, é fundada “no exame dos chamados conceitos jurídicos”, e está “mais atenta às questões lógico-linguísticas”, em detrimento de questões de fato ou substanciais.

sociais com base em normas jurídicas. Como ressalta Santos (2014a, p. 38), o formalismo jurídico tem um papel fundamental no direito estatal, sobretudo nos países da tradição da *civil law*<sup>80</sup>. Nesse sentido, a ideia de moldura representa algum limite para a decisão judicial, ainda que no plano da ciência. Embora a norma não possa pré-determinar a decisão judicial, ela pode fixar limites. É possível afirmar que Kelsen não estimula ou legitima decisões judiciais fora da moldura normativa, justificadas com base em valores morais ou econômicos, até mesmo porque a sua proposta de ciência do direito não estuda esses valores. No entanto, e aqui está um limite da sua ciência do direito, se em determinada situação ocorrem muitas decisões *fora* da moldura, a teoria de Kelsen não permite analisar *por que* isso acontece<sup>81</sup>. O autor até reconhece a relevância da sociologia do direito, embora a distinga radicalmente da sua proposta de ciência do direito<sup>82</sup>.

Em suma, a proposta de Kelsen era desenvolver uma ciência jurídica autônoma da sociologia e demais ciências. O seu formalismo jurídico não tem pretensões descritivas sobre práticas sociais, incluindo a atuação dos tribunais, e busca tão somente descrever normas jurídicas de forma isolada do seu contexto mais amplo. Dessa forma, não permite analisar os fatores que contribuem para determinada prática judicial e para possíveis variações de decisões dentro ou até mesmo fora da moldura. Nesse sentido, a relevância de Kelsen para

---

<sup>80</sup> Sobre a relação entre formalismo e prática jurídica, Santos (1980, p. 51-52; 2014a, p. 38) afirma que “A sistematização (padronização e impessoalização) da atuação [do direito oficial do Estado] deriva não só da lógica normativo-constitucional que subjaz à filosofia política do Estado liberal como, mais imediatamente, do vasto arsenal do formalismo jurídico em geral e do formalismo processual em especial e ainda da profissionalização do contexto em que estes são acionados. A autonomização e a sistematização da função jurídica – concomitantes, aliás, da produção de uma ideologia específica, o legalismo – têm a sua reprodução alargada garantida pela ciência jurídica, a chamada dogmática jurídica, sobretudo através da pesada tecnologia linguística e conceitual e da criação de um universo teórico onde se segregam as coerências sistêmicas do fragmentário e fragmentante agir técnico-jurídico.” Nesse sentido, o formalismo jurídico é uma das variáveis na análise da atuação dos tribunais.

<sup>81</sup> Nesse sentido, a “pureza metodológica” pode por vezes conflitar com a “impureza” da prática jurídica, o que gera limites e tensões para sua proposta de ciência do direito. O próprio Kelsen indica expressamente algumas tensões no seu pensamento. É o caso da relação entre validade e eficácia da norma jurídica individual, “um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista”, segundo Kelsen (2006, p. 235). Para esse dilema Kelsen (2006, p. 236) acaba sustentando um “meio-termo” entre “idealismo”, uma total independência entre validade e eficácia, e “realismo”, a identidade plena entre ambas.

<sup>82</sup> Sobre a sociologia do direito, Kelsen (2006, p. 113) sustenta que estuda “fatos da ordem do ser” como “fenômenos paralelos” ao próprio Direito. Ao responder a objeção de que a separação entre norma e ato de vontade que o produziu seria uma “ilusão”, Kelsen (2006, p. 117) afirma: “A possibilidade e a necessidade de uma tal disciplina, endereçada ao Direito como teor de sentido normativo, são demonstradas pelo fato secular da ciência do Direito que, como jurisprudência dogmática, e enquanto houver Direito, servirá as necessidades intelectuais dos que deste se ocupam. [...] Substituí-la pela sociologia do Direito é impossível, pois esta ocupa-se de um problema inteiramente diferente daquele. [...] O que importa não é fazer desaparecer esta ciência juntamente com a categoria do dever-ser ou da norma, mas limitá-la ao seu objeto e clarificar criticamente o método.” A distinção entre “fato” e “norma” parece mais útil para a dogmática jurídica do que para a sociologia do direito. Essa distinção é útil para formar um conhecimento sobre normas, mas não para explicar *por que* uma norma é mais eficaz que outra, ou *por que* os tribunais atuam de determinada forma. Para isso é necessário mobilizar as teorias, categorias e métodos próprios das ciências sociais, para além da sociedade vista como um “conjunto de fatos”.

uma sociologia dos tribunais é considerar o papel específico de um conhecimento sobre normas jurídicas, como seus efeitos na atuação dos tribunais, uma vez que as decisões judiciais utilizam esse conhecimento, e como forma de analisar as decisões judiciais, em especial se estão no âmbito da moldura fornecida pela norma. Uma sociologia dos tribunais não implica negar uma certa autonomia do conhecimento sobre normas jurídicas. Ao contrário, trata-se de uma proposta mais ampla que o insere no contexto político e institucional dos tribunais.

### **1.3. Tribunais: bloqueio ou promoção da transformação social?**

A mais conhecida experiência de atuação transformadora dos tribunais é o caso dos Estados Unidos, que passou no século XX por uma “revolução dos direitos” [*rights revolution*] (TUSHNET, 2008). Uma das referências principais dessa atuação foi a decisão da Suprema Corte em 1954 no caso *Brown vs. Board of Education*, em que o tribunal passou a proibir a segregação racial nas escolas norte-americanas. Até então a Suprema Corte admitia a segregação racial mesmo diante da décima quarta emenda à Constituição, que foi editada alguns anos após a abolição da escravidão nos Estados Unidos. Esta emenda constitucional estabeleceu que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas cidadãos teriam “igual proteção pelo direito”. Em decisão de 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte havia afirmado que a segregação racial não contrariava essa emenda e permitiu que os Estados estabelecessem diferentes espaços e serviços públicos para negros. Dessa forma, a decisão de 1954 foi uma guinada na jurisprudência da Suprema Corte, uma vez que passou a coibir práticas de segregação racial. Desde então, a Suprema Corte proferiu outras decisões relevantes que contribuíram para a transformação social, como no caso *Roe v. Wade* em 1973 sobre aborto e no caso *Obergefell vs. Hodges* em 2015 sobre casamento homoafetivo. Essas decisões também adotaram como base a décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Em linhas gerais, em que pese a atuação relevante da Suprema Corte nesses casos, é um desafio aprofundar a relação entre a atuação do tribunal e o contexto norte-americano. Rosenberg (1991) aponta para os limites da atuação judicial para a transformação social. No caso da decisão judicial sobre segregação racial, ele ressalta que os efeitos não foram imediatos, o que indica algum limite da atuação judicial em si. Foi somente após a edição de leis específicas que as práticas de segregação racial reduziram de forma significativa. Para Klarman (2008), a pressão dos movimentos negros foi fundamental para essa decisão da Suprema Corte. Dessa forma, está inserida no contexto político norte-americano da década

de 1950, não sendo uma simples atitude benevolente dos magistrados. No caso da decisão sobre união homoafetiva, é interessante notar que os interesses de movimentos LGBT foram defendidos também por advogados de grandes escritórios vinculados a grandes empresas [*corporate lawyers*]. Isso é um indício de que essas corporações não se opuseram a essa decisão sobre união homoafetiva. Ao contrário, a atuação de seus advogados nesse caso amplia sua legitimidade social para posteriormente defender os interesses de grandes empresas. Por fim, a “revolução de direitos” teve como efeito o enfraquecimento de movimentos políticos mais amplos nos Estados Unidos. Embora os tribunais sejam em geral considerados modernos e avançados, em especial a Suprema Corte, o seu sistema político e eleitoral pode ser considerado atrasado. Ou seja, existe uma tensão entre tribunais modernos, e sistemas eleitorais com deficiências democráticas.

Na América Latina, as propostas de transformação social tendem a ser mais ambiciosas em razão da elevada desigualdade social. Ao contrário dos Estados Unidos, as propostas de transformação social na América Latina implicam alterar as condições de vida da maioria da população. Na região, os tribunais têm oscilado entre a irrelevância e o bloqueio de processos mais amplos de transformação social. Na experiência chilena de 1970 a 1973, os tribunais atuaram como um “obstáculo” às políticas desenvolvidas por Salvador Allende, como identificado por Monreal (1975) e Viera-Gallo (1972). No entanto, na década de 1990 a Colômbia se tornou um caso de destaque de atuação transformadora dos tribunais. A Constituição de 1991 criou a atual Corte Constitucional, uma nova instituição responsável por sua aplicação, conforme analisado por Uprimny e García-Villegas (2002, p. 305). Segundo Uprimny (2006), em alguns casos na década de 1990 o tribunal não apenas aplicou os direitos previstos na Constituição como também criou direitos. O primeiro tipo de atuação é definido como um “ativismo preservador”, isto é, a manutenção judicial de um direito já reconhecido anteriormente. O segundo tipo de atuação é definido como um “ativismo inovador progressista”, isto é, a criação pelos tribunais de direitos antes não reconhecidos. No entanto, mesmo na Colômbia é possível identificar limites em relação à atuação dos tribunais. Como indica Bilchitz (2013, p. 67), a jurisprudência da Corte Constitucional tem como cerne o “mínimo vital”, isto é, assegurar o direito à vida e à dignidade em circunstâncias graves de subsistência. No entanto, isso é distinto de padrões de “suficiência plena” [*sufficiency standard*] mais relacionados a redução global de desigualdades sociais. Por fim, a Colômbia também apresenta um sistema político e eleitoral fraco. Na assembleia constituinte que produziu a Constituição de 1991, a opção parece ter sido o fortalecimento sobretudo dos tribunais, e não do sistema político.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional nos anos 2010 teve uma atuação relevante ao anular algumas políticas neoliberais de austeridade. Essa atuação contrasta com uma certa “irrelevância política” dos tribunais nos anos 1990 como indicaram Santos *et al.* (1996, p. 688 e 697). Conforme analisa Engelhardt (2017), essa atuação judicial não enfrentou a política neoliberal de forma global, mas produziu importantes conflitos pontuais. O contexto português era de ampla crise econômica e de forte atuação de movimentos sociais que contribuíram para essa atuação do Tribunal Constitucional<sup>83</sup>.

À luz dessas experiências, é possível desenvolver algumas reflexões iniciais sobre a relação entre tribunais e transformação social. De modo geral, propõe-se que decisões judiciais podem contribuir mais em propostas pontuais de inclusão social. Embora relevantes, essas decisões não significam uma redução global da desigualdade social<sup>84</sup>. Essas experiências não indicam para uma atuação judicial que promova mudanças amplas, como a distribuição de riquezas e renda. Além disso, a atuação dos tribunais tem um forte vínculo com o contexto político em determinado momento. Nesse sentido, nas experiências em que ocorreram atuações transformadoras do Judiciário, havia um contexto político favorável para tal. No sentido inverso, uma atuação conservadora dos tribunais tende a refletir determinadas pressões sociais. Ou seja, é necessário considerar o apoio e os interesses sociais a que estão vinculados determinados tipos de atuação dos tribunais.

Nos países de *civil law*, uma atuação transformadora do Judiciário tende a ser mais orientada pelo direito positivo, uma vez que muitas Constituições incorporaram direitos sociais e normas sobre igualdade. Dessa forma, existe um vínculo mais claro entre constituições e uma atuação transformadora do Judiciário<sup>85</sup>. Por outro lado, nos países de *common law* uma atuação transformadora do Judiciário não tem tanto vínculo com o texto constitucional. É o caso dos Estados Unidos, que mantém a mesma Constituição desde a sua independência. No contexto de uma constituição liberal clássica, é necessária uma postura

---

<sup>83</sup> Sobre a atuação do movimento ambientalista nos tribunais portugueses, conferir Duarte (2011).

<sup>84</sup> Para Santos (2002, p. 2), os tribunais apresentam uma tensão entre emancipação e regulação. A emancipação nada mais é do que uma forma de regulação diferente e melhor. Na modernidade existe uma discrepância entre expectativas e experiências sociais, de modo que as aspirações emancipatórias confrontam as relações sociais dominantes. Em sentido semelhante, Loughlin (2015, p. 17-20) afirma que atualmente as constituições tendem a incorporar uma “tensão criativa entre utopia e ideologia”, ou seja, combinam a promoção de ideais de transformação e a manutenção da ordem social. Nesse sentido, para manter a ordem é necessário promover algumas reformas sociais.

<sup>85</sup> Klare (1998, p. 150) define o “constitucionalismo transformador” como um conjunto de atividades de implementação da Constituição a fim de transformar instituições políticas e sociais e relações de poder no sentido de ampliar a democracia, a participação e a igualdade. É um projeto de transformação social em grande escala com base em processos não-violentos.

mais inovadora dos tribunais para a promoção da transformação social, isto é, desenvolver margens mais amplas para a interpretação da Constituição.

Nos países de *civil law* com uma Constituição com conteúdo progressista, uma atuação transformadora do Judiciário pode envolver dois cenários. O primeiro consiste na aplicação das normas progressistas, numa postura mais vinculada ao direito positivo e sem significativas inovações jurisprudenciais. Nesse sentido, essa interpretação literal pode ser utilizada para anular a legislação infraconstitucional que estiver em desacordo com a Constituição. O segundo cenário ocorre quando os tribunais inovam em relação ao direito positivo, ampliando direitos para além daqueles expressamente previstos na Constituição.

Por fim, é possível diferenciar a atuação transformadora ou conservadora dos tribunais da seguinte forma. A atuação dos tribunais pode ser considerada transformadora na medida em que promove ou fortalece uma agenda mais ampla de inclusão social. Por exemplo, se legitimarem políticas inclusivas desenvolvidas por governos, trata-se de um desempenho transformador. Por outro lado, a atuação dos tribunais pode ser considerada conservadora na medida em que bloqueia processos mais amplos de transformação social ou legitima uma agenda de exclusão social. Em especial, é o que ocorre quando os tribunais contribuem para desestabilizar governos que desenvolvem políticas transformadoras. Em suma, os tribunais podem tanto fortalecer processos de transformação social quanto contribuir para bloqueá-los.

## **CAPÍTULO 2 – PARA UMA SOCIOLOGIA DOS TRIBUNAIS NO BRASIL**

Para explicar a atuação dos tribunais é necessário mobilizar uma série de variáveis. Em geral, as análises mais usuais sobre os tribunais pautam-se exclusivamente pelas características pessoais dos magistrados ou, mais recentemente, por uma vaga “opinião pública”. No entanto, embora relevantes, esses fatores são insuficientes e imprecisos. Este capítulo propõe um conjunto de variáveis que influenciam a prática dos tribunais brasileiros em processos de transformação social. Para isso, toma-se por base a obra de Boaventura de Sousa Santos, em especial seus trabalhos sobre os tribunais apresentados no capítulo anterior, com destaque para os seguintes aspectos: i) os tribunais integram o Estado e estão sujeitos a diversas pressões políticas; ii) apresentam uma heterogeneidade interna; iii) possuem uma forma de argumentação e um desenho institucional próprios; e iv) exercem diferentes funções para a sociedade, de tipo instrumental, política e simbólica.

As variáveis selecionadas e discutidas a seguir têm um caráter predominantemente macrossociológico, embora se aponte também para aspectos microssociológicos<sup>86</sup>. Ambas abordagens apresentam limites para explicar a atuação dos tribunais. Enquanto uma abordagem macro permite uma visão mais ampla, por vezes secundarizando alguns aspectos específicos dos tribunais, uma abordagem microssociológica alcança diversos detalhes mas tende a perder de vista o panorama mais amplo em razão de recortes bastante limitados. Nesse sentido, pesquisas microssociológicas carecem de um quadro teórico mais amplo, o que dificulta ou inviabiliza uma adequada análise dos tribunais. O institucionalismo, por exemplo, ao desconsiderar o todo e buscar isolar em demasia micro aspectos da atuação dos tribunais, perde em capacidade analítica. Na verdade, micro e macrossociologia podem ser complementares e desenvolver relação entre si, de modo que é possível conciliar voos mais altos que se propõem a analisar um cenário mais amplo com voos mais baixos que focam em áreas específicas desse cenário.

Embora as variáveis a seguir estejam inter-relacionadas, desenvolve-se um esforço teórico para separá-las e discuti-las de forma mais autônoma, uma vez que cada variável por si só contribui para um certo tipo de atuação dos tribunais. Além disso, apesar de todas as variáveis apresentadas a seguir exercerem algum tipo de influência sobre os tribunais, é

---

<sup>86</sup> Sobre a distinção entre macro e microssociologia, Campilongo (2000, p. 16) afirma: “A sociologia jurídica pode assumir duas tendências igualmente legítimas: de um lado, uma análise microssociológica, atenta a aspectos muito específicos e determinados do funcionamento do sistema jurídico; de outro, um enfoque macrossociológico, voltado à aferição das grandes tendências na experiência jurídica, ocupado com o exame das grandes variáveis do sistema social.”



possível indicar que algumas são mais relevantes do que outras. Uma vantagem de um quadro teórico amplo é permitir avaliar a relevância de cada variável específica no conjunto em consideração. O estudo de um único fator isolado dos demais apresenta o risco de sub ou sobrevalorização dos seus efeitos na prática dos tribunais, inviabilizando sua explicação geral.

O quadro analítico a seguir está voltado para o contexto político no Brasil pós-1988, caracterizado por três períodos com distintas agendas políticas predominantes: o neoliberalismo de 1990 a 2003, o neodesenvolvimentismo de 2004 a 2014, e o de crise política de 2015 a 2018. Não há uma pretensão comparativa com outros países, mas tão somente de identificar variáveis na experiência brasileira que influenciam a atuação dos tribunais em temas de transformação social. O foco, portanto, é a dinâmica interna do Brasil, embora fatores internacionais não deixem de ser relevantes. Sobre o contexto político, este capítulo adota como referências autores das ciências sociais brasileira, com destaque para Armando Boito Jr. e André Singer. Enfim, almeja-se desenvolver um quadro analítico sobre as variáveis macrossociológicas que influenciam a atuação dos tribunais no Brasil, fornecendo aportes teóricos para uma sociologia dos tribunais<sup>87</sup>.

## 2.1. O Estado brasileiro no contexto internacional

Historicamente o Estado brasileiro apresenta uma posição subordinada nas relações internacionais. Essa subordinação se manifesta de diversas formas, como nas relações econômicas e financeiras<sup>88</sup>, na disputa pelo controle de recursos naturais em território nacional<sup>89</sup>, no grau de desenvolvimento tecnológico e mesmo a nível epistemológico<sup>90</sup>. Na verdade, a soberania tem sido um atributo de um número restrito de Estados no cenário internacional, como alguns da Europa e os Estados Unidos<sup>91</sup>. Para Santos, as relações

---

<sup>87</sup> Este capítulo pode ser considerado um exercício de “sociologia jurídica teórica” nos termos de Carbonnier (1980, p. 45), que a caracteriza como a apresentação de “hipóteses explicativas que pretendem se responsabilizar por um grande número de fenômenos jurídicos [...] Essas hipóteses entretanto não têm apenas um interesse especulativo. Elas podem servir para traçar um quadro de conceitos, onde se situarão as futuras pesquisas da Sociologia empírica. Mesmo tratando-se de pesquisas concretas, é importante dispor-se de um quadro conceitual [...]”

<sup>88</sup> Paulani (2012) apresenta um histórico da inserção dependente do Brasil na economia internacional, destacando o papel dos elevados juros nacionais desde a década de 1990, que beneficiam interesses externos.

<sup>89</sup> Sobre o petróleo e recursos minerais: Bercovici (2011).

<sup>90</sup> Santos (2014b, 2017b) atualmente desenvolve uma agenda de pesquisa que abrange, entre outros aspectos, o papel da epistemologia nas relações internacionais desiguais, isto é, entre o Norte e Sul global.

<sup>91</sup> Nesse sentido, Tully (2008, p. 69, tradução minha) afirma: “Desde a descolonização formal em meados do século XX, a maioria das teorias políticas e do direito público parte do pressuposto de que o campo do direito e da política é composto por Estados constitucionais soberanos unidos pelo Direito Internacional Público.” No entanto, visões mais recentes indicam que “a ordem jurídica e política mundial é melhor caracterizada como uma ordem imperial de algum tipo ou outro”. No original: “Since formal decolonization in the mid-twentieth

internacionais desiguais persistem desde o colonialismo, sendo uma das principais características do período moderno<sup>92</sup>. Nessa linha, a emergência da socialdemocracia ocorreu apenas nos países centrais e se beneficiou da posição de dominação nas relações internacionais<sup>93</sup>.

Considerando que os tribunais integram o Estado, a subordinação do Estado brasileiro reflete-se também na sua atuação. Os tribunais brasileiros estão mais sujeitos a pressões e influências externas, o que não ocorre em países que possuem uma soberania plena. O Estado brasileiro tem menos força, logo os tribunais que os integram também. Ou seja, o Judiciário brasileiro lida não apenas com pressões internas, dos diversos grupos e classes sociais, mas também com pressões externas oriundas dos Estados de países centrais, de agências internacionais e de grandes empresas estrangeiras<sup>94</sup>. Essas pressões sobre os tribunais tendem a ocorrer sobretudo em temas vinculados a interesses internacionais, como nas relações econômicas. A subordinação do Estado brasileiro reduz a margem de atuação dos tribunais em temas de transformação social. Ao mesmo tempo, projetos de transformação social no Brasil envolvem, em alguma medida, reduzir as desigualdades em âmbito internacional, área na qual o Judiciário tem pouco potencial para atuação.

Ainda que mantendo uma posição subordinada nas relações internacionais, o grau de autonomia do Estado brasileiro pode variar<sup>95</sup>. Um dos fatores para isso é a política externa

---

century most theories of public law and political formations begin from the presupposition that the field of law and politics is one of sovereign, constitutional states bound together by public international law. [...] the world legal and political order is best characterized as an imperial order of some kind or another.” Sobre o Brasil, Bercovici (2013, p. 316, grifos do autor) afirma: “O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma *soberania bloqueada*, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude.”

<sup>92</sup> Trabalhando com a distinção entre Norte e Sul no contexto das relações internacionais, Santos e Meneses (2009, p. 12) afirmam: “o fim do colonialismo político, enquanto forma de dominação que envolve a negação da independência política de povos e/ou nações subjugados, não significou o fim das relações sociais extremamente desiguais que ele tinha gerado (tanto relações entre Estados como relações entre classes e grupos sociais no interior do mesmo Estado).”

<sup>93</sup> Ou seja, enquanto a introdução de direitos sociais nas Constituição é algo comum em países centrais e periféricos, a sua eficácia mais ampla ocorre apenas nos primeiros.

<sup>94</sup> Utilizando a posição do país no “sistema-mundo” como um dos fatores para analisar a globalização jurídica nos anos 1990, Santos (2002, p. 188, tradução minha) afirma: “a força externa do Estado é de importância crucial para a compreensão de algumas formas de globalização jurídica, especialmente aquelas que implicam a transformação do sistema judicial do Estado-nação sob pressão de forças e instituições transnacionais.” No original: “the external strength of the state is of crucial importance in understanding some forms of legal globalization, especially that entailing the transformation of the nation-state’s legal system under pressure from transnational forces and institutions.”

<sup>95</sup> Com base em Nicos Poulantzas, Berringer (2015, p. 71) afirma que “no geral, a posição do Estado em determinada conjuntura histórica é determinada pela fração [burguesa] hegemônica no bloco no poder.” Nesse sentido, “a relação entre fração hegemônica e o capital externo determina a posição do Estado no cenário internacional em determinada conjuntura histórica” (BERRINGER, 2015, p. 70). Nos Estados capitalistas dependentes, a fração hegemônica pode ser a burguesia compradora, a interna ou a nacional.

adotada pelo Estado brasileiro em determinado contexto político. Para Berringer (2015, p. 131), no período neoliberal predominou uma política de “subordinação passiva”, uma vez que prevaleceu um alinhamento geral do Brasil em relação à agenda dos países centrais, com destaque para os Estados Unidos. Essa política externa tinha como objetivo sobretudo a atração de investimentos externos e de empréstimos de agências internacionais, de modo a contribuir para uma certa estabilidade macroeconômica<sup>96</sup>. Entidades como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional recebem uma influência maior dos Estados Unidos e da Europa, tornando-se de certa forma um meio para execução da política externa desses países. Como contrapartida, esses investimentos e financiamentos externos em geral acarretavam uma variedade de concessões do Estado brasileiro, como mudanças legislativas, privatizações, renúncias na área da defesa e abertura comercial unilateral em alguns setores econômicos<sup>97</sup>. Entre as alterações legislativas, destaca-se, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 6 de 1995 que revogou o art. 171 da Constituição, eliminando a categoria de “empresa brasileira de capital nacional”. Dessa forma, conferiu tratamento igual a empresas de capital nacional e internacional instaladas em território brasileiro. Algumas medidas legislativas fortaleceram o papel de tribunais internacionais e outras instâncias de resolução de conflitos, como a Lei de Arbitragem de 1996 que prevê a “execução de sentenças arbitrais estrangeiras” pelos tribunais brasileiros<sup>98</sup>. A implementação do neoliberalismo no Brasil, portanto, ocorreu sob forte pressão estrangeira e aprofundou a subordinação do Estado brasileiro nas relações internacionais em comparação com o regime

---

<sup>96</sup> Nesse sentido, Berringer (2015, p. 102-103) afirma: “para garantir a concessão de empréstimos, atrair investimento externo e atender prioritariamente aos anseios do capital financeiro nacional e internacional, não bastava implementar as diretrizes do FMI e do Banco Mundial, era preciso demonstrar proximidade e subordinação às grandes potências imperialistas.”

<sup>97</sup> Sobre as mudanças legislativas, Faria (2011, p. 66) afirma: “No caso do Banco Mundial e do FMI, as diretrizes regulatórias em matérias trabalhistas e ambientais, para efeitos de reformas legais de âmbito nacional, têm sido impostas aos Estados por meio de uma combinação de sugestões, de pressões econômicas e de estímulos financeiros.”

<sup>98</sup> Nesse sentido, Burgos Silva (2009, p. 23, tradução minha) afirma que a agenda do Banco Mundial para os países da América Latina envolve “facilitar a execução concreta de alguns aspectos do direito produzido transnacionalmente.” No original: “facilitar la ejecución concreta de algunos aspectos del derecho producido transnacionalmente.” Em relação à arbitragem internacional: “Em geral, o que se estabelece em uma sentença arbitral acaba sendo executado em um território nacional específico, sendo necessária a existência de um poder judicial que permita efetivamente internalizar o que foi decidido de forma arbitral e o transformar em mandado vinculante” (BURGOS SILVA, 2009, p. 25, tradução minha). No original: “Por lo general, lo previsto en un laudo arbitral termina ejecutándose en un territorio nacional específico, para lo cual es necesaria la existencia de un poder judicial que permita integrar eficazmente lo decidido arbitrariamente y convertirlo en un mandato vinculante.”

militar, em que havia posturas mais autônomas em relação ao desenvolvimento tecnológico e à dívida externa por exemplo (BERRINGER, 2015, p. 102)<sup>99</sup>.

Nesse período, os tribunais estiveram mais sujeitos a pressões estrangeiras de variados tipos. As reformas legislativas incentivadas por agências internacionais influenciaram algumas áreas de atuação e o próprio desenho institucional do Judiciário<sup>100</sup>. Além disso, alguns processos judiciais que envolviam interesses internacionais, como os que discutiam a anulação de privatizações de empresas estatais, estiveram sujeitos a mais pressões empresariais. Dessa forma, a capacidade do Judiciário para atuar em temas de transformação social era restrita no período neoliberal<sup>101</sup>.

No período neodesenvolvimentista, houve uma mudança na política externa do Estado brasileiro que, na denominação de Berringer (2015, p. 164), passou a ser de “subordinação conflitiva”<sup>102</sup>. Com isso ocorreram alguns conflitos com a agenda dos Estados Unidos em torno de questões comerciais, tecnológicas e geopolíticas, por exemplo. Essa política externa, no entanto, não visava a romper relações ou promover um confronto aberto com os Estados Unidos, mas tão somente ampliar a autonomia do Estado brasileiro nas relações internacionais. Almejava-se conferir alguma proteção do mercado nacional para empresas brasileiras e contribuir para abertura de novos mercados internacionais. Por isso, essas empresas apoiavam a política externa do período neodesenvolvimentista<sup>103</sup>. Nesse sentido, a proposta de uma Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) foi arquivada. Além disso, a articulação autônoma do Brasil com países da América Latina, da África e da Ásia favorecia melhores acordos comerciais para empresas brasileiras. Em especial, destaca-se a articulação do Brasil com a Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS), formalmente constituído como um grupo em 2009, no contexto global de ascensão geopolítica da China<sup>104</sup>. Por fim, no período neodesenvolvimentista foi obtida a independência financeira

---

<sup>99</sup> Berringer (2015, p. 86) afirma que “o neoliberalismo solapou a autonomia política dos Estados periféricos, aumentando a vulnerabilidade externa de suas economias e aprofundando os laços de subordinação imperialista”.

<sup>100</sup> Na esteira teórica de Bourdieu, Dezalay e Garth (2003, p. 480) analisam mudanças no campo jurídico na América Latina e sua relação com o contexto internacional, destacando que as pressões estrangeiras tendem a passar por adequações pela estrutura de poder de cada país específico. Reformas sobre ensino jurídico, administração dos tribunais e construção do *rule of law* estão intimamente associadas a processos hegemônicos internacionais (DEZALAY, GARTH, 2003, p. 496).

<sup>101</sup> De modo geral, Faria (2011, p. 38) sustenta que a globalização da década de 1990 reduziu as possibilidades de efetivação das políticas sociais e dos valores democráticos por meio do direito.

<sup>102</sup> Em sentido semelhante: Boito Jr. e Berringer (2013, p. 34).

<sup>103</sup> Berringer (2015, p. 188) afirma: “o Estado brasileiro usou sua maior autonomia de ação para tomar posições cujo resultado direto foi o atendimento de interesses econômicos da grande burguesia interna.”

<sup>104</sup> Segundo Vasconcelos (2018, p. 28), “o grupo [BRICS] se articula para promover alterações na arquitetura das finanças e nas relações monetárias herdadas do sistema de Bretton Woods”, com destaque para “as demandas por reformas nas políticas e na governança do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional

em relação ao FMI e se adotou uma postura crítica sobre as condicionalidades impostas em empréstimos (BERRINGER, 2015, p. 181).

Dessa forma, embora mantendo uma posição subordinada, houve um maior grau de autonomia do Estado brasileiro nas relações internacionais no período neodesenvolvimentista, de modo que as pressões estrangeiras sobre os tribunais diminuíram. A agenda de reformas dos tribunais disseminada pelo Banco Mundial e FMI perdeu força no Brasil, uma vez que não era mais implementada como contrapartida de empréstimos e investimentos. Isso não tornou o Brasil imune a essas pressões como indicam as reformas legislativas realizadas no contexto de preparação para Copa do Mundo em 2014<sup>105</sup>. De toda forma, a margem de manobra dos tribunais aumentou, inclusive para decidir em processos judiciais de forma contrária a interesses internacionais. Nesse sentido, a política externa adotada pelo Estado brasileiro tem um papel relevante para a atuação dos tribunais, de modo que uma postura mais autônoma pode reduzir pressões estrangeiras sobre o Judiciário.

Além da política externa, um outro fator que influi na autonomia do Estado brasileiro é o contexto global geral e, em especial, a intensidade das pressões estrangeiras a que está submetido. A partir de 2001, o foco geopolítico dos Estados Unidos esteve voltado para o Oriente Médio, o que favoreceu a adoção de uma política externa mais autônoma pelo Brasil. No entanto, como afirma Singer (2018, p. 69), “as relações internacionais se transformaram a partir da crise [internacional] de 2008”, de modo que os Estados Unidos voltaram a atuar de forma mais intensa na América Latina. Alguns sinais dessa intensificação da presença norte-americana foram as conturbadas mudanças de governo em Honduras em 2009 e no Paraguai em 2012. Em relação ao Brasil, Berringer (2015, p. 185) destaca “o fato de que logo após o anúncio da descoberta das reservas de petróleo na camada pré-sal, os Estados Unidos reativaram a IV Frota Internacional, acenando para uma possível disputa geopolítica.” Mesmo com uma política externa mais autônoma, a persistente subordinação do Estado brasileiro o mantém vulnerável em contextos de interesses norte-americanos mais agressivos. A política externa de conflitos pontuais com os EUA pode ter gerado uma reação para que o Estado brasileiro voltasse a se alinhar em temas considerados fundamentais. Ou

---

e por maior participação nos espaços decisórios internacionais”; e “a criação de mecanismos multilaterais próprios (um banco de desenvolvimento e um arranjo monetário)”. Os BRICS chegaram a questionar a adoção do dólar como padrão monetário internacional.

<sup>105</sup> Outra organização internacional que influencia a agenda legislativa brasileira é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual impõe uma série de reformas legais como requisito para associação do Brasil.

seja, as pressões internacionais passaram a ser mais agressivas também porque o Estado brasileiro detinha um grau maior de autonomia.

Santos (2018, p. 407) caracteriza a presença dos Estados Unidos no Brasil nos anos 2010 como uma “intervenção imperial” que foi um dos principais fatores para a eclosão da crise política em 2015. Um dos principais focos de pressão reside no “sistema judicial como instrumento de intervenção imperial” (SANTOS, 2018, p. 410), de modo que a influência internacional é um dos fatores para explicar a atuação dos tribunais nesse período. Nos termos de Santos, essa “intervenção imperial” dos Estados Unidos no Brasil provocou um enfraquecimento dos ideais liberais associados Judiciário<sup>106</sup>. Considerando que a política externa do Estado brasileiro era de maior autonomia até 2016, ocorreram relações mais diretas entre órgãos estrangeiros e o sistema de Justiça brasileiro, sem a mediação das autoridades formalmente competentes para representação internacional do Estado brasileiro. Enfim, as pressões internacionais sobre os tribunais se intensificaram nos anos 2010, sendo essa uma das características principais do período de crise a partir de 2015.

Além da intensidade das pressões estrangeiras, o seu conteúdo também passou por mudanças no período pós-1988. Ou seja, se os tribunais brasileiros estão suscetíveis a pressões internacionais, o próprio sentido dessas pressões se alterou nesse período de trinta anos. Rodriguez-Garavito (2011) distingue duas agendas internacionais para os tribunais na América Latina. De um lado, o programa neoliberal difundido pela *United States Agency for International Development* (USAID), agência vinculada ao Estado norte-americano, e pelo Banco Mundial, que almeja ampliar o papel do Judiciário para promoção do “livre-mercado” e para garantia de contratos e propriedade<sup>107</sup>. Nesse sentido, o objetivo das “reformas nas instituições judiciais” é “oferecer um ambiente institucional adequado para o funcionamento ótimo dos mercados capitalistas” (BURGOS SILVA, 2009, p. 13, tradução minha). De outro lado, um programa neoconstitucionalista promovido por organizações de direitos humanos que defendem uma certa atuação do Judiciário em processos de transformação social,

---

<sup>106</sup> Enquanto os Estados Unidos tendem a fortalecer o *rule of law* em seu país, a sua política externa por vezes realiza pressões contrárias ao Estado de Direito em outros países.

<sup>107</sup> Em sentido semelhante, Burgos Silva (2009, p. 31, tradução minha) defende: “Sob o pretexto de fortalecer o Estado de Direito para o desenvolvimento, o Banco Mundial está promovendo, de fora, uma séria transformação das ordens jurídicas de alguns países, sob a ótica de um constitucionalismo econômico destinado a proteger os direitos de propriedade e gerar obstáculos institucionais para eventuais mudanças nas políticas neoliberais”. No original: “Con el pretexto de fortalecer el Estado del Derecho para el desarrollo, el Banco Mundial está promoviendo, desde fuera, una seria transformación de los órdenes jurídicos nacionales de algunos países, esto bajo las claves de un constitucionalismo económico dirigido a proteger los derechos de propiedad y generar obstáculos institucionales a potenciales cambios en las políticas neoliberales.”

sobretudo por meio das Supremas Cortes na região<sup>108</sup>. Na verdade, como indica Rodriguez-Garavito, essas duas agendas tendem a se sobrepor e a convergir em diversos pontos, como na defesa de direitos individuais e políticos e de um Judiciário independente e forte. Essas agendas divergem sobretudo em relação à atuação judicial em matéria de direitos sociais. Na experiência Colombiana pós-1991, nos primeiros anos prevaleceu um neoconstitucionalismo com decisões inovadoras da Corte Constitucional voltadas para promoção de direitos sociais. Posteriormente ganhou força uma atuação de perfil neoliberal, ainda que por vezes tenham ocorrido sínteses de um “neoliberalismo com direitos” (RODRIGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 177)<sup>109</sup>.

No caso brasileiro, é possível identificar influências estrangeiras em temas de direitos humanos na década de 1990, a começar pelos tratados internacionais de que o Brasil é signatário. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, contou com a adesão do Brasil em 1992. Em relação ao meio ambiente, destaca-se a conferência em 1992 no Rio de Janeiro sobre o desenvolvimento sustentável. Houve uma relevante influência para o combate da violência doméstica em razão das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2001 sobre o caso Maria da Penha, defendido em âmbito internacional por organizações de direitos humanos<sup>110</sup>. Essa decisão da CIDH favoreceu a edição da Lei sobre violência doméstica em 2006. A Emenda Constitucional 45 de 2004, além de buscar aumentar a eficiência do Judiciário, contém também medidas como o “incidente de deslocamento de competência” para “grave violação de direitos humanos”.

---

<sup>108</sup> Essa agenda neoconstitucionalista pode ser considerada, como proposto por Santos (2002, p. 351), uma “concepção despolitizada de transformação social” e incentiva uma visão idealizada do direito, isto é, desvinculada de forças políticas. Nesse contexto, o caso *Brown vs Board of Education* foi convertido em referência mundial para transformação social por meio dos tribunais. Além disso, os resultados do Projeto Florença patrocinado pela Fundação Ford na década de 1970 continham pouca reflexão sobre os limites da atuação dos tribunais para efetivar direitos sociais. Como hipótese, os tribunais passam a ter uma imagem de promoção da transformação social na América Latina mais em razão da literatura recepcionada e da agenda de organizações internacionais, e menos em razão de experiências reais efetivas.

<sup>109</sup> Em sentido semelhante sobre a política interna norte-americana, Fraser (2017) afirma que a partir do governo Reagan prevaleceu um “neoliberalismo progressista”, que combina políticas econômicas que agravaram a desigualdade com políticas de reconhecimento de cunho liberal e meritocrático voltadas para mulheres, negros, imigrantes e gays. Dessa forma, o neoliberalismo ganhou maior legitimidade e “diversificou” a crescente hierarquia social, contando com apoio de movimentos sociais de cunho liberal, segundo Fraser. Esse modelo pode ter sido difundido para América Latina e recepcionado por alguns grupos sociais na região. No entanto, para Fraser (2017), com a eleição de Trump esse “neoliberalismo progressista” foi substituído por um “neoliberalismo reacionário”, uma vez que manteve as linhas gerais do programa econômico anterior, mas passou a adotar medidas abertamente racistas e xenófobas, por exemplo. Neste trabalho, Fraser (2017) não aborda o papel do Judiciário em cada modelo de neoliberalismo.

<sup>110</sup> Sobre o caso Maria da Penha na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conferir Cecília Santos (2007, p. 46-47; 2010, p. 162-166). De modo geral, Cecília Santos (2010, p. 162) afirma que a “adoção destas normas [internacionais de direitos humanos pelo Brasil] abriu caminho para mobilizações jurídicas transnacionais por parte das organizações não-governamentais de direitos humanos e de organizações feministas.”

Dessa forma, é possível afirmar que as pressões estrangeiras para implementação do neoliberalismo no Brasil não foram incompatíveis com algumas medidas de promoção de direitos humanos. No entanto, face à elevada desigualdade social brasileira, essas medidas por vezes apresentam um caráter mais simbólico (apenas transmitem uma imagem social de avanço e inclusão) e restrito (geram uma inclusão pontual sem promover mudanças no quadro geral de desigualdade), como ocorre sobretudo em temas de direitos sociais<sup>111</sup>.

No final do período neodesenvolvimentista há uma intensificação de pressões estrangeiras no Brasil para a aplicação da lei penal em denúncias de corrupção e para difundir o modelo norte-americano de persecução criminal. Segundo Santos (2018, p. 411), o objetivo é “criar estruturas de acusação agressivas, bem equipadas e impregnadas de uma ideologia de independência judiciária [...]”. Alguns reflexos dessa agenda penal internacional no Brasil são a reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro em 2012, a Lei de Organizações Criminosas de 2013 que regula a “colaboração premiada”, e a Lei sobre terrorismo de 2016. Essas reformas legislativas foram favorecidas pelo contexto de preparação para Copa do Mundo e Olimpíadas<sup>112</sup>.

Considerando a posição subordinada do Estado brasileiro nas relações internacionais, cabe então questionar: como ocorre essa pressão estrangeira sobre os tribunais brasileiros? Em sentido mais amplo, as medidas que influenciam a prática dos tribunais envolvem desde reformas legislativas até mesmo propostas para o ensino jurídico. De modo geral, os tribunais brasileiros historicamente estiveram sujeitos a reformas difundidas pelos países centrais, como aquelas estimuladas pelo Projeto Florença na década de 1970<sup>113</sup>. Em relação ao ensino jurídico, Gardner (1980) identificou o “imperialismo jurídico” [*legal imperialism*] nas propostas vinculadas ao movimento *law and development* da década de 1960 que difundiam, por exemplo, o “método de caso” em que estudantes assumem protagonismo na resolução de problemas no espaço de aula. Atualmente, o modelo

---

<sup>111</sup> Ou seja, o “neoliberalismo progressista” é menos viável no Brasil do que nos Estados Unidos, em que essa agenda perdurou décadas. No Brasil é necessário reduzir a desigualdade e não apenas diversificá-la. Uma parte relevante da população brasileira se pauta por necessidades básicas de sobrevivência.

<sup>112</sup> Para aferir a agenda de interesses internacionais sobre o Brasil, é possível analisar os editoriais de jornais e revistas dos Estados Unidos e Europa, bem como publicações e relatórios de agências de governo e de entidades internacionais, como o Banco Mundial e o FMI. Para uma análise de documentos do Banco Mundial e o FMI, conferir Rampin (2018).

<sup>113</sup> Sobre o Projeto Florença, Garth (2016, p. 17, tradução minha) afirma: “Cappelletti (com a minha ajuda na época) importou abordagens jurídicas e acadêmicas oriundas dos Estados Unidos e as embalou de maneiras que poderiam ser absorvidas em países de *civil law* com diferentes tradições, buscando ampliar a posição do direito, dos juristas e dos tribunais no poder do Estado”. No original: “Cappelletti (with my help at the time) imported legal and academic approaches from the United States and repackaged them in ways that might be absorbed in civil law countries with different traditions, all the while seeking to build up the position of law, lawyers, and courts in state power.”



norte-americano de clínicas jurídicas é difundido como forma de ensino por meio de experiências práticas no atendimento de pessoas de baixa renda, contando inclusive com financiamento de agências do Estado norte-americano (WILSON, 2011, p. 147)<sup>114</sup>. Em geral, propostas de ensino jurídico estão vinculadas a diferentes tipos de prática judicial, mais ou menos vinculadas ao direito legislado, por exemplo, uma vez que essa é uma das principais diferenças entre países da tradição de *common law* e países da tradição de *civil law*.

Em sentido mais estrito, existem pressões diretas sobre os tribunais visando influenciar processos judiciais e decisões específicas. Diferentemente da União Europeia, que conta com um Tribunal para interpretar e aplicar as normas regionais [*European Union law*], no Brasil não existem órgãos judiciais internacionais que efetivamente se sobreponham ao Estado brasileiro e seus tribunais. Mesmo em temas de direitos humanos as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estão sujeitas a variações de eficácia no Brasil, sendo que em alguns casos não são implementadas no Brasil como analisado por Cecília Santos (2007)<sup>115</sup>. As influências dos Estados Unidos, portanto, tendem a não envolver a mediação de órgão formalmente superior. As decisões finais sobre conflitos em território nacional, portanto, são dos tribunais brasileiros, com destaque para o Supremo Tribunal Federal. A questão então é em que medida os próprios tribunais brasileiros atendem a interesses estrangeiros independentemente de uma subordinação formal. Nesse sentido, a subordinação da atuação dos tribunais brasileiros deve ser observada no seu processo de tomada de decisão, e não em um vínculo formal com órgãos supranacionais<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Wilson (2011), no entanto, rejeita a caracterização da difusão das clínicas de prática jurídica como uma manifestação do imperialismo jurídico. O Brasil possui uma rica tradição de projetos de Assessoria Jurídica Popular em diversos cursos de direito, de modo que é menos necessário importar o modelo norte-americano de clínicas. Para um histórico da Assessoria Jurídica Popular, conferir Luz (2008, p. 79-154).

<sup>115</sup> Para uma comparação entre o sistema europeu e o sistema americano de direitos humanos, conferir Benvenuto e Silva (2012). De modo geral o sistema americano de direitos humanos pode ser considerado mais frágil do que o europeu em razão dos seguintes aspectos: precariedade do caráter vinculante e obrigatório das decisões, ausência de uma jurisprudência válida para os países da região e seus órgãos nacionais, acesso indireto e mais restrito por indivíduos, poucos casos aceitos e julgados no período de 1980 a 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (sobre o Brasil, apenas cinco), e ratificação apenas parcial e condicionada da Convenção Americana por alguns Estados membros.

<sup>116</sup> Com base na experiência dos países centrais, Santos *et al.* (1996, p. 29) afirmam que emerge “um novo pluralismo jurídico, de natureza transnacional. Este novo pluralismo é simultaneamente causa e consequência da erosão da soberania do Estado nacional que ocorre neste período. A erosão da soberania do Estado acarreta consigo, nas áreas em que ocorre, a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade.” Na Europa foi necessário criar órgãos internacionais para se sobreponem aos judiciários nacionais, uma vez que antes eram soberanos. No Brasil, o próprio Judiciário por vezes atende a interesses internacionais, uma vez a soberania sempre foi mais reduzida. Por isso não é necessário um órgão internacional formalmente superior aos tribunais brasileiros.

Dezalay e Garth (2008) destacam o papel de uma elite de juristas oriundos dos países centrais na difusão de interesses estrangeiros pois mantêm vínculos com a defesa de interesses das empresas de seus países. Esses juristas transitam entre diferentes campos e mantêm alianças com diferentes instituições, como grandes escritórios de advocacia, o governo dos EUA, universidades de prestígio internacional e fundações filantrópicas. O fortalecimento dessa elite jurídica internacional é também o fortalecimento das empresas e governos a que servem nos seus países<sup>117</sup>. O direito e os juristas têm um papel central nas estratégias internacionais desenvolvidas pelos Estados Unidos (DEZALAY; GARTH, 2008, p. 718). Em especial, a atuação com temas de direitos humanos contribui para aumentar sua legitimidade social e, dessa forma, defender demais interesses com que possuem vínculos<sup>118</sup>. Nesse sentido, essa elite jurídica internacional pode manter diversas formas de contato com magistrados brasileiros. Organismos internacionais podem organizar ou financiar cursos e eventos, no Brasil ou em outros países, que contam com a participação de magistrados, buscando, entre outros objetivos, influenciar sua prática judicial. A participação de profissionais brasileiros em cursos internacionais, por sua vez, contribui para um certo “capital simbólico” que legitima um determinado tipo de atuação judicial. Por fim, é possível que também ocorram pressões oriundas de agentes estrangeiros que não são juristas, como jornalistas, agentes diplomáticos e integrantes de empresas multinacionais. Nesses casos não há, portanto, a mediação de juristas<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Nesse sentido: “a situação atual das relações internacionais reflete um relativo sucesso na ‘americanização’ que também reforça o poder dos juristas e dos clientes a que servem internamente. Direito e juristas têm sido centrais para o que pode ser caracterizado como ‘estratégias imperiais’ dos EUA ao longo do século XX” (DEZALAY; GARTH, 2008, p. 718, tradução minha). No original: “the current situation in international relations reflects a relative success in ‘Americanization’ abroad that also reinforces the power of lawyers and the clients they serve domestically. Law and lawyers have been central to what can be characterized as U.S. ‘imperial strategies’ throughout the twentieth century [...]”.

<sup>118</sup> A política internacional de direitos humanos ganhou força na década de 1980, tendo como marco a fundação da *Human Rights Watch* em 1982. Nesse sentido, Dezalay e Garth (2008, p. 743, tradução minha) afirmam: “um novo grupo de empresas extremamente ricas [...] buscou a respeitabilidade e a legitimidade em uma nova era econômica de desregulamentação e veloz mobilidade de capitais.” No original: “a new group of extremely wealthy business clients [...] sought both respectability and legitimacy in a new economic era of deregulation and lighting capital mobility.” O discurso e política de direitos humanos foi uma das estratégias adotadas, uma vez que era “consistente tanto com um papel forte para o direito e advogados quanto com os interesses globais de seus clientes ansiosos em investir em lugares com governos legítimos e economias recém privatizadas.” Em suma, “Os direitos humanos se tornaram centrais para a política externa dos EUA e estreitamente definidos em relação a políticas dos EUA” (DEZALAY; GARTH, 2008, p. 742, tradução minha). No original: “consistent both with a strong role for law and lawyers and the global interests of their clients anxious to invest in places with legitimate governments to go with newly privatized economies [...] International human rights law became central to U.S. foreign policy and closely defined in relation to U.S. policies”.

<sup>119</sup> A microssociologia das pressões internacionais sobre os tribunais brasileiros é objeto para pesquisas futuras e análises mais aprofundadas. Santos (2018, p. 408), por exemplo, destaca o papel de redes internacionais de *think tanks* para “intervenção na opinião pública e nos protestos sociais”.

Em suma, os tribunais brasileiros estão sujeitos a mais pressões do que os tribunais dos países centrais. Por isso, para analisar a atuação dos tribunais no Brasil é necessário considerar as pressões oriundas dos países centrais, que podem variar de conteúdo e de intensidade de acordo com o contexto global e, em especial, com a dinâmica interna dos Estados Unidos. No período pós-1988, embora seja possível identificar algumas influências internacionais favoráveis a medidas de direitos humanos, de modo geral a posição subordinada do Estado brasileiro nas relações internacionais dificultou uma atuação transformadora dos tribunais, sobretudo em temas econômicos. As pressões estrangeiras voltaram a se tornar mais intensas nos anos 2010, sobretudo em torno de medidas de “combate à corrupção”. Os tribunais, por sua vez, têm pouca margem para atuação direta nas relações internacionais. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que sofrem pressões externas, por si só têm poucas condições de fazer frente a essas pressões, dependendo, portanto, da atuação do Estado brasileiro no contexto geopolítico mais amplo.

## 2.2. A atuação de grandes grupos econômicos brasileiros

Além de pressões estrangeiras, os tribunais brasileiros estão sujeitos a pressões internas, oriundas dos diversos grupos e classes sociais. Em sociedades capitalistas, são os grandes grupos econômicos que detêm mais recursos e mecanismos de poder a fim de pressionar os tribunais<sup>120</sup>. Uma vez que seus interesses podem mais facilmente se refletir nos tribunais, é necessário analisar a força e a agenda política dos grandes grupos econômicos brasileiros no período pós-1988<sup>121</sup>.

Nas ciências sociais brasileira, existe uma tradição de estudos sobre a burguesia brasileira<sup>122</sup>. Florestan Fernandes a caracteriza como mais conservadora do que as

<sup>120</sup> Em sentido semelhante, Galanter (1974) sustenta que são os grupos com mais recursos, poder e *status* que têm mais condições para mobilizar o direito. Nesse sentido, Galanter (1974, p. 103-104, tradução minha) afirma que as vantagens dos grupos denominados de “possuidores” [*haves*] é “uma das maneiras pelas quais um sistema jurídico formalmente neutro entre ‘os possuidores’ e ‘os não-possuidores’ pode perpetuar e aumentar as vantagens dos primeiros.” Na esteira do *critical legal studies* norte-americano, Galanter sugere que a sociedade não é homogênea, ou seja, não é composta por indivíduos e grupos sociais em posições de igualdade de poder. Por isso, o autor utiliza a distinção entre *haves* e *have-nots*, embora as diferenças entre ambos não sejam especificadas e desenvolvidas.

<sup>121</sup> McCann (2008, p. 535, tradução minha) indica que uma “área promissora para novos estudos” é a “mobilização do direito pelos poderosos”, uma vez que a maior parte da literatura se concentra na mobilização realizada por indivíduos e grupos com menos poder. Nesse sentido, existe uma lacuna na literatura sobre estratégias de mobilização do direito pelas grandes empresas.

<sup>122</sup> O contexto acadêmico brasileiro é distinto da Colômbia, que segundo Santos e Villegas (2001, p. 11, tradução minha) é “o país menos estudado entre os grandes países da América Latina”. A sociologia do direito brasileira tem a possibilidade de dialogar e elaborar a partir da rica tradição nacional das ciências sociais. Nesse sentido, Oliveira (2015, p. 63-64) sustenta que os autores que integram o Pensamento Social Brasileiro apresentam “traços da sociedade [...] significativos para a efetivação – ou não do Direito entre nós.” São autores que contribuem para “refletir sobre o Brasil” e o “Direito brasileiro” (OLIVEIRA, 2015, p. 23).

burguesias dos países centrais. Escrevendo durante o regime militar, Fernandes (2006, p. 340, grifo do autor) afirma que ocorreu “uma forte dissociação *pragmática* entre desenvolvimento capitalista e democracia”<sup>123</sup>. Enquanto as burguesias dos Estados Unidos e de alguns países da Europa apoiavam na sua política interna a democracia e a distribuição de renda e riquezas, no Brasil prevaleceram formas autoritárias de desenvolvimento econômico com concentração de renda<sup>124</sup>. Ao mesmo tempo, a burguesia brasileira, embora mais frágil do que a dos países centrais, tende a ser mais organizada, forte e com mais capacidade de ação do que a de outros países da América Latina<sup>125</sup>. Por isso, a pressão internacional tende a ser menos direta do que em países em que os grupos econômicos são menos desenvolvidos. Por exemplo, é o caso de Moçambique analisado por Santos (2006a, p. 42-50), em que as pressões internacionais tendem a ser bastante diretas, sem tanta mediação de grupos locais.

De todo modo, a força dos grandes grupos econômicos brasileiros pode variar<sup>126</sup>. Um dos fatores para isso é se apresentam uma atuação mais unida ou mais fragmentada<sup>127</sup>. Como analisa Armando Boito Jr., no período entre 1988 e 1996, a burguesia brasileira estava mais unificada em torno da implementação do neoliberalismo a fim de promover a estabilização macroeconômica, entre outros objetivos. Essa unificação ocorre após a assembleia constituinte, na qual, entre outros aspectos, diversos movimentos sociais

---

<sup>123</sup> Segundo Fernandes (2006, p. 361-362), a formação da burguesia brasileira no século XIX ocorreu sobretudo em razão de induções externas que contribuíram para que os estamentos senhoriais da Colônia se tornassem gradativamente burgueses. Não houve, portanto, na transição para o capitalismo no Brasil, a emergência de uma burguesia que, em aliança com segmentos populares, lutou contra uma aristocracia decadente, como aconteceu na Inglaterra e França.

<sup>124</sup> Em sentido semelhante, Boito Jr. (2018, p. 15) afirma que “nos países europeus no pós-guerra”, “governos social-democratas ou mesmo governos conservadores, sob a pressão do movimento operário socialista e comunista, implantaram o Estado de bem-estar social sem que a burguesia e seus aliados rompessem com o jogo democrático. O capitalismo dependente tem uma história muito diferente daquela que se verifica no capitalismo central.”

<sup>125</sup> Sobre a questão de por que o Brasil não seguiu as experiências mais “estatizantes” dos governos da Venezuela, Bolívia e Equador nos anos 2000, Trubek, Coutinho e Schapiro (2012, p. 19, tradução minha) afirmam: “Um segundo fator que influenciou a escolha por uma política industrial colaborativa orientada para a inovação e não a nacionalização é o tamanho, a complexidade e a sofisticação do setor privado no Brasil.” No original: “A second factor that influenced the choice of collaborative innovation-oriented industrial policy rather than renationalization is the size, complexity, and sophistication of the private sector in Brazil.”

<sup>126</sup> Em sentido semelhante, Fonseca (2009, p. 97-98) defende a mobilização do conceito marxista de “classe social” em pesquisas de História do Direito, o qual consiste em observar a posição de determinado grupo social nas relações econômicas de produção e sua articulação política para defesa de interesses comuns do grupo.

<sup>127</sup> Santos utiliza a noção de frações burguesas em pelo menos dois de seus trabalhos de sociologia do direito. Primeiro, na análise da crise revolucionária em Portugal durante os anos 1974 e 1975, destacando as diferentes posições e interesses das frações da burguesia portuguesa no período (SANTOS, 1984; 2016, p. 139-166). Segundo, na pesquisa sobre conflitos urbanos no Recife, uma vez que a propriedade do imóvel ocupado por movimentos sociais (uma empresa nacional ou internacional, por exemplo) tinha consequências para a atuação dos tribunais nas ações de reintegração de posse (SANTOS, 1982a; 1983; 2016, p. 271-304).

exerceram uma forte e inusitada pressão<sup>128</sup>. A partir de 1996, uma vez logrado o controle da inflação, intensificaram-se as diferenças entre as grandes empresas brasileiras. Conforme identificado por Boito Jr. (2012, p. 67-71; 2018, p. 11-12), a burguesia brasileira divide-se desde então mais claramente em duas frações: a burguesia interna, de um lado, e burguesia associada ou compradora, de outro<sup>129</sup>. As diferenças residem sobretudo nas suas relações com o capital estrangeiro e seu comportamento político frente ao Estado brasileiro. A burguesia interna possui bases próprias de acumulação e apresenta algum grau de conflito com o capital estrangeiro, demandando, por isso, que o Estado proteja seu espaço no mercado nacional face à concorrência externa e forneça suporte para conquistar mercados internacionais. Ao mesmo tempo, essa fração mantém relações de dependência com o capital estrangeiro, em torno de questões financeiras e tecnológicas por exemplo, evitando os confrontos abertos e diretos característicos de uma burguesia nacional. O núcleo da burguesia interna são as empresas de construção civil, mineração e alimentos, mas abrange também outros setores. A burguesia compradora, por outro lado, atua de forma completamente associada ao capital estrangeiro, tendendo a ser uma mera extensão de seus interesses no Brasil. Nesse sentido, os interesses internacionais agem no Brasil não só de forma autônoma, mas também por meio de aliados internos. Os segmentos típicos dessa fração são as empresas de importação de produtos e fundos financeiros de investimento. Os bancos nacionais, segundo Boito Jr. (2018, p. 229), mantêm uma posição “gelatinosa”<sup>130</sup>. Ao mesmo tempo em que buscam preservar seu espaço no mercado nacional competindo com bancos estrangeiros, também se associam a interesses internacionais em defesa da política de juros altos realizada pelo Estado<sup>131</sup>. Em linhas gerais, o conflito entre as frações interna e associada da burguesia é a “contradição principal do processo político brasileiro”

<sup>128</sup> Em sentido semelhante, Faria (1989a, p. 57) afirma: “como as burguesias agrícola, industrial, comercial e financeira brasileiras somente costumam superar suas divergências internas e sua falta de organicidade enquanto classe apenas quando o que está em jogo é a propriedade privada, é igualmente óbvio que elas, tendo sido derrotadas na Assembleia Constituinte em temas que lhes eram fundamentais, irão tentar aparar suas arestas para não se apresentarem de modo dividido no decorrer da ‘batalha regulamentar’ da nova ordem constitucional.”

<sup>129</sup> Com base em Poulantzas, Boito Jr. (2018, p. 11) afirma: “a burguesia encontra-se dividida, ainda que de modo flexível e até certo ponto instável, em frações que podem intervir [...] como forças sociais autônomas no processo político, ou seja, forças sociais dotadas de um programa político próprio.” Nesse sentido, a análise dos tribunais consiste em considerar como se relacionam com os conflitos entre classes e frações de classe em determinado contexto, com o objetivo de identificar quais interesses são atendidos de forma prioritária. Além disso, cada fração de classe pode defender diferentes agendas junto ao Judiciário, o qual pode mudar de atuação de acordo com o “bloco no poder” em determinado momento.

<sup>130</sup> Em sentido semelhante: Boito Jr. e Saad-Filho (2016, p. 193).

<sup>131</sup> Nesse sentido, Paulani (2012, p. 98) afirma: “pode-se dizer que a economia brasileira hoje se insere no cenário mundial como emergente plataforma de valorização financeira, garantindo ganhos inigualáveis num mundo em que as taxas de juros reais são nulas ou negativas. É evidente, portanto, a contínua transferência de renda para rentistas não residentes.”

(BOITO JR., 2018, p. 11)<sup>132</sup>. Nesse sentido, são as respectivas agendas políticas dessas frações que determinam os principais conflitos no contexto brasileiro pós-1988.

No período neoliberal, segundo Boito Jr. (2012, p. 75-80), foi a burguesia associada que manteve a hegemonia política, de modo que as políticas adotadas pelo Estado favoreceram prioritariamente essa fração da burguesia e o capital internacional. A abertura comercial e o câmbio valorizado estimularam a importação de produtos. As privatizações de empresas estatais abriram espaço para parcerias entre grupos nacionais e o capital internacional. Além disso, a política de juros altos adotada pelo Estado beneficiou grupos financeiros nacionais e internacionais. Em suma, a política neoliberal fortaleceu os grupos econômicos que integram a burguesia associada.

Embora inicialmente a burguesia interna tenha apoiado medidas neoliberais com objetivo de atrair investimentos externos, reduzir custos trabalhistas e controlar a inflação, após 1996 gradativamente assume posturas mais críticas à liberalização comercial<sup>133</sup>. A abertura do mercado brasileiro nos anos 1990 implicou alguma perda de espaço de setores industriais e bancários nacionais, uma vez que ocorreu o ingresso de concorrentes estrangeiros. Além disso, a redução de programas de financiamento de atividades agrícolas enfraqueceu o agronegócio no mercado internacional (BOITO JR., 2018, p. 309-314)<sup>134</sup>.

No contexto dos anos 1990, portanto, as pressões predominantes sobre os tribunais oriundas dos grandes grupos econômicos foram no sentido de evitar o controle judicial das medidas neoliberais do período<sup>135</sup>. Em temas de política econômica esses grupos apresentavam uma atuação bastante unida até 1996. Após esse ano, foi a fração associada da burguesia que deteve hegemonia política, de modo que possuía maior capacidade de pressão sobre os tribunais. Essa fração defendia o programa neoliberal de forma integral. Em temas

---

<sup>132</sup> Para Singer (2018, p. 64-65), a principal divisão no capital é entre “engajamento na produção versus ganhos rentistas”, e não entre capital nacional e internacional, como propõe Boito Jr. De todo modo, existe uma sobreposição, ainda que parcial, entre industriais e burguesia interna.

<sup>133</sup> Em 1996, segundo Boito Jr. (2012, p. 79), “A FIESP, juntamente com a Confederação Nacional da Indústria (CNI), organizou um protesto nacional em Brasília, com industriais vindo de todas as regiões do país [...] Os industriais protestavam contra a ‘política de sucateamento da indústria’ e a abertura comercial, e pediam a desvalorização do câmbio e a diminuição da taxa de juros.” Nesse contexto, houve um “aumento da insatisfação em setores do movimento popular e da própria burguesia. As reformas neoliberais, na medida em que foram implantadas, acumularam contradições” (BOITO JR., 2012, p. 78-79).

<sup>134</sup> Boito Jr. (2018, p. 321) afirma: “O neoliberalismo quer abrir ainda mais as economias dependentes, aprofundar sua internacionalização, e isso exige que sejam desalojadas, de ramos inteiros da economia nacional, as empresas brasileiras públicas e privadas: nos setores industrial, bancário, agrícola, do petróleo, da construção pesada e outros.”

<sup>135</sup> Nesse contexto, Bercovici e Massonetto (2006, p. 69) afirmam que houve uma “blindagem” da ordem financeira na Constituição, de modo que o controle de gastos públicos adquiriu, na prática, preponderância sobre os objetivos da ordem econômica, que passou por uma “agonia”. Dessa forma, os objetivos originais da Constituição foram invertidos: foi a Constituição Financeira que se tornou “dirigente”, em prejuízo da Constituição Econômica.

de direitos humanos e política social, a atuação dos tribunais estava limitada pela agenda neoliberal e suas medidas de redução de gastos públicos e de direitos trabalhistas.

No período neodesenvolvimentista, segundo Boito Jr. (2012, p. 80-83), houve a ascensão política da burguesia interna em razão sobretudo da formação de uma frente política com movimentos sociais e classes populares<sup>136</sup>. Essa frente tinha como objetivo mitigar os efeitos do modelo econômico neoliberal e promover o crescimento econômico<sup>137</sup>. A proposta era promover não uma mudança no modelo econômico neoliberal, caracterizado por metas de controle da inflação, superávit primário e câmbio valorizado, mas sim na política econômica. A burguesia interna tem dificuldades para romper com o modelo econômico neoliberal no contexto global de predomínio do neoliberalismo, algo mais característico do comportamento político de uma eventual burguesia nacional.

As políticas de Estado no período neodesenvolvimentista atenderam a reivindicações constantes em documentos da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) desde o final da década de 1990, como alguma proteção estatal frente à expansão do capital estrangeiro na economia brasileira, incentivo à competição em mercados internacionais, programas de crédito subsidiado e investimentos em infraestrutura. A política neodesenvolvimentista favoreceu prioritariamente essa fração interna da burguesia, que se fortaleceu, aumentou suas taxas de lucro e se internacionalizou ao ampliar mercados<sup>138</sup>. Dessa forma, no início dos anos 2000 a burguesia interna consolidou uma mudança na sua agenda política, a ponto de promover uma frente política com movimentos sociais, e se afastou da agenda neoliberal pura<sup>139</sup>. Portanto, uma segunda variável relevante, além da força dos grupos econômicos, é a sua agenda, isto é, o sentido das pressões sobre os tribunais.

O Estado desenvolveu políticas relevantes de promoção de direitos sociais em parceria com empresas. É o caso do “Programa Universidade para Todos” (PROUNI), cujo objetivo é ampliar o acesso de estudantes de baixa renda e negros a instituições privadas de ensino superior, por meio da concessão de bolsas e isenção de impostos. É o caso também

---

<sup>136</sup> Singer (2018, p. 57) denomina essa coalizão de “produtivista”, em contraposição à “rentista”, de modo que “A rentista reuniria o capital financeiro e a classe média tradicional, enquanto a produtivista seria composta dos empresários industriais associados à fração organizada da classe trabalhadora.”

<sup>137</sup> Boito Jr. (2018, p. 265-266) distingue “modelo econômico” e “política econômica”, e afirma: “um mesmo modelo econômico pode comportar, dentro de certos limites, variações importantes na política econômica.”

<sup>138</sup> Também existiram medidas que favoreceram o capital internacional e a burguesia associada no período neodesenvolvimentista, uma vez que não foram desalojadas do “bloco no poder”, mas apenas perderam a hegemonia política para a burguesia interna. A fração associada e o capital internacional continuaram no interior do bloco no poder, mas não tiveram seus interesses priorizados.

<sup>139</sup> Enquanto método de pesquisa sobre a agenda política da burguesia, Boito Jr. (2012, 2018) realiza uma análise de documentos que contêm a pauta das entidades empresariais, como a Revista da Indústria da Fiesp.

do programa “Minha Casa, Minha Vida”, voltado para ampliação do direito à moradia por meio da construção de habitações populares por empresas. Nesses casos, os interesses de parte dos grupos econômicos foram conciliados com os de movimentos sociais de educação e de moradia. Por outro lado, as políticas sociais contrárias aos interesses da burguesia interna, como a valorização do salário mínimo, não foram intensas o suficiente para romper essa frente política, uma vez que seus ganhos de modo geral cresceram nos anos 2000.

No período neodesenvolvimentista, portanto, a burguesia brasileira estava dividida e, no seu conjunto, com menos força. O sentido da pressão sobre os tribunais era distinto. A burguesia interna, fração politicamente hegemônica, estava de algum modo aliada com movimentos sociais, integrava o governo federal e defendia uma agenda política neodesenvolvimentista. Nesse contexto, não pressionou os tribunais para bloquear políticas econômicas e sociais do período, sobretudo as políticas das quais era também beneficiária. Apenas a burguesia associada pressionou os tribunais para anular algumas políticas do período, uma vez que se manteve em defesa da agenda neoliberal e foi contrária à expansão do investimento público. Além disso, foi a burguesia associada que buscou desestabilizar politicamente o governo, por meio de denúncias de corrupção por exemplo<sup>140</sup>. Nesses casos, os tribunais foram um foco privilegiado de pressão da burguesia associada, a fim de apurar e reverberar tais denúncias, o que contribuiu para o desgaste político do governo na época.

No entanto, em 2013 a burguesia interna iniciou uma nova oscilação na sua agenda política, no que Singer (2018, p. 57; 2015, p. 69-70) denomina de “movimento pendular”, voltando a defender de forma mais intensa medidas neoliberais<sup>141</sup>. Para isso, um dos principais fatores foi, segundo Boito Jr. (2018, p. 282 e 318) a queda do crescimento econômico e das taxas de lucro<sup>142</sup>. Essa queda de crescimento econômico tem a ver com a “vaga contracionista” mundial que atingiu inclusive a China, segundo Singer (2018, p. 43),

---

<sup>140</sup> Nesse sentido, Boito Jr. (2012, p. 89) identificou que em 2005 “a associação dos industriais não abandonou o governo Lula na Crise do Mensalão” (BOITO JR., 2012, p. 89). Esse apoio político da FIESP foi relevante para a estabilidade política do governo.

<sup>141</sup> Singer (2018, p. 39) afirma que “No lugar da coligação entre capital industrial e trabalho surgiu uma renovada frente única burguesa em torno da plataforma neoliberal, em particular o corte de gastos públicos e as reformas trabalhista e previdenciária.”

<sup>142</sup> Cabe questionar: o nível de crescimento econômico é uma variável autônoma para explicar a atuação dos tribunais? De modo geral, não. Durante o maior crescimento econômico no período neodesenvolvimentista, de fato uma parte da burguesia tolerou uma certa distribuição de renda uma vez que não foi incompatível com seus ganhos. No entanto, no final da década de 1990, em razão dos baixos índices de crescimento, parte dos grupos econômicos se opuseram à agenda neoliberal e apoiaram uma agenda desenvolvimentista. Além disso, em 2009, na esteira da crise econômica internacional, a variação do PIB foi negativa, mas não houve uma mudança de agenda da burguesia interna. Nesse sentido, a variável relevante não é a queda do crescimento econômico em si, mas como os grupos sociais reagem a essa queda. Ou seja, a situação econômica é importante tão somente na medida em que influencia a força e agenda política dos grupos econômicos.



país comprador das *commodities* brasileiras<sup>143</sup>. Além disso, outros fatores indicados por Singer (2018, p. 67-69) que contribuíram para a oscilação política do empresariado industrial foram o aumento do número de greves, no contexto de índices próximo ao pleno emprego e contínua valorização salarial; e uma ofensiva ideológica do capital financeiro, com base em alegados perigos de “ativismo estatal” e de descontrole da inflação, o que atraiu setores da burguesia para a agenda neoliberal de “ajuste fiscal”. Segundo Singer (2018, p. 48), essa postura do capital financeiro é em parte decorrente do “ensaio desenvolvimentista” promovido pelo governo a partir de 2011, que comprou “brigas inéditas, uma vez que confrontava o poderoso setor financeiro para manter o crescimento e obter a reindustrialização.” As medidas desse ensaio envolveram a redução de juros forçando os *spreads* para baixo, o barateamento da energia elétrica, a desvalorização do real e a proteção do produto nacional<sup>144</sup>. As mudanças no cenário geopolítico internacional também foram relevantes, segundo Singer (2018, p. 69-71). Em contextos de maior agressividade de pressões estrangeiras, empresas podem se alinhar a essas pressões uma vez que não visam a romper relações com os Estados dos países centrais e com o capital internacional, a fim de manter possíveis mercados para exportação por exemplo<sup>145</sup>. Ou seja, se as pressões estrangeiras sobre o Brasil se intensificam, a burguesia interna pode oscilar de posição em razão de seus laços de dependência. Por fim, Singer (2018, p. 99) acrescenta que a partir de junho de 2013 os índices de aprovação do governo caíram. Nesse sentido, é possível afirmar que os movimentos sociais que integravam o governo perderam relevância enquanto aliados para a burguesia interna. Todos esses fatores contribuíram para sua adesão à agenda neoliberal.

Segundo Boito Jr. (2018, p. 293), essa oscilação da burguesia interna não ocorreu em bloco. A parte mais ativa no novo papel de oposição ao governo e de defesa da agenda

---

<sup>143</sup> Singer (2018, p. 67-68) afirma que “o elemento de maior importância objetiva parece ter sido a oscilação no lucro”, com uma “queda na margem de ganho da indústria em 2012, com alguma recuperação em 2013 e nova queda em 2014.”

<sup>144</sup> Nesse sentido, Singer (2018, p. 54) destaca a “estridência dos ataques ao ativismo estatal por parte de bancos estrangeiros, de agências de risco, de instituições internacionais de controle econômico, de corporações multinacionais e de múltiplas vozes nos meios de comunicação de massa brasileiros [...]” Boito Jr. (2018, p. 13) denomina esse movimento de “ofensiva restauradora do capital internacional e da fração da burguesia brasileira a ele associada [...]”

<sup>145</sup> Nesse sentido, sobre a posição da burguesia interna nas negociações internacionais sobre a ALCA nos anos 2000 e 2001, Berringer (2015, p. 134) afirma: “[...] a burguesia brasileira defendia a participação do governo nas negociações da Alca, apesar dos desequilíbrios e dos riscos que o acordo representava. O motivo é que ela pretendia manter laços com os Estados Unidos e impedir uma possível fuga de capitais. Vale lembrar que enquanto uma burguesia interna, ela mantém os laços de dependência [...]. Por isso, apesar de querer proteger seu mercado interno, essa fração não pretende romper relações com o imperialismo, motivo pelo qual tardou a rejeitar explicitamente a proposta dos Estados Unidos.”

neoliberal foram as lideranças da FIESP e da CNI, refletindo talvez os interesses da indústria de transformação que estava perdendo espaço no mercado nacional para os produtos manufaturados oriundos da China<sup>146</sup>. Outra parte, como a indústria de construção naval, adotou uma postura mais neutra, sem se engajar ativamente na defesa de uma agenda política neodesenvolvimentista ou neoliberal. Por fim, uma terceira parte enfraqueceu-se em razão da Operação Lava Jato, que atingiu sobretudo as empresas nacionais da construção civil, inclusive com a prisão dos seus presidentes e diretores. Essa oscilação política da burguesia interna é tão significativa que pode eventualmente deixar de existir como fração autônoma (BOITO JR., 2018, p. 275)<sup>147</sup>.

De modo geral, a partir de 2013 a pressão da burguesia sobre os tribunais aumentou, uma vez que estava mais unida em torno de uma agenda neoliberal contrária ao governo da época. Em 2015, o governo reeleito perdeu algum apoio social em razão da adoção de medidas de “ajuste econômico” que buscavam atender a reivindicações e a reconquistar o apoio de parte da burguesia interna. Era uma situação política nova no período pós-1988: um governo sem o apoio das grandes empresas<sup>148</sup>. A economia entrou na sua fase recessiva, uma vez que o PIB oscilou negativamente. Os grandes grupos econômicos tomaram a iniciativa para derrubar e alterar o governo, por meio de um processo de *impeachment* sem fundamento jurídico<sup>149</sup>. É a partir de 2015, enfim, que se inicia a crise política<sup>150</sup>. Nesse contexto, a função política dos tribunais ganha ainda mais relevância: podem contribuir para ampliar a crise política ou para sustar práticas ilegais de oposição, como um golpe<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> Nesse sentido, Boito Jr. (2018, p. 285) afirma: “[...] uma entidade empresarial da importância da Fiesp passou, do apoio ativo aos governos neodesenvolvimentistas, tendo inclusive defendido o governo Lula na chamada ‘Crise do Mensalão’ em 2005, a um ativismo frenético pela deposição do governo Dilma.”

<sup>147</sup> Boito Jr. (2018, p. 275) afirma: “Com a crise econômica e política, a grande burguesia interna foi atraída para o campo político da burguesia associada e poderá, no limite, dissolver-se enquanto fração autônoma de classe. As frações burguesas não são simples reflexo do perfil e da inserção econômica das empresas capitalistas; dependem do impacto da política econômica do Estado sobre os segmentos burgueses e da capacidade de organização política dos distintos segmentos empresariais. Elas se formam, desenvolvem-se e também podem desaparecer.” Também analisando as oscilações na burguesia, conferir Martuscelli (2017).

<sup>148</sup> Para Bresser-Pereira (2014, *apud* Singer, 2018, p. 63), “Em uma sociedade capitalista não se governa sem os empresários. Eles têm direito de veto sobre o país.”

<sup>149</sup> Nesse sentido, Bercovici (2016b) afirma: “O impeachment é um processo político, mas depende de sólida fundamentação jurídica, sem a qual nada mais é do que um golpe de Estado”.

<sup>150</sup> Segundo Boito Jr. (2018, p. 219, grifos do autor), a diferença entre instabilidade e crise política é que nesta existe “uma força política organizada *capaz de e disposta a* substituir” um governo. Nesse sentido, “quem provocou a crise [política] foi a ofensiva do campo neoliberal ortodoxo, dirigido pelo capital internacional e pela fração da burguesia brasileira a ele integrado [...]” (BOITO JR., 2018, p. 282). Ainda, “a grande burguesia interna foi se bandeando para o lado da oposição neoliberal. Convenceu-se [...] que o ajuste fiscal é o único caminho para retomar o crescimento econômico [...]” (BOITO JR., 2018, p. 284). Para Boito Jr. (2018, p. 319), a unificação da burguesia ocorre sobretudo em 2015.

<sup>151</sup> Em sentido semelhante, Lopes (1989, p. 124) afirma que “As crises do Estado são crises do Judiciário. A forma pela qual tais crises atingem o Judiciário é variada e tem sido pouco estudada entre nós.” Na história da América Latina, os processos de ruptura em geral têm sido legitimados pelo Judiciário (LOPES, 1989, p. 136).

Durante o período de crise política a burguesia associada e o capital internacional voltam a assumir a hegemonia política, contando com a adesão da burguesia interna. Considerando que não controlavam o Executivo até 2016, a pressão dos grandes grupos econômicos sobre os tribunais foi bastante elevada. A sua nova agenda política se refletiu não só no Legislativo, que aderiu em bloco ao *impeachment*, mas também nos tribunais, provocando alterações na sua atuação. A burguesia atuou para avançar a agenda neoliberal por meio dos tribunais, os quais produziram uma jurisprudência orientada por essas fortes pressões no contexto da crise política.

Considerando então essa variação na força e na agenda política dos grandes grupos econômicos no período pós-1988, cabe então questionar: como exercem essa influência nos tribunais? De modo geral, a fração burguesa hegemônica em determinado período tem mais condições de influenciar os tribunais por meio do Legislativo e Executivo. Essa influência pode ocorrer por meio de reformas legislativas, como a alteração do desenho institucional do Judiciário, e de indicações para os tribunais superiores a fim de alterar o perfil dos magistrados<sup>152</sup>. Em relação aos tribunais estaduais e regionais, estes podem sofrer pressões distintas de acordo com os grupos econômicos locais. A maioria dos grandes grupos econômicos tem sua sede em São Paulo, de modo que tendem a incidir de forma mais intensa nos tribunais do estado<sup>153</sup>. Nesse sentido, é possível que algumas diferenças entre tribunais estaduais e regionais sejam explicadas pelas diferentes pressões de grupos econômicos com sede local<sup>154</sup>.

Em relação às pressões em processos judiciais específicos, na perspectiva de Galanter (1974, p. 98-103), os grandes grupos econômicos têm mais vantagens para mobilizar o direito, o que inclui serviços legais especializados e de alta qualidade, experiências e tentativas de diferentes estratégias nos tribunais, maior influência na produção e implementação de regras e até mesmo relações informais com funcionários e

---

<sup>152</sup> Como afirmado, as variáveis propostas neste capítulo estão inter-relacionadas. Não só os grupos econômicos nacionais atuam muitas vezes articulados com interesses internacionais, como também podem influenciar o desenho institucional dos tribunais e o perfil dos magistrados indicados.

<sup>153</sup> Por exemplo, o presidente do tribunal paulista participou da abertura de Congresso de Direito Bancário em 13/09/2018. Conforme notícia no site do tribunal, “O congresso, voltado, especialmente, aos integrantes de Departamentos Jurídicos dos bancos e dos escritórios que lhes prestam serviços, debateu temas que buscam o aperfeiçoamento para ações futuras.” Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52467> Acesso em 10 nov. 2018.

<sup>154</sup> Em sentido semelhante, Santos *et al.* (1996, p.687) constataram que em Portugal “o sistema judicial cível, sobretudo em Lisboa e Porto, está ‘colonizado’ pela cobrança de dívidas e, de facto, ao serviço de apenas algumas empresas, designadamente as grandes empresas do sector financeiro.” Nas duas maiores cidades de Portugal, portanto, o perfil do conflito judicializado e o tipo de litigante são distintos das demais cidades.

magistrados<sup>155</sup>. É de se esperar, portanto, que as grandes empresas tenham mais vitórias judiciais<sup>156</sup>. É possível acrescentar outras vantagens, com destaque para a possibilidade de mobilização da “opinião pública” por meio da mídia e de redes sociais na *internet* para pressionar os tribunais. Na verdade, as principais empresas de comunicação tendem a ser grandes grupos econômicos e a compartilhar uma agenda em comum com outros grandes grupos<sup>157</sup>. Os movimentos sociais, por outro lado, têm pouco acesso à mídia. Ou seja, as relações entre mídia e Judiciário são, na maior parte, reflexo da relação entre burguesia e Judiciário. Os meios de comunicação têm diversas formas de pressionar o Judiciário, tais como a denúncia seletiva de ilegalidades, cobertura distinta de processos judiciais, e até mesmo exposição pessoal de magistrados. Na perspectiva de Santos (2011, p. 120-121), a função simbólica dos tribunais, com destaque para sua imagem social, decorre da imagem produzida pela mídia, gerando uma “nova vulnerabilidade e uma dependência dos tribunais ante a comunicação social.”<sup>158</sup>

Como hipótese geral é possível identificar uma ambiguidade de grandes grupos econômicos no Brasil na sua relação com as normas jurídicas<sup>159</sup>. Ao mesmo tempo em que utilizam o discurso da legalidade e da necessidade de cumprimento de regras previamente pactuadas ao buscarem assegurar contratos ou defender a propriedade por exemplo, também

---

<sup>155</sup> Segundo a Articulação Justiça e Direitos Humanos, “as empresas têm se utilizado de estratégias de captura do Judiciário”, entre as quais o “patrocínio de eventos da magistratura”, incidindo na programação e palestras dos eventos, e o “pagamento de honorários para realização de palestras em eventos promovidos pelas empresas”. Disponível em <http://www.jusdh.org.br/files/2018/04/Denuncia-JusDh-presenca-e-influencia-de-empresas-no-Judiciario-brasileiro.pdf> Acesso em 21 jun. 2019.

<sup>156</sup> Essa hipótese é corroborada pela análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo STF no período de 1988 a 2010. Carvalho *et al.* (2016, p. 76-78) demonstram que os industriais, com destaque para a CNI, são o grupo de interesse mais influente no tribunal, uma vez que apresentam maior taxa de sucesso (porcentagem de ações julgadas total ou parcialmente procedentes) do que outros grupos, como centrais sindicais. Os temas de atuação dos industriais consistem sobretudo em questões tributárias, ambientais, trabalhistas e de seguridade social (CARVALHO *et al.*, 2016, p. 81-82). Na análise das ADIs, os autores realizam uma distinção entre demandantes que são atores estatais, como governadores e Ministério Público, e os que são grupos sociais. No entanto, é possível que a atuação judicial de governadores e do Ministério Público também reflita, em alguma medida, interesses de grandes grupos econômicos. Dessa forma, é possível considerar não apenas o autor da ADI, mas os interesses envolvidos no processo judicial para analisar o STF.

<sup>157</sup> A expressão “grande grupo econômico” utilizada neste item é mais ampla do que o conceito marxista de burguesia, no qual a mídia não se enquadra. Castro (2018) desenvolve uma análise do modo de atuação das empresas de televisão enquanto um “grupo de interesse”.

<sup>158</sup> No caso do STF, existem debates sobre o papel da TV Justiça na atuação do tribunal. Sob a ótica desta tese, uma questão relevante é se a TV Justiça, ao permitir que o tribunal produza a sua própria imagem social, contribui para reduzir sua dependência em relação aos meios de comunicação ou, ao contrário, para aumentar sua dependência em relação a esses meios, já que não alcança toda a sociedade e apenas produz imagens que são utilizadas por eles. Nesse último cenário, a TV Justiça apenas aumenta uma exposição do tribunal que não está sob seu controle. Nesse sentido, o grau de alcance social direto da TV Justiça é relevante.

<sup>159</sup> Para Hart, a estabilidade de um sistema jurídico depende da aceitação, pelos grupos sociais, das normas como um padrão de conduta compartilhado, cooperando com elas voluntariamente. É o que denomina de “aspecto interno” na relação com as normas (HART, 2009, p. 117-118). Nesse sentido, a menor aceitação das normas por alguns grupos sociais, segundo Hart (2009, p. 264-266), aumenta a instabilidade da ordem jurídica.

demonstram, em alguns casos, forte oposição aos direitos sociais, à possibilidade de atuação do Estado na economia e a outros aspectos da atual ordem constitucional. Não se trata de uma oposição integral à Constituição, portanto, mas somente a alguns temas específicos. Essa ambiguidade pode provocar no Judiciário lógicas jurídicas distintas, ou seja, um pluralismo interno ao Estado, como proposto por Santos (2003; 2006a). Em alguns casos os grupos econômicos pressionam os tribunais para que adotem uma lógica decisória mais formalista, sobre contratos e tributos por exemplo, enquanto em outros casos, como os de direitos sociais, pressionam para que exerçam uma prática menos orientada pelo direito positivo<sup>160</sup>. Ou seja, essas diferenças de pressão sobre o Judiciário podem fazer com que o Judiciário ora se pautem mais pelo direito positivo, ora não, a depender da área de atuação. Dessa forma, os tribunais têm mais dificuldades para uma atuação socialmente transformadora se isso for contrário a interesses de grandes grupos econômicos.

Em suma, os grandes grupos econômicos detêm um elevado poder de pressionar os tribunais. Adotam diversas estratégias e exercem atividades para que atendam a seus interesses. Nesse sentido, uma atuação transformadora do Judiciário pode, em alguns casos, ser inibida pela oposição de grandes grupos econômicos brasileiros e, em outros casos, ser favorecida ou ao menos tolerada. Em especial, esses grupos podem estimular uma atuação conservadora dos tribunais, isto é, de bloqueio de processos mais amplos de transformação social. Por isso é relevante, na análise da atuação dos tribunais, distinguir duas variáveis: a força dos grandes grupos econômicos, em razão de uma postura mais unida ou mais fragmentada, e a agenda política que defendem. No período pós-1988, a burguesia interna em alguns momentos resistiu parcialmente às pressões estrangeiras, embora sem enfrentá-las abertamente. Nesse sentido, durante um certo período se afastou do neoliberalismo e passou a defender de forma mais ativa políticas neodesenvolvimentistas.

### **2.3. A atuação de movimentos sociais**

Além dos grandes grupos econômicos, os tribunais estão sujeitos a pressões internas oriundas de movimentos sociais. Embora tenham menos recursos e poder, movimentos sociais são os principais defensores de medidas de transformação social no Brasil,

---

<sup>160</sup> Em sentido semelhante, com base na análise de conflitos fundiários no Recife, Santos (1982a, p. 75) afirma: “os tribunais podem ser legalistas na defesa da propriedade ou pelo contrário dar cobertura legal a problemas sociais, consoante a pressão política exercida sobre eles e o tipo de estratégia jurídica seleccionada pelas partes em litígio.”

favorecendo esse tipo de atuação dos tribunais<sup>161</sup>. No Brasil os movimentos sociais são mais fortes do que em outros países, possuindo uma certa tradição de organização e mobilização. Por exemplo, foram movimentos sociais brasileiros sediaram os primeiros encontros do Fórum Social Mundial, como ressalta Santos (2006b, p. 55). Dessa forma, uma variável relevante para analisar a atuação dos tribunais é a força dos movimentos sociais no período pós-1988<sup>162</sup>.

Na década de 1980 os movimentos sociais desenvolveram uma forte atuação política. Diversos movimentos se organizaram para defender seus interesses, como os movimentos de operários, mulheres, negros, trabalhadores sem-terra e indígenas. O movimento sindical, em especial, foi um dos principais responsáveis pela formação do Partido dos Trabalhadores<sup>163</sup>. O partido contribuiu para evitar a dispersão e fragmentação de movimentos sociais que ocorrem em outros países, unificando demandas e formando uma agenda política comum<sup>164</sup>. O PT possibilitou que movimentos sociais atuassem na arena política com autonomia em relação aos grandes grupos econômicos e seus partidos. Com a abertura política, movimentos sociais elegeram candidatos próprios, a começar pela assembleia constituinte<sup>165</sup>. Dessa forma, a Constituição de 1988 foi em parte resultado de uma forte atuação política dos movimentos sociais durante esse período, tanto no Congresso quanto em mobilizações sociais. Como ressalta Secco (2011, p. 127-128), embora tivesse

---

<sup>161</sup> Segundo Santos *et al.* (1996, p. 26), o “garantismo judicial” como forma de implementação de direitos sociais “tendeu a ocorrer com mais probabilidade nos países onde os movimentos sociais pela conquista dos direitos foram mais fortes”, como ocorreu nos Estados Unidos na década de 1960 e na Itália na década de 1970.

<sup>162</sup> Adota-se uma definição ampla de movimentos sociais, como proposto em Santos (2006b, p. 36-37), para abranger as práticas de luta contra diversas formas de exclusão e opressão social. Essa definição aproxima-se da noção de esquerda política. Em especial, movimentos sociais abrangem trabalhadores formais com reivindicações diretamente relacionadas ao emprego, pessoas em situação precária de sobrevivência que se integram a movimentos de luta por moradia ou terra, e grupos com alguma vulnerabilidade social que lutam por medidas de inclusão e reconhecimento sem uma relação imediata com o emprego ou a sobrevivência. É possível que essas situações por vezes se sobreponham.

<sup>163</sup> Em relação ao Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo, Sader (1988, p. 277) afirma: “tornou-se um efetivo centro de elaboração das experiências dos operários nas indústrias metalúrgicas da região, moldando uma linha de resistência coletiva que terminou por alterar profundamente as relações de trabalho nessas empresas e influenciar o conjunto do país.” Em sentido semelhante, Secco (2011, p. 44) afirma que o movimento sindical foi “a base mais importante do PT”.

<sup>164</sup> Secco (2011, p. 23) afirma que “a força centrífuga do capital se opõe à tentativa do partido [PT] superar a fragmentação das classes subalternas.” De forma semelhante, Singer (2018, p. 147): “Tratava-se não só de representar os trabalhadores no plano institucional, mas também de participar de sua organização na dimensão da sociedade. [...] Daí a relevância dos movimentos sociais na origem do petismo [...]”.

<sup>165</sup> Sobre a democratização dos parlamentos de modo geral, Campilongo (1988, p. 48) afirma: “Enquanto no século passado ainda persistiam grandes limitações formais de acesso ao jogo político, no século XX praticamente todos os cidadãos maiores – independentemente de critérios censitários, sexuais ou culturais – participam do processo eleitoral. [...] Nas proporções em que se manifesta atualmente, o fenômeno de expansão da cidadania política alcança o status de fato inédito [...]” Em sentido semelhante: “A regra da maioria adotada pelas democracias contemporâneas – sempre combinada ao crescente processo de alargamento da cidadania política ao longo dos últimos duzentos anos – fez da participação política de massas um fenômeno inédito na história da civilização” (CAMPILONGO, 2000, p. 56).

uma composição “conservadora”, com apenas dezesseis deputados do PT, a assembleia constituinte produziu uma Constituição com “direitos sociais avançados”, uma vez que “estava sob pressão de movimentos sociais e fechando um ciclo ditatorial.” Considerando que movimentos sociais se dividiam então entre estratégias políticas reformistas e revolucionárias para a transformação social<sup>166</sup>, a incorporação na Constituição de normas de transformação social, como os direitos sociais, fortaleceu a visão reformista e garantiu bases mínimas de legitimidade para o novo regime democrático<sup>167</sup>. A década de 1980 foi, portanto, um período de elevada força de movimentos sociais em termos de mobilização, contando com o apoio de diversos segmentos sociais nas suas lutas e demandas.

No período neoliberal movimentos sociais perderam força em relação à década anterior. O movimento sindical passou a realizar menos greves e sofreu perdas salariais, como analisa Marcelino (2017, p. 202). Na década de 1990, a agenda das greves tinha um caráter predominantemente defensivo, uma vez que o objetivo era apenas manter direitos previamente conquistados. Entre as “causas para a queda da atividade grevista”, Marcelino (2017, p. 203) destaca as “derrotas dos candidatos considerados de esquerda nas eleições presidenciais”, a “difusão da ideologia neoliberal”, o “aumento do desemprego” e a “reestruturação produtiva em muitos setores”, com a “introdução de tecnologias poupadoras de força de trabalho”. O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) foi uma exceção no conjunto de movimentos sociais, uma vez que realizou um crescente número de ocupações de terra e outras formas de mobilização durante a década de 1990.

É possível que a Constituição e os tribunais também tenham contribuído para o enfraquecimento de movimentos sociais. Uma parte pode ter acreditado que os tribunais por si só seriam suficientes para implementar as promessas democráticas da Constituição. Parlamentares ligados a movimentos sociais defenderam, por exemplo, o fortalecimento do Ministério Público como forma de efetivar direitos<sup>168</sup>. Na década de 1990 surgiram

---

<sup>166</sup> Segundo Santos (2002, p. 441; 2016, p. 20), a estratégia revolucionária, “que viria a ser dominante na periferia do sistema-mundo, assumiu a forma de confrontação ilegal, violenta ou não, com o Estado liberal, com o Estado colonial ou pós-colonial e com a economia capitalista, conduzindo à criação de Estados socialistas de diferentes tipos.”

<sup>167</sup> Nesse sentido, Faria (1989a, p. 39) sustenta que “as medidas de caráter social aprovadas pela Constituinte [...] são a condição de legitimidade da nova ordem constitucional [...]”. Em trabalho anterior, Faria (1985, p. 11) apontou para a necessidade de uma nova Constituição para “a legitimação do poder”.

<sup>168</sup> Ao comentar o processo de fortalecimento do Ministério Público ao longo da década de 1980, Vieira (2011, p. 358) afirma: “Tal processo de fortalecimento foi consolidado durante a Assembleia Constituinte de 1987/1988. Por meio de um *lobby* muito efetivo e da participação vital de Plínio de Arruda Sampaio, ex-membro do Ministério Público de São Paulo, como relator do capítulo sobre sistema judiciário na Assembleia Constitucional, os poderes do Ministério Público foram consideravelmente expandidos.” Sobre os grupos de Assessoria Jurídica Popular que atuam com movimentos sociais, Campilongo (2011, p. 49) afirma que “depositaram muitas esperanças no potencial de transformação social por meio do direito”.

Organizações Não-Governamentais (ONGs) que defendem uma forte atuação no Judiciário para promover a transformação social, mas não mantêm vínculos com movimentos sociais. Como ressalta Santos (2013, p. 67), as ONGs internacionais de direitos humanos muitas vezes estão vinculadas à defesa de ideais neoliberais. A própria Constituição, enquanto documento normativo e de autoridade, pode ter a aparência social de se “auto cumprir”, uma vez que representa conquistas obtidas numa instância máxima de decisão política, a assembleia constituinte<sup>169</sup>. Ou seja, tanto a Constituição quanto os tribunais podem ter fortalecido uma concepção “despolitizada de transformação social” como proposto por Santos (2002, p. 351), o que pode enfraquecer a base e o apoio de movimentos sociais. A mobilização social não é incentivada, de modo que não se criam as bases políticas para uma atuação transformadora dos tribunais<sup>170</sup>. Um “uso exclusivo e autônomo” dos tribunais, isto é, ações judiciais desconectadas de atividades políticas mais amplas, pode provocar uma “despolitização da luta” de movimentos sociais e mesmo a redução de chances de vitória judicial, como sustenta Santos (2002, p. 467; 2016, p. 64).

Além da diminuição das mobilizações, no período neoliberal movimentos sociais contaram com um menor apoio social em comparação com a década de 1980. Como lembra Singer (2012, p. 68-69 e 75), a implementação do neoliberalismo obteve certo apoio social nos seus primeiros anos, em razão sobretudo do controle da inflação, o que beneficiou também os setores sociais de baixa renda. Como movimentos sociais se opunham ao neoliberalismo, isso pode ter provocado um afastamento em relação à maioria da sociedade. Nesse contexto, os setores sociais em situação precária de sobrevivência, que Singer (2012, p. 58) denomina de “subproletariado”, muitas vezes não apoiavam lutas de movimentos sociais, como ocupações e greves<sup>171</sup>. Singer (2012, p. 59) atribui esse comportamento a certo

---

<sup>169</sup> Um possível efeito de uma Constituição transformadora não-cumprida é a resignação e redução de expectativas sociais, na medida em que os novos direitos, mesmo inseridos na Constituição, não foram realizados. A ausência de implementação desses direitos pelo Judiciário poderia indicar que, na realidade, não são viáveis, ao contrário dos direitos clássicos das Constituições liberais anteriores.

<sup>170</sup> Na perspectiva de Boito Jr. (2018, p. 125-127), é possível afirmar que uma Constituição transformadora pode fortalecer a ideologia do “Estado protetor” entre os trabalhadores, isto é, a expectativa de que “o Estado, essa entidade supostamente universalista, livre e soberana, tome a iniciativa de protegê-los econômica e socialmente [...]”; no entanto, “a ação do Estado depende, em primeiro lugar, da correlação política de forças.”

<sup>171</sup> Segundo Singer (2012, p. 77), o subproletariado é uma fração social sem possibilidade de venda da sua força de trabalho em condições consideradas normais. O critério utilizado para distinguir o subproletariado do proletariado é o emprego formal representado pela carteira de trabalho, que confere mais proteção e estabilidade ao trabalhador do que situações informais. Nesse sentido, o subproletariado está “*além do proletariado*” (SINGER, 2012, p. 43, grifos do autor; 2018, p. 20). Singer (2012, p. 20-21) afirma: “A singularidade das classes no Brasil consiste no peso do subproletariado, cuja origem se deve procurar na escravidão, que ao longo do século XX não consegue incorporar-se à condição proletária, reproduzindo massa miserável permanente e regionalmente concentrada.” Esse conceito foi inicialmente elaborado por Paul Singer na década de 1980. Boito Jr. (2018, p. 143) utiliza o conceito de “trabalhadores da massa marginal”. Trata-se de um tema clássico nas ciências sociais. Fernandes (2008, p. 46) em trabalho de 1967 afirmou que no Brasil



“conservadorismo popular”, caracterizado como um “medo da instabilidade”. Considerando que ocupam uma posição econômica precária e se orientam sobretudo pela sobrevivência imediata, esses setores têm mais dificuldades para uma organização autônoma e são os mais atingidos por instabilidades econômicas e sociais. Por isso, o subproletariado tem um certo apego aos valores relacionados à “ordem”, ao contrário da “desordem”. Esse segmento social foi decisivo para a derrota de candidatos apoiados por movimentos sociais na década de 1990<sup>172</sup>. Portanto, a perda de força de movimentos sociais no período neoliberal evidenciava-se tanto na diminuição de mobilizações quanto no seu menor apoio social<sup>173</sup>.

No período neoliberal os movimentos sociais detinham pouca força para pressionar os tribunais. Nos temas em que os grandes grupos econômicos atuavam de forma unificada, como privatizações e direitos trabalhistas, a pressão de movimentos sociais não foi suficiente para produzir decisões judiciais transformadoras. Dessa forma, o programa neoliberal foi implementado no Brasil sem um significativo controle judicial. Essa fraqueza dos movimentos sociais se expressou não só em processos judiciais específicos, mas também na baixa influência nos debates sobre reformas legislativas e sobre indicação de magistrados para os tribunais superiores. Ao mesmo tempo, considerando que movimentos sociais não ocupavam posições institucionais no governo, os tribunais eram um foco privilegiado de pressão. Ou seja, movimentos sociais muitas vezes canalizaram demandas para os tribunais uma vez que detinham pouca força. Em temas sobre os quais os grupos econômicos estavam divididos ou não atuaram de forma contrária, a pressão de movimentos sociais pode ter contribuído para alguma decisão transformadora dos tribunais, ainda que restrita a direitos individuais ou com uma função predominantemente simbólica e não pragmática.

No período neodesenvolvimentista houve um aumento de força de movimentos sociais, sobretudo na perspectiva institucional. A maioria integrou uma frente política com a burguesia interna para compor o governo, como sustenta Boito Jr. (2012, p. 72-73), de modo que seus integrantes passaram a ocupar diversas posições institucionais. Alguns ministros do governo, por exemplo, eram provenientes do movimento sindical<sup>174</sup>. Em razão

---

“o mercado de trabalho não se estrutura para preencher a função de incluir todos os vendedores reais ou potenciais de força de trabalho” de modo que o assalariamento se torna um “privilegio econômico e social”.

<sup>172</sup> Conforme destaca Singer (2012, p. 224), no segundo turno das eleições presidenciais de 1989, o candidato Lula venceu em todos os estratos sociais, exceto no de renda familiar mensal de até 2 salários mínimos. Como essa era o segmento social mais numeroso, foi o suficiente para a vitória de Collor. Esse comportamento eleitoral do subproletariado se repetiu nas eleições de 1994 e 1998.

<sup>173</sup> Em sentido semelhante, Secco (2011, p. 187) afirma: “A hegemonia neoliberal não determinou só a queda nas lutas sociais. Mesmo na disputa institucional o PT parou de crescer.”

<sup>174</sup> Nesse sentido, Marcelino (2017, p. 214) afirma: “Outro fator que nos indica um fortalecimento do movimento sindical na década de 2000 e a sua presença como uma das forças da frente neodesenvolvimentista é o fato de a equipe governamental bem como as presidências e diretorias de empresas estatais serem

desse fortalecimento, foram desenvolvidas políticas estatais de grande porte que ampliaram a eficácia de direitos sociais, como programas de habitação, de acesso ao ensino superior e de expansão do atendimento médico. Foram também aprovadas legislações específicas para combater discriminações e desigualdades sociais, como a Lei Maria da Penha e as leis de cotas raciais nas universidades e concursos públicos, atendendo a demandas de movimentos de mulheres e de negros. As políticas neodesenvolvimentistas promoveram o crescimento econômico, a geração de empregos formais e a valorização do salário mínimo, o que beneficiou o movimento sindical e reduziu a desigualdade de renda.

No entanto, a posição dos movimentos sociais no âmbito dessa frente política foi subordinada, como afirma Boito Jr. (2012, p. 72), uma vez que era a burguesia interna a “força hegemônica”<sup>175</sup>. Embora movimentos sociais tenham exercido um papel relevante em processos eleitorais em razão do seu apoio social e da sua ampla maioria numérica, era a burguesia interna que detinha maior influência nas decisões políticas do governo. Por isso, foram secundarizadas algumas reivindicações tradicionais de movimentos sociais que contrariavam fortemente os interesses da burguesia interna, como uma ampla reforma agrária, uma tributação mais igualitária e a redução da jornada de trabalho<sup>176</sup>. Para Singer (2012, p. 186-196), a agenda política dos movimentos sociais oscilou do “reformismo forte” da década de 1980 para um “reformismo fraco” a partir de 2002. O sentido de ambos é a promoção da inclusão social e diferem apenas na intensidade e velocidade. Enquanto o primeiro se pauta por reformas sociais e institucionais mais estruturais, o segundo tem como foco o combate à pobreza e a promoção crescimento econômico evitando confrontos abertos

---

compostas, no período dos mandatos presidenciais de Lula e Dilma, por pessoas oriundas, em grande parte, do movimento sindical.” Em sentido semelhante, Abers, Serafim e Tatagiba (2014, p. 346) afirmam que a “migração de ativistas dos movimentos sociais e simpatizantes para dentro do governo [...]” contribuiu para mudar a “relação Estado-sociedade”. Nesse sentido, ao contrário dos Estados Unidos em que estudos valorizam o conflito entre Estado e movimentos sociais, no Brasil os movimentos sociais também atuam “*por dentro* das instituições do Estado” (ABERS; SERAFIM; TATAGIBA, 2014, p. 331, grifo das autoras).

<sup>175</sup> Na esteira teórica de Poulantzas, é possível afirmar que em sociedades capitalistas a hegemonia política, isto é, a posição central no interior do bloco no poder, tende a ser exercida por alguma fração da burguesia, em aliança ou não com as classes populares. No entanto, Boito Jr. (2018, p. 130) sustenta que pode haver exceções, como ocorreu no período de Getúlio Vargas, em que “a burocracia de Estado agiu como força social autônoma”.

<sup>176</sup> Marcelino (2017, p. 216-217) afirma: “Uma participação subordinada na frente política de sustentação do governo significou limites nas conquistas sindicais. Assim, se, por um lado, os trabalhadores lograram aumentos salariais e ampliação de alguns importantes benefícios trabalhistas na grande maioria dos acordos coletivos nas suas greves por categoria e conquistaram reconhecimento como interlocutores políticos legítimos, por outro, reivindicações gerais do movimento sindical foram, sistematicamente, barradas. Apenas para citar dois exemplos [...] não houve qualquer avanço na luta sindical pela redução da jornada de trabalho sem redução salarial (de 44 para quarenta horas semanais) e tampouco na regulamentação restritiva da terceirização.” Em sentido semelhante, Galvão (2016, p. 275-277) aponta para a limitada influência das centrais sindicais no governo, apesar do aumento da participação institucional.

com os grandes grupos econômicos<sup>177</sup>. Nesse sentido, o eixo fundamental do reformismo fraco é “dar materialidade aos preceitos da Constituição de 1988”, avançando lentamente na direção de um Estado de Bem-Estar Social (SINGER, 2012, p. 121-122). De modo geral movimentos sociais aderiram e foram influenciados pelo modelo político do “lulismo”, como caracterizado por Singer (2012, p. 45-46), o qual não teve como proposta a mobilização social<sup>178</sup>. A maioria da sua base social se expressa sobretudo por meios eleitorais, e não por mobilizações sociais<sup>179</sup>. Nesse sentido, não é uma base política que contribuiu para a sustentação dos governos após as eleições. Ou seja, o “lulismo” não buscou se sustentar em bases políticas organizadas e mobilizadas. Trata-se de um modelo de “integração sem confronto” (SINGER, 2018, p. 12).

Mesmo os setores sociais que ascenderam para o proletariado, isto é, que se incorporaram no mercado de trabalho formal com maior proteção e estabilidade, não foram estimulados a um processo de organização e politização com valores associados à esquerda<sup>180</sup>. Assim, a “nova classe trabalhadora” esteve sujeita a um “ambiente cultural de forte carga capitalista”, marcado pela “meritocracia”, a “teologia da prosperidade”, o “empreendedorismo” e a “adoração de marcas” (SINGER, 2018, p. 96-98)<sup>181</sup>. Para Singer (2018, p. 124), “é possível que, embora objetivamente distantes, o universo da classe média e suas propostas liberalizantes sejam objeto de desejo de jovens que começam a se mover por meio da elevação educacional (mais do que de renda).” De certa forma, essa agenda

---

<sup>177</sup> No âmbito do “reformismo fraco”, Singer (2012, p. 188) afirma: “A proposta de auto-organização para a luta política de classes, que estava no âmago dos grupos que formaram o PT na década democrática (1978-1988), não foi assumida pelo governo Lula.”

<sup>178</sup> Para Singer (2012, p. 15), o “lulismo” é o “encontro” de uma liderança política com a fração de classe então mais numerosa no Brasil, o “subproletariado”. Esse encontro ocorre após as eleições de 2002 em razão das políticas sociais desenvolvidas pelo Estado, o que gerou um realinhamento eleitoral e a adesão em bloco do subproletariado ao governo. Não é um fenômeno carismático, mas sim uma efetiva representação política, de modo que há uma projeção ideológica dos ganhos materiais do período na figura do líder político. Singer (2012, p. 37 e 45) se apoia em conceitos de Marx (“política de massa”) e de Gramsci (“revolução passiva”).

<sup>179</sup> Para Singer (2012, p. 75) a manutenção de aspectos do modelo econômico neoliberal no governo Lula foi “o meio encontrado para assegurar o elemento vital na conquista do apoio dos mais pobres: a manutenção da ordem [...] O objetivo foi impedir que uma reação do capital provocasse instabilidade econômica e atingisse os excluídos das relações econômicas formais.”

<sup>180</sup> Nesse sentido, Singer (2012, p. 119) afirma que “[...] os ganhos materiais conquistados levam água para o moinho do estilo individualista de ascensão social, embutindo valores de competição e sucesso no lulismo.” Além disso, houve a “persistência do que poderíamos chamar de ‘conservadorismo popular’ [...]” (SINGER, 2012, p. 79). Uma evidência nesse sentido é que pesquisas de opinião não apontaram para um crescimento da parcela do eleitorado que se identifica com a “esquerda” (SINGER, 2012, p. 60).

<sup>181</sup> Sobre a caracterização dos setores sociais ascendentes no período neodesenvolvimentista, Singer (2018, p. 94) afirma: “tendo em vista esse conjunto de características – presença acentuada no setor de serviços, precarização e caráter recente da luta – é lógico falar em ‘nova classe trabalhadora’ para se referir ao segmento que ingressou na condição proletária com o lulismo.” Esse segmento não têm “a estabilidade, a escolaridade, a renda e a inserção profissional que caracterizam a classe média propriamente dita.” (SINGER, 2018, p. 92). O estrato da classe média tradicional, ou alta classe média, não passou por uma expansão numérica no período neodesenvolvimentista (SINGER, 2018, p. 82).

individualista e liberal se tornou mais viável nos anos 2010 em razão da diminuição numérica do subproletariado. O subproletariado, que em 2002 constituía a maioria da sociedade, em 2013 passou a ser minoria e por isso sua agenda por si só não possuía a mesma relevância política<sup>182</sup>. A pobreza ainda permanecia na sociedade brasileira, mas a agenda de combate à pobreza por si só não tinha mais condições de formar uma maioria social.

De todo modo, é possível identificar no período neodesenvolvimentista um certo fortalecimento de movimentos sociais também na dimensão das mobilizações sociais. Em relação ao movimento sindical, como analisa Marcelino (2017, p. 205), a partir de 2004 o número de greves cresceu gradativamente e assumiram um caráter ofensivo “em que as reivindicações dos trabalhadores por melhores salários e ampliação de benefícios trabalhistas estiveram na pauta e foram conquistas da ampla maioria das greves.”<sup>183</sup> Entre as causas para o fortalecimento do movimento sindical, destacam-se a “conjuntura econômica mais favorável tendo em vista a queda da taxa de desemprego e a expansão do salário mínimo” (MARCELINO, 2017, p. 218). Ou seja, a inclusão de setores sociais de baixa renda no mercado de trabalho formal ampliou suas condições para apoiar e participar de mobilizações sociais. No entanto, como aponta Marcelino (2017, p. 211), praticamente todas as greves defendiam uma pauta exclusivamente relacionada a reajustes salariais e a garantia dos direitos trabalhistas existentes. Nesse sentido, não foram greves com um caráter geral mais político, isto é, propondo reformas legislativas ou pressionando os tribunais para mudanças de jurisprudência, por exemplo<sup>184</sup>. Mesmo nos temas em que estava claramente aliado com a burguesia interna, não houve mobilizações expressivas do movimento sindical. É o caso do documento conjunto de centrais sindicais com a FIESP de 2011, em defesa de uma política de industrialização mais agressiva que implicava confrontos intensos com setores financeiros no contexto de crise econômica internacional, como destaca Singer (2018, p. 58-59). Nesse sentido, o “ensaio desenvolvimentista” promovido pelo governo em

---

<sup>182</sup> Conforme dados de Waldir Quadros apresentados por Singer (2018, p. 82), em 2002 a “massa trabalhadora” e os “miseráveis”, segmentos que Singer (2018, p. 92) denomina de subproletariado, eram 52,7% da sociedade brasileira. Em 2014 esse índice passou para 29,8%. Em sentido semelhante, embora utilizando critérios de estratificação social diferentes, Marcelo Neri indica que em 2002 as classes D e E representavam 54,8% da sociedade, enquanto que em 2013 representavam 25% (SINGER, 2018, p. 89).

<sup>183</sup> O número de greves por ano passou de 298 em 2002 para 2050 em 2013, o pico do período neodesenvolvimentista (MARCELINO, 2017, p. 204). Em 2013, até mesmo categorias profissionais consideradas frágeis, isto é, sem tradição de organização sindical, realizaram greves, como trabalhadores do setor da saúde e de turismo e hospitalidade (MARCELINO, 2017, p. 212).

<sup>184</sup> Marcelino e Galvão (2018, p. 89) afirmam: “A eficácia do sindicalismo em mobilizar os trabalhadores em nome de demandas econômico-corporativas contrasta, porém, com sua baixa capacidade de mobilizar em torno de reivindicações mais amplas, que exigiam mudanças na legislação e nas políticas públicas.” Nesse sentido, o apoio da maior parte do movimento sindical ao governo “levou a uma moderação da luta política”, “aceitando o reformismo fraco e sem confronto com o capital” (MARCELINO; GALVÃO, 2018, p. 88).

2011, marcado por uma redução dos juros, barateamento da energia elétrica, desvalorização do real e proteção da produção nacional, entre outras medidas, não contou com uma base social mobilizada para enfrentar a reação dos grupos econômicos prejudicados (SINGER, 2018, p. 76)<sup>185</sup>. Como realça Singer (2018, p. 311), “dois dos três maiores bancos privados em atuação no Brasil tiveram queda de lucros em 2012 em relação a 2011”, o que “interrompeu uma série de quinze anos em que os lucros aumentavam de ano para ano”. Além disso, a reforma do setor elétrico implicou perdas para fundos internacionais com participação acionária na Eletrobrás (SINGER, 2018, p. 45).

Além do aumento de greves do movimento sindical, houve uma “ascensão de lutas urbanas”, envolvendo questões sobre transporte público e moradia, segundo Singer (2018, p. 121)<sup>186</sup>. O maior crescimento econômico no período neodesenvolvimentista contribuiu para aumentar o custo de vida nas capitais, como o preço dos alugueis, tema de luta de movimentos de trabalhadores sem teto. Além disso, houve relevantes mobilizações de mulheres e do movimento LGBT nos anos 2000. A exceção no conjunto de movimentos sociais foi novamente o MST que apresentou uma diminuição no número de ocupação de terras e passou a lutar de forma mais intensa pelo desenvolvimento social e econômico dos assentamentos já realizados<sup>187</sup>. No período neodesenvolvimentista, em suma, os movimentos sociais se fortaleceram sobretudo no aspecto institucional, embora também tenha ocorrido um aumento de mobilizações com pautas exclusivamente reivindicativas.

Movimentos sociais possuíam mais força para pressionar os tribunais no período neodesenvolvimentista. No entanto, o “lulismo” enquanto modelo político não teve como proposta pressioná-los por meio da mobilização social, mas tão somente e eventualmente por seus representantes políticos. Dessa forma, essa ausência de pressão de movimentos sociais pode ter favorecido as pressões provenientes de grupos econômicos. Ao mesmo tempo, considerando que ocupavam posições institucionais relevantes, movimentos sociais direcionaram demandas para o Executivo e Legislativo. Em temas de direitos sociais, as pressões para os implementar foram canalizadas sobretudo para os poderes eleitos, e não os tribunais. As atuações nestes era apenas para defender a constitucionalidade das leis e

---

<sup>185</sup> Sobre o contexto de 2013, Singer (2018, p. 118) afirma: “Dilma não tinha vocação para o diálogo com a base dos movimentos, e as direções sindicais evitaram politizar as greves. [...] O PT [...] também não investiu na composição de um bloco popular a partir de baixo.” Galvão (2016, p. 278) afirma que no período neodesenvolvimentista ocorriam marchas nacionais anuais, mas eram pouco significativas perante o conjunto do movimento sindical.

<sup>186</sup> Para uma análise dos movimentos de moradia em São Paulo, conferir Hirata e Oliveira (2012).

<sup>187</sup> A mudança de lema de “ocupar, resistir e produzir” para “reforma agrária popular” indica para a incorporação de demandas pelo desenvolvimento dos assentamentos, inclusive no aspecto da agroindústria. Sobre o papel da agroecologia nesse novo contexto, conferir Loureiro (2016, p. 146).

políticas em execução. Em temas que não houve claros avanços no Executivo e Legislativo, em razão de um menor apoio social por exemplo, alguns movimentos sociais recorreram aos tribunais para defender demandas específicas. É o caso da descriminalização do aborto defendida pelo movimento de mulheres e da união homoafetiva pelo movimento LGBT. Esses movimentos podem ter exercido uma pressão mais consistente sobre os tribunais<sup>188</sup>.

Em relação às questões gerais sobre os tribunais, como reformas legislativas e indicação de magistrados para os tribunais superiores, movimentos sociais não tiveram autonomia plena para implementar uma agenda própria para o Judiciário, uma vez que compunham o governo com uma parte da burguesia. Essas questões eram decididas no âmbito dessa frente, na qual era a burguesia interna que assumia o papel hegemônico. Nesse contexto, é possível supor que as propostas de movimentos sociais não tenham sido aprovadas, uma vez que a burguesia podia se unificar em temas sobre o Judiciário<sup>189</sup>. Como exemplo de proposta não aprovada oriunda de deputado federal do PT, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 2011 que pretendia restringir poderes do Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade. Outro exemplo é a Lei de Organizações Criminosas aprovada em 2013, que pode ter sido decorrência de uma unificação da burguesia.

No período de crise política, a frente neodesenvolvimentista deixou de existir, uma vez que a burguesia interna aderiu à agenda neoliberal e rompeu laços com movimentos sociais. Estes perderam algum apoio social e o governo que compunham passou por um período de elevada reprovação junto à sociedade, no contexto de recessão econômica a partir de 2015. A burguesia associada retomou a hegemonia política com a mudança de governo em 2016. O subproletariado manteve o seu padrão de imobilização social, isto é, não defendeu ativamente a agenda neodesenvolvimentista no momento de crise política<sup>190</sup>. A

---

<sup>188</sup> Sobre esse tema, Catharina (2015, p. 137) relata entrevista com liderança do movimento LGBT: “a arena principal de luta dos movimentos sociais é o Legislativo para reconhecimento jurídico de demandas sociais não acolhidas pelo sistema de direito. No entanto, considerando que o Legislativo brasileiro ainda possui fortes segmentos conservadores, YL [a liderança entrevistada] identifica no Poder Judiciário, e principalmente no STF, um importante espaço de reconhecimento de direitos da coletividade LGBT.”

<sup>189</sup> Em relação aos grandes grupos econômicos, Singer (2018, p. 66) ressalta que “apesar das desavenças, em certos itens forma-se uma frente em torno de interesses comuns.” É o que ocorreu em temas sobre direitos trabalhistas. Como afirmam Marcelino e Galvão (2018, p. 88), “De um conjunto de 27 projetos de lei contrários aos interesses dos trabalhadores e sindicais, 20 foram propostas por partidos da base aliada”. Nesse sentido, o apoio do movimento sindical ao governo petista não “impedia a implementação de políticas desfavoráveis aos trabalhadores, mas tornava o quadro sindical mais complexo.” (MARCELINO; GALVÃO, 2018, p. 86).

<sup>190</sup> Em sentido semelhante, Singer (2018, p. 31) afirma: “As camadas populares não se mexeram para defender o lulismo – resultado lógico da despolitização e desmobilização a que foram submetidas.” Há uma forte continuidade teórica nos trabalhos de Boito Jr. e Singer na década de 2010, ocorrendo acréscimos, desenvolvimentos e atualizações para analisar o período de crise política.

exceção são os que integram movimentos de sem-terra e sem-teto, os quais defenderam ativamente a agenda neodesenvolvimentista, mas representam “uma ínfima minoria” desse segmento social (BOITO JR., 2018, p. 296). As mobilizações sociais com forte participação da alta classe média contrárias à agenda neodesenvolvimentista foram mais fortes do que a de movimentos sociais<sup>191</sup>. O governo que assumiu em 2016, com apoio dos grandes grupos econômicos, conduziu uma ampla mudança na agenda política. Nesse sentido, foram realizadas a reforma trabalhista, a regulamentação da terceirização e o congelamento de gastos públicos, bem como foram propostas a reforma da previdência e mudanças nas regras de exploração do petróleo. Todas essas medidas beneficiaram interesses estrangeiros e de grandes grupos econômicos. No entanto, ao longo de 2017 a opinião pública voltou a oscilar e movimentos sociais recuperaram algum apoio social<sup>192</sup>. O movimento sindical voltou a realizar “greves gerais”, algo que não ocorrera no período neodesenvolvimentista, com uma pauta defensiva contrária à agenda neoliberal, a fim de “não perder os direitos conquistados”, segundo Marcelino (2017, p. 219). Apesar de mobilizações significativas, trata-se de um “claro momento defensivo” para o movimento sindical, como indicam o baixo número de greves que conquistaram reajuste salarial acima da inflação e os maiores índices de desemprego (MARCELINO, 2017, p. 222).

No período de crise política, a força dos movimentos sociais não foi suficiente para contrabalancear as pressões oriundas dos grandes grupos econômicos sobre os tribunais, novamente unificados. Dessa forma, os tribunais detinham reduzidas bases políticas para exercer algum controle da agenda neoliberal. Ao contrário, os tribunais foram pressionados a participar do avanço da agenda neoliberal. Mesmo a maior oposição social ao neoliberalismo a partir de 2017, com o aumento de mobilizações e oscilação na opinião pública, não foi suficiente para uma atuação transformadora dos tribunais.

Cabe então questionar: como os movimentos sociais exercem pressão sobre os tribunais? Enquanto o Judiciário tem um papel relevante para os grandes grupos econômicos e interesses internacionais, seja em relação a questões econômicas como a garantia de contratos e propriedade, seja em relação a questões políticas como o controle dos demais poderes, os movimentos sociais em geral não conferem tanta atenção ao Judiciário e

---

<sup>191</sup> Essas manifestações de classe média podem ser caracterizadas como “presenças coletivas” e não como atividades de movimentos sociais (SANTOS, 2016, p. 351). Além disso, essas manifestações não tinham como o objetivo principal a redução de exclusões sociais, afastando-se da definição de movimentos sociais.

<sup>192</sup> Como lembra Singer (2018, p. 13), no início de 2016 o “PT perdera quase dois terços do apoio que tinha até março de 2013.” No entanto, em 2017 o índice de preferência retornou aos patamares anteriores a 2013 (SINGER, 2018, p. 300). Antes das eleições de 2018, Boito Jr. (2018, p. 302) afirmava que Lula “é, em todas as pesquisas de intenção de voto, o candidato favorito [...]”.

priorizam formas mais diretas de ação política. Nesse sentido, movimentos sociais tendem a não possuir uma agenda clara e detalhada para o Judiciário, o que dificulta propostas de reformas legislativas. A ausência de uma agenda própria contribui para que movimentos sociais adiram a agendas de grandes grupos econômicos para o Judiciário, em geral compostas por ideais neoliberais. É o que pode ter acontecido com o aumento das prerrogativas do Ministério Público e o fortalecimento dos tribunais. A Lei da Ficha Limpa de 2010, por exemplo, contou com o apoio de parte de movimentos sociais.

Em relação à pressão em processos judiciais específicos, movimentos sociais detêm uma série de desvantagens em razão de possuírem menos recursos e poder, como proposto por Galanter (1974), tais como serviços legais em menor quantidade e qualidade em relação aos grupos econômicos. De toda forma, a principal forma de pressão sobre os tribunais tende a ser a mobilização social. Nos casos em que movimentos sociais logram obter uma maioria social que apoie suas demandas, a pressão sobre os tribunais pode ser bastante relevante. Como afirma Santos (2002, p. 467; 2016, p. 64), “uma política de direitos forte é uma política de caráter dual, assente na gestão dual de ferramentas jurídicas e políticas sob a égide destas últimas.”

Em síntese, no Brasil uma atuação transformadora dos tribunais tem como base de apoio principal os movimentos sociais. Nesse sentido, uma variável relevante para analisar os tribunais é seu grau de força, o que envolve tanto o nível de mobilização social quanto o exercício de posições institucionais. De modo geral, no período pós-1988 movimentos sociais não tiveram força suficiente para sobrepor seus interesses aos da burguesia e a de interesses estrangeiros. No período neodesenvolvimentista em especial movimentos sociais apresentaram alguma força para implementar sua agenda política de reformas e inclusão social, compondo uma frente com uma parte da burguesia. Essa maior força contribuiu para que os tribunais exercessem algum papel transformador, seja ao legitimar as políticas e leis progressistas do período, seja ao exercer um papel relevante para ampliação de direitos de grupos vulneráveis. Entretanto, nos períodos neoliberal e de crise política, movimentos sociais não tiveram força para contrabalancear a pressão dos grupos econômicos e interesses internacionais sobre os tribunais nos temas em que estavam unificados.

#### **2.4. Desenho institucional e magistrados**

Os tribunais brasileiros estão sujeitos a diferentes pressões oriundas de interesses estrangeiros, grandes grupos econômicos e movimentos sociais. No entanto, a atuação dos tribunais não é um mero reflexo dessas pressões. Segundo Santos *et al.* (1996, p. 28), os



tribunais tendem a adquirir um “peso político próprio”, possuindo algum grau de autonomia em relação ao contexto político. Dessa forma, fatores institucionais influenciam a reação dos tribunais às pressões oriundas do contexto político. Além disso, é possível que os tribunais adotem ações mais autônomas, sem vínculo direto com alguma pressão específica, em situações de certo equilíbrio entre distintas forças políticas. Nesse sentido, fatores institucionais podem favorecer ou dificultar uma atuação transformadora dos tribunais. Segundo Santos (2011, p. 15), para que os tribunais exerçam um papel transformador é necessário promover reformas que os capacitem para tal. Ou seja, não é suficiente que uma Constituição contenha normas transformadoras, é necessário que as instituições judiciais sejam propícias para implementar essas normas<sup>193</sup>.

Entre os fatores institucionais que influenciam a atuação dos tribunais, é possível indicar as formas de relação com demais poderes, os mecanismos de participação da sociedade, os poderes individuais em órgãos colegiados, as regras processuais, a gestão dos tribunais e os processos de recrutamento de magistrados, entre outros. Por exemplo, as regras sobre o processo judicial podem favorecer a reivindicação de alguns direitos e não de outros. A ação de reintegração de posse possibilita um rápido exercício do direito de posse, o que é bastante utilizado por indivíduos com recursos. Por outro lado, a ação de usucapião dificulta o exercício do direito de propriedade, restringindo seu uso por moradores de baixa renda. Como indicam Cappelletti e Garth (1978) em relação aos direitos sociais, uma elevada

---

<sup>193</sup> Em sentido semelhante, Gargarella (2015, p. 89, tradução minha) afirma: “os países latino-americanos que adotaram Constituições mais socialmente robustas desenvolveram uma prática interessante e imaginativa de aplicação judicial dos direitos sociais [...] No entanto, parece claro também que essas reformas foram, na melhor das hipóteses, muito limitadas em seu alcance e realizações. Uma das principais razões que explica esse limite é o fato de que os reformadores parecem ter concentrado suas energias na seção de direitos, sem considerar o impacto que a organização do poder tende a ter sobre os próprios direitos que eles estavam preocupados em proteger.” No original: “the Latin American countries that had adopted more socially robust Constitutions have developed an interesting and imaginative practice of judicial enforcement of social rights [...] However, it seems also clear that these reforms were, in the best case, very limited in their scope and achievements. One of the main reasons that explain this limitation is the fact that the reformers seemed to have concentrated their energies in the rights section, without considering the impact that the organization of power tends to have upon the very rights that they were concerned with protecting.” Discutindo o desenho institucional do Estado como um todo, Gargarella (2015, p. 90) é crítico do que denomina de “hiper-presidencialismo” e sustenta que o constitucionalismo latino-americano é historicamente caracterizado por uma grande concentração de poderes no Presidente. Nesse sentido, segundo Gargarella (2015, p. 90, tradução minha) forma-se um desenho institucional contraditório nas Constituições da região: “elas parecem democráticas e socialmente comprometidas em suas seções de direitos, enquanto, ao mesmo tempo, parecem rejeitar esses mesmos ideais socialdemocratas por meio de sua tradicional organização política vertical.” No original: “they look democratic and socially committed in their rights sections, while at the same time they seem to reject those same social-democratic ideals through their traditionally vertical political organization.” Nesse aspecto, a influência é de Nino (1992, p. 640, tradução minha): “Um fator importante para a fraqueza institucional argentina, embora certamente não seja o único, foi a formação de uma Presidência hipertrofiada ao longo da história argentina.” No original: “An important factor of Argentine institutional weakness, though certainly not the only one, was the formation of a hyper-atrophied presidency throughout Argentine history.”

contradição entre direitos materiais e direitos processuais indica que os primeiros têm um papel mais simbólico. Grupos sociais por vezes logram inserir direitos na Constituição, mas não os mecanismos processuais para seu exercício.

Além disso, é possível que os demais poderes tenham mais ou menos possibilidades de pressão sobre o Judiciário. Os grupos sociais mais organizados, como movimentos sociais e grandes empresas, em geral possuem representação política no Congresso e Executivo, de modo que podem pressionar os tribunais não só diretamente, mas também por meio de parlamentares e governantes com quem mantêm maior vínculo<sup>194</sup>. No entanto, é possível que ocorram também pressões oriundas de grupos políticos e sociais sem capacidade de pressão autônoma sobre os tribunais, tais como oligarquias regionais. Essas oligarquias dependem de representantes políticos no Congresso para exercer alguma pressão sobre os tribunais. Dessa forma, algumas pressões oriundas do Congresso podem ser consideradas mais autônomas em relação a movimentos sociais e empresas<sup>195</sup>.

O mecanismo mais notório de influência do Executivo e Legislativo sobre o Judiciário é a prerrogativa para nomear magistrados para os tribunais superiores. Nesse sentido, a nomeação de um magistrado é produto de uma determinada maioria política, refletindo em alguma medida suas características e interesses. Grupos sociais com ampla representação política podem, portanto, influenciar a prática dos tribunais pela própria indicação de magistrados<sup>196</sup>. Um sistema partidário fragmentado como o brasileiro, com dezenas de partidos registrados, pode contribuir para uma maior heterogeneidade no perfil dos magistrados dos tribunais superiores, ao contrário dos Estados Unidos, por exemplo, em que prevalece um sistema bipartidário<sup>197</sup>. Outro exemplo de possível influência sobre o Judiciário é o mecanismo de *impeachment* de ministros dos tribunais superiores, uma

---

<sup>194</sup> Nesse sentido, Boito Jr. (2012, p. 85) afirma: “A ala majoritária do PSDB [...] tem representado [...] o grande capital financeiro internacional e os interesses dos empresários e banqueiros brasileiros estreitamente ligados a esse capital.”

<sup>195</sup> Sobre as pressões mais autônomas oriundas do Congresso sobre os tribunais, isto é, sem vínculos com grupos sociais expressivos e organizados, destacam-se partes do PMDB e pequenos partidos políticos. No período pós-1988, Singer (2018, p. 154-155) afirma que o PMDB passou por um processo de “interiorização”, enraizando-se “em oligarquias tradicionais antigas e nos interesses rurais [...]”. Além disso, é possível que o PMDB tenha cumprido o papel de representar também parte da burguesia interna no período neodesenvolvimentista. Nesse sentido, Galvão (2016, p. 276) ressalta que o PMDB apresentou sete projetos de leis trabalhistas contrários aos interesses dos trabalhadores. Em sentido semelhante, Singer (2012, p. 216-217) afirma que o PMDB por vezes representa os interesses do capital no interior do lulismo.

<sup>196</sup> No entanto, nos tribunais estaduais e regionais o cenário é diferente, uma vez que o processo de seleção de magistrados é organizado pela cúpula do tribunal, sem significativos mecanismos de influência externa. O processo de nomeação pelo Presidente e Congresso confere algum grau de legitimidade democrática aos juízes dos tribunais superiores, o que não ocorre nos tribunais regionais e estaduais.

<sup>197</sup> Apesar da “excessiva fragmentação e a enorme zona de clientelismo”, que “confundem as linhas de força”, Singer (2018, p. 132) sustenta que “o sistema partidário-eleitoral expressa e orienta as classes em disputa.”

prerrogativa exclusiva do Senado. No entanto, esse mecanismo não foi utilizado no período pós-1988. Uma terceira forma de influência sobre o Judiciário é um certo controle do Executivo e Legislativo sobre o orçamento e sobre benefícios corporativos de seus profissionais, o que ocorre tanto no âmbito da União e quanto no dos Estados. Em relação ao Estado de São Paulo, Cardoso (2018) indica que o Executivo paulista utiliza seu controle sobre o orçamento do Judiciário e sobre a iniciativa de projetos de lei para obter altas taxas de sucesso na cúpula do Tribunal de Justiça<sup>198</sup>. Por fim, o cumprimento de decisões judiciais pode depender em alguns casos de órgãos mais vinculados ao Executivo, como a Polícia Federal e as Forças Armadas. Sobre estas, a Constituição estipula que estão “sob a autoridade suprema do Presidente da República”. No entanto, embora formalmente “organizadas com base na hierarquia e na disciplina”, é possível que as Forças Armadas, detenham algum grau de autonomia em relação aos poderes constituídos. Em suma, uma maioria parlamentar pode constranger a atuação dos tribunais superiores em algum um sentido ou outro, de modo que mudanças na composição do Legislativo podem influenciar a atuação dos tribunais. Em situações em que não há uma clara maioria parlamentar, prevalecendo a divisão ou a inanição do Congresso, abre-se maior margem de autonomia para atuação dos tribunais. Daí outras variáveis podem exercer influência predominante, como o perfil dos ministros.

Por outro lado, a Constituição de 1988 contribuiu para o fortalecimento e uma atuação mais independente dos tribunais. Houve a expansão do controle de constitucionalidade no STF. A Constituição aumentou o rol de legitimados para propor ações diretas de constitucionalidade, de modo que o acesso ao STF tende a ser bastante amplo. O Ministério Público também acumulou novas funções institucionais e ampliou sua autonomia. Embora atue em nome do “interesse social” junto aos tribunais, não depende de provocação formal de quaisquer grupos sociais para tal. Esse fortalecimento dos tribunais no Brasil na década de 1980 ocorreu durante o contexto global de incentivo a essas reformas. Nesse sentido, existe uma correspondência de reformas no Brasil com essa agenda internacional de fortalecimento do Judiciário. Entidades internacionais podem ter exercido alguma influência sobre a assembleia constituinte. Por exemplo, o Banco Mundial defende um papel forte do Judiciário não só em questões diretamente econômicas, mas também como um poder de veto

---

<sup>198</sup> Analisando a dinâmica os poderes estaduais, Cardoso (2018) identificou uma correlação entre a liberação de verbas e a proposição de projetos de lei pelo Governador, de um lado, e ações de sua autoria julgadas procedentes pela presidência do Tribunal de Justiça, de outro. Dessa forma, o Governador tem um altíssimo índice de sucesso nas ações de suspensão de segurança decididas pelo Presidente do Tribunal.

em relação ao demais poderes, como afirma Burgos Silva (2009, p. 28)<sup>199</sup>. Dessa forma, o Judiciário teria condições institucionais para controlar os demais poderes caso adotem medidas contrárias ao modelo econômico neoliberal sustentado pelo Banco Mundial. Além de fatores internacionais, existem também fatores internos que contribuíram para esse fortalecimento do Judiciário. Koerner e Freitas (2013) ressaltam que os próprios ministros do STF na época da constituinte atuaram para aumentar suas prerrogativas<sup>200</sup>.

Após a assembleia constituinte, houve um fortalecimento ainda maior dos tribunais, decorrente tanto de mudanças legislativas quanto de mudanças na jurisprudência. Isto é, os próprios tribunais alteraram o seu desenho institucional, ampliando ou reduzindo prerrogativas<sup>201</sup>. Houve medidas legislativas para ampliar os poderes do STF para atuar no controle de constitucionalidade, como a Emenda Constitucional n. 3 de 1993 que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade; a Lei 9.868 de 1999 que regulou o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade e ampliou o efeito vinculante das decisões; a Lei 9.882 de 1999 que regulou o processo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que criou a súmula vinculante. Além disso, conforme identificado por Arguelhes (2014), nos primeiros anos após a constituinte, o STF reduziu alguns de seus poderes previstos na Constituição. No julgamento da ADI 2, o STF restringiu o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade a leis posteriores à Constituição<sup>202</sup>. Dessa forma, até 1999 o STF não

---

<sup>199</sup> Burgos Silva (2009, p. 28, tradução minha) afirma que a agenda do Banco Mundial visa a estimular a “função do Judiciário como um ator de veto ou de controle de poderes estritamente políticos”. Isso contradiz em parte com a própria experiência norte-americana, em que, como lembram Posner e Vermeule (2012, p. 327-328), houve momentos de forte centralização do poder no Executivo para enfrentar crises, sem que isso implicasse regimes autoritários, como nos governos dos presidentes Lincoln e Roosevelt. Nesses casos existiram outros mecanismos para além do Judiciário para o controle do Executivo, como a opinião pública e eleições. Essa política do Banco Mundial contradiz também com a experiência da Inglaterra, em que até a década de 2010 não havia uma Suprema Corte independente do Parlamento. Ao contrário, o órgão judicial superior era considerado parte do Parlamento. Dessa forma, a agenda do Banco Mundial de fortalecimento do Judiciário está associada sobretudo a interesses internacionais sobre os países periféricos, e não ao que aconteceu nos próprios países centrais.

<sup>200</sup> Nos estudos de história do direito, Fonseca (2009, p. 22) defende a necessidade de inserir o direito na sociedade, uma vez que “se o direito está presente na sociedade e ele é histórico, não se pode desprender sua análise no passado da análise da própria sociedade onde ele se insere e onde ele dialoga com a política, com a cultura, com a economia, com a sociedade etc.”

<sup>201</sup> Fortes variações no desenho institucional em razão de decisões do próprio Judiciário são comuns sobretudo em países de *common law*. O exemplo clássico é o surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, com início a partir do caso *Marbury vs Madison*, em que a Suprema Corte decidiu pela possibilidade de os tribunais anularem legislação promulgada pelo Congresso, embora essa competência não esteja expressa na Constituição norte-americana.

<sup>202</sup> O art. 102 da Constituição prevê a necessidade de lei que regule a ADPF, o que só ocorreu com a Lei 9.882 de 1999. Segundo Arguelhes (2014, p. 37), a “ADPF finalmente permitiu que questões envolvendo a constitucionalidade de legislação pré-constitucional pudessem ser levadas ao STF em sede de controle abstrato e com decisões de efeitos *erga omnes*”. Dessa forma, até 1999 o STF não examinava a constitucionalidade da

examinava a constitucionalidade da legislação pré-1988, como as leis editadas pelo regime militar, em razão da sua própria jurisprudência que limitou o objeto da ADI. Considerando que o art. 102 da Constituição prevê a necessidade de lei para regular a ADPF, o que só ocorreu com a Lei 9.882 de 1999, foi somente a partir de então que o STF passou a apreciar a recepção ou não pela atual Constituição de leis anteriores a 1988. Segundo Arguelhes (2014, p. 37), a “ADPF finalmente permitiu que questões envolvendo a constitucionalidade de legislação pré-constitucional pudessem ser levadas ao STF em sede de controle abstrato e com decisões de efeitos erga omnes”. No julgamento do MI 107, o STF limitou o efeito prático do Mandado de Injunção a apenas notificar o órgão responsável sobre sua omissão. No entanto, a partir de meados de 1990 o STF passou a ampliar seus poderes<sup>203</sup>. No julgamento da ADI 939 em 1993, o STF afirmou que pode declarar a inconstitucionalidade não só de leis federais, mas também de emendas constitucionais, ampliando de certa forma o seu escopo de atuação para além do previsto no art. 60 da Constituição<sup>204</sup>. No julgamento do Mandado de Segurança 21.648 também em 1993, o STF reafirmou sua jurisprudência desenvolvida na década de 1980 sobre a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade, isto é, sobre projetos de lei ainda em discussão no Congresso. Em 2007, no julgamento do MI 670, o STF ampliou o escopo do Mandado de Injunção para que pudesse estabelecer regras provisórias até que o Legislativo sanasse sua omissão. Em linha gerais, a partir dos anos 2000 a tônica predominante do STF foi de fortalecer seus poderes.

Em especial, no período pós-1988 houve um fortalecimento do Judiciário para atuar em atos de corrupção praticados no Executivo e Legislativo. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 35 de 2001 aboliu a exigência de “prévia licença” da Câmara ou do Senado para o recebimento pelo STF de ação criminal em face de parlamentar. Ou seja, o próprio Legislativo reduziu sua prerrogativa de bloquear denúncias criminais contra seus integrantes. Além disso, a Lei de Organizações Criminosas de 2013 e a reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro em 2012 também ampliaram as possibilidades de investigação e denúncia criminal. A “colaboração premiada” prevista na Lei de Organizações Criminosas permite a redução

---

legislação pré-1988, como as leis editadas pelo regime militar, em razão da sua própria jurisprudência que limitou o objeto da ADI para leis posteriores a 1988.

<sup>203</sup> Arguelhes e Ribeiro (2016, p. 423-424) afirmam: “Em vários momentos, o tribunal utiliza seu poder de interpretação constitucional também para ampliar competências previstas no texto constitucional – e até mesmo desenvolver para si, sem base textual clara, novos poderes”, de modo que “movimentos autorrestritivos em uma direção podem coexistir com expansões de poder em outros sentidos.”

<sup>204</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” Essas são as hipóteses em que a Constituição expressamente permite o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

de até dois terços da pena privativa de liberdade ou a sua substituição integral por uma pena de restrição de direitos. Dessa forma, o Ministério Público teve um aumento nos seus poderes de investigação criminal e na sua margem de discricionariedade na aplicação de sanções penais. Em relação à Polícia Federal, a Lei 12.830 de 2013 disciplinou a investigação criminal conduzida por delegado. Em matéria eleitoral a Lei da Ficha Limpa de 2010 ampliou as hipóteses de inelegibilidade, possibilitando que o Judiciário indefira o registro de candidatura de indivíduos condenados por “órgão judicial colegiado”, na esteira da agenda de “combate à corrupção”.

Além dessas reformas legislativas, os tribunais também aumentaram os poderes dos órgãos do sistema de Justiça para atuar em temas de “combate à corrupção”. Por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.727 em 2015, o STF fixou a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações criminais por conta própria. Essa prerrogativa não está expressamente prevista no art. 129 da Constituição como uma função do Ministério Público, enquanto o art. 144 atribui a função de investigação para as polícias estaduais e federal<sup>205</sup>. Dessa forma, foi alterada a divisão de funções entre Ministério Público e polícias na investigação criminal. Além disso, a partir de 2014 magistrados de instâncias inferiores adotaram a prática de realizar conduções coercitivas de investigados para interrogatório sem intimação prévia, o que contraria regra do Código de Processo Penal<sup>206</sup>. Essa prática judicial só foi julgada inconstitucional pelo Plenário do STF em 2018, no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444. O STF aboliu qualquer tipo de condução coercitiva para produção de prova, com ou sem intimação prévia, decidindo que a Constituição não recepcionou o art. 260 do CPP, em razão dos direitos constitucionais de liberdade de locomoção e de presunção de inocência.

No período pós-1988, os mecanismos de participação da sociedade no Judiciário e de controle de integrantes do sistema de Justiça não cresceram na mesma proporção das prerrogativas. A “democracia de baixa intensidade”, nos termos de Santos, é uma característica geral da Constituição de 1988, refletindo-se também no Judiciário<sup>207</sup>. A Lei

---

<sup>205</sup> O art. 129 da Constituição prevê que são “funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;” O art. 144 estabelece que é função da polícia federal e das polícias civis a apuração de infrações penais.

<sup>206</sup> O art. 260 do Código de Processo Penal dispõe: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”

<sup>207</sup> Nesse sentido, Santos (2011, p. 99) afirma: “no Brasil, tal como em Portugal depois de 1974, a passagem da ditadura para a democracia não implicou debates, e tão pouco pressões políticas que exigissem mudanças profundas na estrutura organizacional dos tribunais. Isto conduziu a um reforço da independência judicial em

Orgânica da Magistratura de 1979 não sofreu modificações relevantes. Apenas em 2004 foi criado o Conselho Nacional de Justiça com competências para o controle administrativo e disciplinar de magistrados. Esse órgão provocou algumas mudanças relevantes, como o aumento da transparência dos tribunais e a política de cotas raciais em concursos de ingresso na magistratura. No entanto, a maior parte dos integrantes do CNJ são oriundos da própria magistratura, o que de certa forma limita as possibilidades de controle de privilégios e abusos praticados por magistrados<sup>208</sup>.

Por fim, em relação a fatores institucionais que influenciam a atuação dos tribunais, vale destacar a expansão e fortalecimento institucional da Defensoria Pública no período pós-1988. Prevista na Constituição desde 1988, foi nos anos 2000 que ela se consolidou, o que pode ser evidenciado pelo aumento de funções institucionais a partir da Lei Complementar 132 de 2009 e aumento no número de profissionais. Dessa forma, os tribunais se tornaram mais acessíveis para indivíduos e grupos de baixa renda. Segundo Santos *et al.* (1996, p. 54), a acessibilidade é um fator relevante para a imagem social dos tribunais<sup>209</sup>. Dessa forma, a Defensoria Pública pode contribuir para alguma legitimidade de um Judiciário predominantemente conservador<sup>210</sup>.

Em suma, uma das principais variáveis institucionais no período pós-1988 foi o contínuo processo de fortalecimento dos tribunais, de modo que detêm mais condições para assumir uma agenda parcialmente contrária aos demais poderes. Nesse sentido, a independência originalmente atribuída pela Constituição em 1988 foi ainda mais ampliada. Esse fortalecimento do Judiciário, por sua vez, favoreceu os grupos sociais e econômicos que têm mais condições para mobilizá-los, em especial os grandes grupos econômicos<sup>211</sup>. A burguesia associada, ainda que minoritária nos demais poderes e na agenda política neodesenvolvimentista, pode ter provocado os tribunais para atender seus interesses. Em

---

relação aos outros poderes sem a correlata discussão sobre os mecanismos de controle democrático da magistratura.”

<sup>208</sup> Com base em ampla análise histórica, Sadek (2010, p. 13-15) afirma que sob a vigência da Constituição de 1988 “o Judiciário conquistou graus mais elevados de autonomia”, o que também têm “levado a uma excessiva corporativização da instituição, estimulando ou propiciando a construção de uma forte identidade interna, refratária a mudanças e, sobretudo, a questionamentos de sua atuação e de certos privilégios.”

<sup>209</sup> No entanto, em Portugal foi constatado que cidadãos que tiveram um contato efetivo com os tribunais tendem a ter uma visão mais negativa dos mesmos (SANTOS *et al.*, 1996, p. 690). Ou seja, o acesso não necessariamente gera legitimidade para quem tem experiência com a Judiciário.

<sup>210</sup> Na minha dissertação de mestrado, afirmei que existe uma tensão no papel desempenhado pela Defensoria junto aos tribunais: entre a mera legitimação e o estímulo a mudanças sociais (SANTOS, Caio, 2017, p. 119).

<sup>211</sup> Os grandes grupos econômicos, mesmo que divididos em outros temas como a política econômica, podem se unir em torno de uma agenda para o Judiciário. Nesse sentido, têm mais condições para *moldar* o Judiciário e influir no seu desenho institucional.

suma, essas mudanças no desenho institucional criaram condições para que o Judiciário pudesse bloquear processos mais amplos de transformação social.

Além dos fatores referentes ao desenho institucional, o perfil dos magistrados é especialmente relevante para analisar a atuação dos tribunais. Embora os juízes em geral justifiquem sua atuação e suas decisões com base em normas jurídicas, e não em preferências pessoais ou políticas, o perfil dos juízes influencia a sua prática. Como apresentado no primeiro capítulo, Kelsen admite que a decisão judicial apresenta uma inevitável margem de discricionariedade, de modo que se trata de um ato de vontade do magistrado que preenche uma moldura fornecida pela norma jurídica. No preenchimento desta moldura, diversos tipos de normas influenciam a decisão do magistrado, e não só a norma jurídica<sup>212</sup>.

Uma das principais continuidades na ordem constitucional de 1988 foi o perfil dos magistrados, uma vez que a interpretação da Constituição foi atribuída a magistrados formados e indicados pelo regime anterior<sup>213</sup>. Nesse sentido, a manutenção de um mesmo perfil de magistrado pode inviabilizar a implementação de novas normas constitucionais. No caso dos tribunais regionais e estaduais, embora o recrutamento via concurso público contribua para alguma diversidade da magistratura, as cúpulas que concentram os poderes de gestão nos tribunais regionais e estaduais de modo geral permaneceram<sup>214</sup>. No caso do STF, durante a década de 1990 existiam entre seus integrantes diversos magistrados indicados pelo regime militar<sup>215</sup>. Em razão do mandato vitalício dos ministros, as mudanças

---

<sup>212</sup> Para Klare (1998, p. 163, grifos do autor, tradução minha), “os valores e sensibilidades pessoais/políticas do juiz *não podem* ser excluídos dos processos de interpretação ou adjudicação. [...] Os valores políticos e morais do juiz, portanto, desempenham um papel rotineiro, normal e ineradicável na adjudicação.” No original: “the judge’s personal/political values and sensibilities *cannot* be excluded from interpretive processes or adjudication. [...] The judge’s political and moral values therefore play a routine, normal, and ineradicable role in adjudication.” Nos Estados Unidos, a ideologia dos magistrados é em geral situada no espectro conservador/liberal. Para Novkov (2008, p. 626, tradução minha), “estudar como as ideias influenciam as instituições jurídicas e como as instituições jurídicas moldam as ideias pode dar mais substância a uma análise da dinâmica da interpretação.” No original: “studying how ideas find their way into legal institutions and how legal institutions shape ideas can give more substance to an analysis of the dynamics of interpretation.”

<sup>213</sup> Sobre a África do Sul, Klare (1998, p. 156) advertiu que a Constituição de 1996 poderia representar uma mudança apenas parcial se não fossem alterados outros aspectos do sistema jurídico e questionou: como esperar que um jurista formado durante o *apartheid* pudesse interpretar a Constituição de acordo com seus novos objetivos?

<sup>214</sup> Segundo Quinalha (2013, p. 149), o conceito de “justiça de transição” envolve medidas de “fortalecimento das instituições democráticas”, por meio de reformas das instituições forjadas durante o regime autoritário. Nessa ótica, a ausência de reformas na organização do Judiciário é um dos limites da transição democrática brasileira na década de 1980.

<sup>215</sup> Arguelhes (2014, p. 34-35) afirma que a transição democrática foi marcada por uma “grande continuidade judicial” e que “a elaboração e implementação de uma nova constituição ocorreram à sombra de um tribunal [STF] cujos membros foram indicados pelo regime anterior”. É diferente do que ocorreu na Colômbia em que a Constituição de 1991 *criou* a Corte Constitucional com a posterior nomeação de seus integrantes, conforme analisado por Uprimny e García-Villegas (2002, p. 305). Ou seja, a Corte Constitucional foi uma inovação da Constituição colombiana. A nomeação de todos os magistrados ocorreu em poucos anos, o que contribuiu para uma maior homogeneidade no seu perfil e, conseqüentemente, na atuação da corte.



de governo e de contexto político não se refletem automaticamente no perfil dos magistrados. As nomeações ao longo da década de 1990 contribuíram para uma maior heterogeneidade do perfil de ministros, indicados tanto no período do regime militar quanto no período democrático.

No período neoliberal, as nomeações de ministros para o STF foram oriundas de um governo sob hegemonia política da burguesia associada. No período neodesenvolvimentista, a hegemonia passou a ser da burguesia interna, com uma maior influência de movimentos sociais. As nomeações envolvem dinâmicas de alianças entre partidos e grupos sociais, de modo que há alguma heterogeneidade no perfil dos ministros indicados em determinado contexto político. Nem sempre há na trajetória do magistrado vínculos claros com grupos sociais específicos. De todo modo, é possível supor que a fração hegemônica busca assegurar ao menos uma maioria de ministros que não se oponha aos seus interesses. Nos dois governos Fernando Henrique Cardoso, dois dos três ministros indicados apresentavam uma relevante trajetória política, inclusive como ministros de Estado: Nelson Jobim e Gilmar Mendes. Nos governos Lula, os ministros indicados não apresentaram sólidos vínculos com movimentos sociais na sua trajetória, mas tão somente uma eventual defesa de interesse pontual em conflitos específicos<sup>216</sup>. Dessa forma, o perfil dos ministros indicados ao STF no período neodesenvolvimentista corrobora a tese de que era a burguesia interna que detinha hegemonia política no governo. Além disso, poucos tinham um perfil de defesa de direitos individuais no âmbito penal, o que favoreceu o avanço da agenda de “combate à corrupção” no STF. Em suma, o perfil dos ministros indicados tende a influenciar a atuação do tribunal<sup>217</sup>.

Para analisar o perfil da magistratura de modo geral é necessário considerar o segmento social que integram. Ou seja, os juízes não estão isolados, mas sim inseridos na sociedade. Conforme propõe Boito Jr. (2018, p. 243), a magistratura integra a “alta classe

---

<sup>216</sup> Almeida (2016, p. 227) propõe uma tipologia para analisar a trajetória das “elites jurídicas”, na ótica da teoria de Bourdieu. Fontainha, Jorge e Sato (2018) também desenvolveram estudos sobre a trajetória dos ministros do STF. Nos Estados Unidos, Dezalay e Garth (2008, p. 728) afirmam que juristas de destaque tendem a ser indivíduos que transitam entre universidades de maior prestígio, famílias tradicionais e grandes escritórios de advocacia, entre outros espaços.

<sup>217</sup> Com base em análise quantitativa das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo STF no segundo governo FHC e no primeiro governo Lula, Oliveira (2012) sustenta que as mudanças na composição da corte influenciaram o resultado final nessas ações. Nesse sentido, Oliveira (2012, p. 106) afirma: “Notamos que há uma mudança no padrão de resposta entre os dois governos analisados. Durante o governo Lula há uma resposta mais ‘positiva’ (por resposta positiva entenda-se favorável à procedência ou deferimento da ação) por parte do Supremo às demandas ouvidas. E quando comparamos o padrão de resposta às questões envolvendo normas federais com as mudanças na composição do Supremo, notamos que há indícios de associação – as composições finais do tribunal tendem a deferir proporcionalmente mais ações do que as iniciais. Ou seja, o Supremo nomeado por Lula tendeu a contrariar proporcionalmente mais o governo.”

média”, uma vez que a sua remuneração é bastante superior aos demais funcionários públicos e profissionais liberais da classe média. No período pós-1988 houve um contínuo aumento da remuneração da magistratura, consolidando sua posição na alta classe média. Por um lado, o aumento da remuneração pode favorecer uma maior independência judicial, em razão das melhores condições financeiras. Por outro lado, pode influir também nos valores pessoais dos magistrados, que passam a se aproximar ainda mais do estilo de vida de diretores de grandes empresas e se distanciam de interesses de movimentos sociais<sup>218</sup>.

Dessa forma, mudanças no comportamento político do segmento social da alta classe média pode se refletir na atuação da magistratura, na esteira de Boito Jr. (2018, p. 253-256). No período neoliberal, a alta classe média estava dividida politicamente. Uma parte se opunha à agenda neoliberal, como as medidas de cortes de gastos com o funcionalismo público. Nesse sentido, as votações de candidatos provenientes de movimentos sociais tendiam a ser maiores nos segmentos de maior renda<sup>219</sup>. No entanto, a partir de 2004 houve um “realinhamento eleitoral”, como demonstra Singer (2012, p. 14 e 53). Enquanto os setores de baixa renda aderiram a Lula, a alta classe média se alinhou em bloco a candidatos opositores da agenda neodesenvolvimentista<sup>220</sup>. Um dos motivos para essa mudança no comportamento político da alta classe média foram as denúncias de corrupção no governo, uma vez que esse segmento social é o que mais se opõe à corrupção pois que atinge valores relacionados à “meritocracia” que são utilizados para justificar a sua posição social (CAVALCANTE, 2015, 2018; BOITO JR., 2018, p. 261-262). A partir de 2005, portanto, a sociedade divide-se eleitoralmente entre segmentos sociais de baixa renda, de um lado, e de alta renda, de outro<sup>221</sup>. Embora essa polarização não fosse inicialmente

<sup>218</sup> Para Singer (2012, p. 205), a “classe média tradicional [...] se espelha” na “classe dominante”. Em sentido semelhante sobre o professor universitário, Fernandes (1975, p. 86) afirma que “a tendência ao estabelecimento de níveis salariais muito altos” contribui para “comprometer o intelectual com o nível de vida das minorias poderosas e com o espírito conservador, para neutralizá-lo.” Para o autor, “Um professor que tenha um alto nível salarial, como sucede em algumas universidades no país, se identifica muito mais e com maior intensidade com o nível de vida de classe média, penetra a fundo na sociedade de consumo em massa [...]. Ele fica uma peça da ordem, uma força cultural da ordem e não pode gravitar pelos caminhos da rebelião e da contestação, nas quais acaba tendo muito a perder” (FERNANDES, 1975, p. 86).

<sup>219</sup> Segundo Singer (2018, p. 153), “o petismo exercia certa atração sobre segmentos médios – em particular o funcionalismo público – até 2002.”

<sup>220</sup> Singer (2012, p. 53) afirma: “No período do ‘mensalão’, o governo efetivamente perdeu parcela importante do suporte que trazia desde a eleição de 2002. Nas camadas médias, a rejeição desdobrou-se em nítida preferência por candidato de oposição à Presidência em 2006.” Nas eleições anteriores, incluindo 2002, Lula venceu nos estratos com renda mais elevada. A partir de 2006, Lula passou a perder nesses estratos.

<sup>221</sup> Na visão de Singer (2012, p. 35-36, grifos do autor): “no lulismo a polarização se dá entre ricos e pobres, e não entre esquerda e direita. [...] o lulismo separa os eleitores de baixa renda das camadas médias, tornando os dois principais partidos do país – PT e PSDB – representativos desses polos sociais. [...] PT e PSDB são as expressões de uma polarização social talvez até mais intensa que do que a dramatizada por PTB e UDN nos anos 1950. A diferença está em que os partidos de agora evitam a radicalização *política* da polarização *social*.” Dessa forma, a polarização social não necessariamente gera radicalização política.

radicalizada, a partir de 2013 a alta classe média assume posturas mais radicais, participando de mobilizações contra a corrupção e posteriormente em defesa do *impeachment* do governo eleito em 2014<sup>222</sup>. Para Singer (2018, p. 101-102; 2012, p. 205), a radicalização da classe média ocorre sobretudo no primeiro semestre de 2013, em razão dos seguintes fatores: aumento da inflação de alguns serviços utilizados pela classe média tradicional, a ampla repercussão do julgamento da Ação Penal 470 pelo STF no segundo semestre de 2012, e uma relativa perda de *status* em razão da ascensão social dos mais pobres<sup>223</sup>. Essa postura mais radical da alta classe média pode ter se refletido na atuação da magistratura, tornando-se mais plausível a flexibilização de regras e procedimentos judiciais para prejudicar a agenda política neodesenvolvimentista<sup>224</sup>. A alta classe média, embora numericamente inferior a outros segmentos e por isso menos decisiva em processos eleitorais, é relevante por ocupar diversos cargos no Estado, como a magistratura. Ou seja, não só pode exercer pressão sobre o Judiciário, mas é o próprio segmento social que compõe o Judiciário<sup>225</sup>.

Além de aspectos relacionados ao segmento social que integram, o perfil dos juízes é influenciado por outros fatores, tais como valores sociais e institucionais. Por exemplo, a organização da carreira e a dinâmica interna dos tribunais podem contribuir para uma adesão a valores conservadores. Boito Jr. (2018, p. 255-256) afirma que a função de aplicar a lei penal e manter a ordem também pode fortalecer esses valores nos magistrados. Além disso, existe uma certa homogeneidade social na magistratura, com destaque para a raça e o sexo. O perfil é majoritariamente masculino e branco, sobretudo nos níveis superiores da hierarquia judicial. Em país de maioria negra e com longo histórico de escravidão, a persistência de um perfil branco dos magistrados pode ser considerada uma das grandes

<sup>222</sup> Como indica Singer (2018, p. 116), nas manifestações de junho de 2013 havia uma forte presença da “classe média tradicional”. Nesse sentido, “apesar de a ebulição ter sido detonada por uma fração de esquerda em São Paulo, [...] com o objetivo de revogar o aumento das passagens de ônibus, metrô e trens, no meio do caminho as ruas foram ocupadas por gente que nadava na direção oposta: críticos, mais ou menos conscientes, da suposta corrupção estatista produzida pelos políticos lulistas.” (SINGER, 2018, p. 103).

<sup>223</sup> A definição de “classe média tradicional” adotada por Singer (2018, p. 81 e 92) é parcialmente diferente de “alta classe média”, pois aquela envolve características pessoais e culturais como já ter nascido em família de classe média.

<sup>224</sup> Nas profissões jurídicas em especial existe uma certa “ideologia concursista”, como identificam Fontainha *et al.* (2015).

<sup>225</sup> Nesse sentido, Boito Jr. (2018, p. 215) afirma que as mobilizações da alta classe média no período de crise política “tem propiciado uma ampla e ativa base de massa para a ofensiva restauradora da burguesia internacional” e “funcionam [...] como principal instrumento de legitimação da ofensiva burguesa restauradora.” Além das mobilizações, “a alta classe média age, também, por intermédio de importantes instituições do Estado contra o partido do governo e contra o próprio governo neodesenvolvimentista. A alta classe média dispõe de uma posição estratégica no Judiciário, no Ministério Público e na Polícia Federal.” (BOITO JR., 2018, p. 215-216).

continuidades do colonialismo<sup>226</sup>. Apesar de as mulheres ingressarem na magistratura por meio de concursos, elas não ascendem na carreira da mesma forma que os homens<sup>227</sup>.

Os valores sociais e institucionais dos magistrados são influenciados também pelo ensino jurídico e a formação continuada. Os conteúdos curriculares podem priorizar interesses de grupos específicos. A disciplina de direito do consumidor, por exemplo, por vezes não consta em currículos de graduação. Mesmo disciplinas como a sociologia do direito por vezes perdem de vista a explicação da prática jurídica, como as pressões que incidem sobre os tribunais<sup>228</sup>. Um futuro magistrado não desenvolve ao longo do curso de graduação uma reflexão sobre as pressões a que estará submetido, o que o torna mais suscetível às mesmas. O que pode ocorrer é, posteriormente, um aprendizado individual a partir da experiência profissional, sem uma perspectiva teórica e empírica sistemática. Por fim, instituições estrangeiras atualmente têm um papel mais relevante na formação de magistrados. Essa formação externa não necessariamente contribui para lidar com os problemas e questões da atuação judicial no Brasil e pode estar associada a agendas de interesses estrangeiros. Em suma, o ensino jurídico não necessariamente contribui para o preparo profissional e pode acabar reforçando valores conservadores dos magistrados<sup>229</sup>.

No período pós-1988, em síntese, a variável principal em relação ao perfil dos magistrados foi a mudança no comportamento político do segmento social que integram, a alta classe média, que a partir de 2013 assumiu posturas mais radicalizadas contra a agenda neodesenvolvimentista. Nesse sentido, as pressões estrangeiras e de grandes grupos econômicos sobre os tribunais encontraram respaldo em parte relevante da magistratura, uma vez que sua reação não foi de resistência a essas pressões, mas sim de admiti-las e até mesmo

---

<sup>226</sup> Em torno de 18% dos magistrados brasileiros são pretos ou pardos, segundo pesquisas do CNJ (2018, p. 12) e da AMB (2018, p. 324), enquanto que 54% da população brasileira como um todo são pretos ou pardos (IBGE, 2018). Nos tribunais superiores, em torno de 90% são brancos (AMB, 2018, p. 325). O CNJ, por meio da resolução 203 de 23 de junho de 2015, estabeleceu a reserva mínima de 20% das vagas nos concursos do Judiciário para negros, por dez anos (até junho de 2024).

<sup>227</sup> Em torno de 80% dos magistrados no segundo grau são homens (AMB, 2018, p. 315). Para uma discussão sobre as desigualdades de gênero na magistratura, conferir Kahwage e Severi (2019).

<sup>228</sup> Sobre o ensino jurídico durante o regime autoritário português, Santos (1982b, p. 267; 2016, p. 190) afirma: “O ensino nas faculdades de direito era geralmente muito conservador, provendo as instituições do regime de suporte jurídico e sofisticação científica. Os professores de direito [...] cultivavam discussões altamente teóricas sobre dogmática e filosofia do direito, que por vezes funcionavam como álibi, consciente ou não, para o amorfismo social e para a passividade política. Esta situação tornava o ensino do direito irrelevante para a solução dos problemas jurídicos concretos com que os operadores do direito (advogados e juízes) se defrontavam no cotidiano das suas vidas profissionais.” Nesse sentido, a ausência de reflexão no ensino jurídico sobre determinados temas contribui para perpetuar determinadas práticas conservadoras.

<sup>229</sup> Sobre a formação do magistrado, conferir Gomes (2018). A formação continuada, em especial, é relevante para uma contínua reflexão sobre questões da prática profissional. Sobre diferentes enfoques filosóficos no ensino jurídico, Lopes (1997, p. 108) afirma: “O predomínio de certo enfoque filosófico nas academias também desempenha o seu papel de reprodução, conservação, de resistência ou como fator de promoção de mudanças.”

fortalecê-las. Dessa forma, tanto a radicalização da alta classe média quanto pressões políticas contribuíram para uma atuação conservadora dos magistrados, no contexto institucional de aumento dos poderes dos tribunais sem correspondentes mecanismos de controle.

## 2.5. A recepção de teorias críticas ao formalismo jurídico

A teoria do direito de Kelsen, como apresentado no primeiro capítulo, não permite explicar a atuação dos tribunais, isto é, as causas para um determinado tipo de atuação judicial, como mudanças de jurisprudência e decisões judiciais fora da moldura normativa. No entanto, sua teoria contribui para que os tribunais justifiquem suas decisões com base em normas jurídicas estatais, uma vez que consiste sobretudo em um conhecimento sobre normas. Nesse sentido, o formalismo fornece as condições teóricas para a institucionalização da função jurídica do Estado<sup>230</sup>. Como aponta Santos (1980, p. 49-52; 2014a, p. 36-38), essa institucionalização consiste na “actuação padronizada e impessoal sujeita a critérios de competência e a princípios e normas de racionalidade sistémica.” No Brasil e em outros países da América Latina, historicamente existe uma forte influência de teorias formalistas, com destaque para a de Kelsen<sup>231</sup>. No entanto, na década de 1990 houve uma recepção e fortalecimento de teorias do direito críticas ao formalismo. Dessa forma, uma variável relevante para analisar a atuação dos tribunais no período pós-1988 é a influência de diversas teorias na prática jurídica de modo geral, uma vez que orientam distintos padrões de argumentação em decisões judiciais, que podem ser mais ou menos pautados pelo direito positivo<sup>232</sup>. Em especial, destacam-se os efeitos da recepção do pensamento de autores críticos ao formalismo jurídico<sup>233</sup>.

<sup>230</sup> Sobre a relação entre formalismo e prática jurídica, Santos (1980, p. 49-52; 2014a, p. 36-38) afirma que o “vasto arsenal do formalismo jurídico em geral e do formalismo processual em especial” contribui para um “elevado grau de institucionalização da função jurídica” do direito do Estado.

<sup>231</sup> A tradução brasileira da primeira edição da obra *Teoria Pura do Direito* é de 1939, momento a partir de que é possível supor que houve uma recepção mais intensa das ideias de Kelsen no Brasil. Antes dessa tradução, outros trabalhos de Kelsen já eram conhecidos no Brasil. Segundo Siqueira, Ferreira e Lima (2016, p. 250), “Kelsen é o autor estrangeiro mais citado na constituinte” de 1933-1934, perdendo no geral apenas para Rui Barbosa. Medina (2009a, p. 38) afirma que a teoria do direito de Kelsen exerceu “uma influência decisiva na forma como advogados, juízes e professores de direito concebiam sua disciplina” na América Latina. Essa influência era notada, ressalta Medina (2009a, p. 76), por estrangeiros como Joseph Kunz, que em 1948 observou que Kelsen era a “maior influência na teoria do direito latino-americana”. Como afirma Lopes (2014, p. 31-32), o “positivismo lógico-formal” foi uma reação ao “movimento teórico naturalista” que ganhou força no Brasil no final do século XIX.

<sup>232</sup> Na esteira de Lopes (2004, p. 29), as ideias e o discurso são constitutivos da prática jurídica, de modo que mudanças na teoria podem alterar a própria prática.

<sup>233</sup> Este item não pretende analisar e recompor debates entre os diversos autores da teoria do direito, mas tão somente indicar características gerais e discutir efeitos da recepção de teorias antiformalistas na prática dos tribunais.

Para Kelsen (2006, p. 12), considerar uma norma jurídica como válida significa que deve ser obedecida pelos indivíduos e aplicada pelos tribunais. Nesse sentido, a validade é o fundamento jurídico para obediência e aplicação de uma norma<sup>234</sup>. Para identificar a validade de uma norma, Kelsen utiliza um critério exclusivamente formal: a sua adequação a outra norma jurídica superior, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto ao processo de elaboração. A norma superior fornece uma moldura para a inferior, uma vez que existe em geral mais de uma possibilidade igualmente válida. No caso da decisão judicial, a moldura é preenchida pelo magistrado. Essa moldura pode ser elaborada por distintos métodos de interpretação, como o literal ou o baseado na “vontade presumida do legislador” (KELSEN, 2006, p. 391-392)<sup>235</sup>.

Um dos autores que contribuíram para a difusão do pensamento kelseniano no Brasil foi Tércio Ferraz Jr. (1977; 1980; 1988), que ao longo das décadas de 1970 e 1980 desenvolveu diversos trabalhos sobre a relevância do pensamento dogmático na prática jurídica<sup>236</sup>. Na sua perspectiva, as normas jurídicas devem ser consideradas como um ponto de partida inquestionável, a fim de possibilitar a decisão judicial sobre o conflito. Nesse sentido, Ferraz Jr. contribuiu para promover uma adesão ao direito positivo na prática

---

<sup>234</sup> Kelsen (2006, p. 236) afirma que reside na noção de validade “a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas”.

<sup>235</sup> Kelsen não defende um método de interpretação específico em detrimento de outros, uma vez que a ciência do direito deve apenas reconhecer as formas igualmente válidas de interpretação. Schauer (1988, p. 538, tradução minha), por sua vez, defende a primazia do método literal: “As regras podem limitar a escolha decisória e os tomadores de decisão podem obedecer a essas limitações. Essas limitações são provenientes na maioria dos casos da linguagem literal na formulação de uma regra, pois tomar uma regra como algo diferente da sua formulação, ou pelo menos do significado da formulação da regra, é em última análise negar a ideia de regra. Assim, o formalismo funde-se com obediência a regras, e ambos estão inextricavelmente entrelaçados com o literalismo, isto é, a disposição de tomar decisões de acordo com o significado literal de palavras ou frases ou parágrafos em uma folha impressa, mesmo que as consequências dessa decisão pareçam frustrar o propósito por trás dessas palavras ou divergir significativamente do que o tomador de decisão pensa – regra à parte – que deveria ser feito.” No original: “Rules can limit decisional choice, and decisionmakers can abide by those limitations. Those limitations come in most cases from the literal language of a rule’s formulation, for to take a rule as anything other than the rule’s formulation, or at least the meaning of the rule’s formulation, is ultimately to deny the idea of a rule. Thus, formalism merges into ruleness, and both are inextricably intertwined with literalism, i.e., the willingness to make decisions according to the literal meaning of words or phrases or sentences or paragraphs on a printed page, even if the consequences of that decision seem either to frustrate the purpose behind those words or to diverge significantly from what the decisionmaker thinks – the rule aside – should be done.” Em sentido semelhante, Shecaira e Struchiner (2016, p. 92) defendem que na prática jurídica no Brasil prevalecem formas de interpretação mais institucionais, com uso do método literal, em detrimento de métodos mais substantivos, “que permitam que o intérprete dê vazão às duas opiniões morais, políticas, econômicas etc.” De todo modo, como discutido no primeiro capítulo desta tese, o formalismo interpretativo (método literal) pressupõe o formalismo científico de Kelsen.

<sup>236</sup> Nesse sentido, Ferraz Jr. (2012, p. 60) afirma que “um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos.”

jurídica, de modo que o Judiciário resolvesse conflitos sociais com base nas normas estatais<sup>237</sup>.

No período pós-1988, com o advento de uma Constituição com normas transformadoras, uma parte da literatura produzida pode ser considerada como de “bloqueio” à sua eficácia, como identificado por Bercovici (2005, p. 40; 2009, p. 731). De modo geral, essa literatura inicial defendia que determinadas normas constitucionais não podiam ser aplicadas pelo Judiciário, uma vez que eram “programáticas”. Como apontado por Bercovici, existe certa arbitrariedade ao se classificar uma norma constitucional como “programática” e outra não, de modo que apenas os efeitos das normas da Ordem Econômica da Constituição e dos direitos sociais foram restringidos<sup>238</sup>.

Além do uso crescente da categoria de “norma programática”, na década de 1990 iniciou-se a recepção de teorias críticas ao formalismo jurídico como um todo. Segundo Medina (2009a, p. 50-51), isso ocorreu em maior ou menor grau em diversos países da América Latina, que passaram por um “giro hermenêutico e político” em razão da “importação de uma nova e específica forma de crítica antiformalista”<sup>239</sup>. Medina (2009b, p. 214) caracteriza esse processo como a “globalização de uma forma neoconstitucionalista de conceber o direito”<sup>240</sup>. Entre as teorias críticas ao formalismo jurídico que foram recepcionadas, destacam-se as de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Alguns autores que

---

<sup>237</sup> Por exemplo, sobre a “norma fundamental” em Kelsen, Ferraz Jr. (2012, p. 156, grifos do autor) afirma: “Ela é pressuposta pela *razão* (dogmática), isto é, ela encarna, diríamos nós, o próprio princípio da inegabilidade dos pontos de partida. Essa norma aparece, então, como uma *condição* do pensar dogmaticamente o direito.”

<sup>238</sup> Para Bercovici (2005, p. 40), “norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto, contrariando as intenções de seus divulgadores. Toda norma incômoda passou a ser classificada como ‘programática’, bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição e, especialmente, da Constituição Econômica e dos direitos sociais.” A categoria de “norma programática”, lembra Bercovici (2009, p. 732), já tinha sido utilizada por doutrinadores para bloquear a eficácia das Constituições de 1934 e 1946, mas ainda não integrava um “corpo teórico acabado e sistematizado no sentido da não concretização dos direitos sociais.”

<sup>239</sup> Embora por vezes realizando leituras, acréscimos e adaptações originais, a América Latina é historicamente um espaço de recepção de teorias jurídicas produzidas nos países centrais, como sustenta Medina (2009a, p. 66-67). Nesse sentido, Medina (2009a, p. 84, tradução minha) afirma que: “Nesse modelo de dependência e subordinação teórica, os atores locais são despidos de capacidade para produção válida de conhecimento jurídico.” No original: “En este modelo de dependencia y subordinación teórica, los actores locales son despojados de agencia en la producción válida de saber iusteórico.” Ou seja, a região tradicionalmente demonstra pouca capacidade para desenvolver teorias próprias sobre o direito estatal.

<sup>240</sup> No caso da Colômbia, Rodríguez-Garavito (2011, p. 171) relata que Dworkin chegou a comentar e a sugerir alterações à primeira versão do projeto da Constituição de 1991 em reuniões com integrantes do governo colombiano em Nova Iorque. Essas sugestões foram incorporadas no texto final aprovado. Ávila (2009, p. 187) afirma que “[...] o fortalecimento do que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil.”

contribuíram para uma recepção inicial foram Paulo Bonavides<sup>241</sup> e Eros Grau<sup>242</sup>, que passaram por estadias de pesquisa em universidades e institutos na Europa. Em geral, uma justificativa para essa recepção é que teorias críticas ao formalismo contribuiriam para uma maior eficácia das Constituições transformadoras então recém-promulgadas em diversos países. Um novo tipo de Constituição exigiria uma nova teoria do direito. É o que defendeu Klare (1998, p. 151) em relação à África do Sul após sua Constituição de 1996: a superação de teorias formalistas tradicionais permitiria que o Judiciário atuasse de forma mais intensa em processos de transformação social. Uma nova cultura jurídica deveria ter como base a união entre direito e política na adjudicação judicial, ao contrário da tradição liberal que, segundo Klare (1998, p. 157-159), insiste na sua radical separação<sup>243</sup>. Dessa forma, os juízes teriam mais possibilidades para realizar uma interpretação ampla, criativa e inovadora da Constituição da África do Sul (KLARE, 1998, p. 169-171)<sup>244</sup>.

Para Dworkin (2010, p. 46), um dos autores cujas ideias foram amplamente recepcionadas no Brasil, as normas jurídicas não consistem apenas em regras, como supõe o “positivismo jurídico”, mas também em princípios, cuja existência é manifesta, uma vez que “estão por toda a parte, à nossa volta”<sup>245</sup>. Um princípio consiste em “razão que conduz o argumento em uma certa direção” e possui uma dimensão de “peso ou importância”, devendo ser ponderado com outros princípios no julgamento de casos concretos (DWORKIN, 2010, p. 41-42). Os princípios, segundo Dworkin (2010, p. 64), não são elaborados da mesma forma que regras, uma vez que sua origem “não se encontra na decisão

---

<sup>241</sup> No prefácio da quarta edição da sua obra *Curso de Direito Constitucional* publicada em 1993, Bonavides (2016, p. 20) passa a sustentar uma concepção “pós-positivista” de Direito Constitucional. Além disso, afirma que o “velho positivismo ortodoxo” sofreu “golpes profundos e crítica lacerante [...] capitaneada sobretudo por Dworkin” (BONAVIDES, 2016, p. 270).

<sup>242</sup> Grau (2016, p. 99, grifos do autor) afirma que “passou a prevalecer entre nós desde a última década do século XX o *paradigma dos princípios*. De um lado, a nova Constituição, que se afirmava ser essencialmente principiológica. De outra banda, à mesma época passou a ser divulgado entre nós o *Taking rights seriously*, de Dworkin, introduzindo indagações e provocando pesquisas. [...] talvez eu tenha sido um dos primeiros autores brasileiros a escrever, de modo detido e forma sistemática, sobre esse ‘novo paradigma’ em minha tese [Contribuição para a interpretação e a crítica da Ordem Econômica na Constituição] [...] escrita entre 1988 e 1989 [...]”

<sup>243</sup> Klare (1998, p. 166-167) define “cultura jurídica” como o estilo de raciocínio, tendências intelectuais e práticas profissionais aceitas e por vezes naturalizadas por juristas. O autor é influenciado pelo *critical legal studies* norte-americano, em especial por Duncan Kennedy. Klare (1998, p. 159) considera Dworkin um “exemplo” do “melhor da teoria contemporânea”, em razão de sua crítica à distinção entre direito e política.

<sup>244</sup> No entanto, Klare (1998, p. 170) adverte que em alguns casos nos Estados Unidos do início do século XX, métodos jurídicos considerados inovadores foram dissociados de decisões judiciais politicamente progressistas. Nesse sentido, uma mudança na cultura jurídica por si só não é suficiente para produzir resultados judiciais transformadores, e na verdade pode até mesmo produzir o efeito contrário.

<sup>245</sup> Para Dworkin (2010, p. 35), a sua crítica é um “ataque geral contra o positivismo”, embora se dirija sobretudo a Herbert Hart. A tradução brasileira da obra *Levando os direitos à sério* foi publicada em 2002, embora a edição original em inglês seja de 1977.



particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.” No mesmo sentido, Dworkin (2010, p. 65) afirma que um princípio está relacionado com “as práticas morais contemporâneas”<sup>246</sup>.

Além disso, um mesmo dispositivo legal pode ser interpretado como uma regra ou princípio, uma vez que, para Dworkin (2010, p. 43), “a forma de um padrão [normativo] nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio.” Nesse sentido, afirma Dworkin (2010, p 43-44, grifos meus):

Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer – é possível que não se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar; esse ponto pode ser ele próprio foco da controvérsia. A primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos contém uma disposição determinando que o Congresso não pode cercear a liberdade de expressão. *Será esta uma regra, de modo que se alguma lei específica cercear a liberdade de palavra, se poderá concluir que se trata de uma lei inconstitucional?* Os que afirmam que a primeira emenda é ‘um absoluto’ dizem que ela deve ser vista dessa maneira, isto é, como uma regra. *Ou ela meramente enuncia um princípio, de modo que, se um cerceamento da liberdade de expressão for descoberto, ele será inconstitucional a menos que seu contexto revele a existência de uma outra política ou princípio que, nas circunstâncias, tenha força suficiente para permitir esse cerceamento?* Essa é a posição do que defendem o teste do ‘perigo real e iminente’ ou alguma outra forma de ‘ponderação’.

Nesse trecho, portanto, Dworkin sugere que considerar uma norma como regra, e não como princípio, é mais favorável para sua eficácia. No entanto, mesmo que uma norma seja identificada como regra, Dworkin parece indicar que um princípio moral pode se sobrepor a ela em caso de conflito. No exemplo de uma cláusula considerada injusta em contrato de compra e venda, Dworkin (2010, p. 42) afirma:

[...] se uma cláusula específica parecer injusta ou onerosa, os tribunais têm menos razões para fazê-la cumprir do que se a cláusula disser respeito à compra de gravatas. A ‘obrigação especial’ conta a favor, mas em si mesma ela não compele a uma decisão que recuse fazer valer os termos de um contrato de compra de um automóvel.

No mesmo sentido, ao se perguntar “Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor?”, Dworkin (2010, p. 59-60) afirma que “é necessário,

---

<sup>246</sup> Dessa forma, considera plausível que um vegetariano possa pleitear nos tribunais que todos indivíduos tenham o dever de não comer carne, embora não previsto em lei, “em razão da regra moral fundamental segundo a qual é sempre errado eliminar qualquer forma de vida, em quaisquer circunstâncias” (DWORKIN, 2010, p. 84).

embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação.”

De modo geral, Dworkin tende a admitir e até mesmo a incentivar que, em situações que possam provocar injustiças, os tribunais utilizem princípios, ainda que não previstos no direito positivo, para justificar decisões judiciais. Além disso, ao sustentar que o mesmo dispositivo legal pode ser interpretado como uma regra ou como um princípio, como no exemplo da cláusula constitucional de liberdade de expressão, permite que uma norma estatal tenha mais ou menos eficácia. Nesse sentido, a recepção desses aspectos da teoria de Dworkin, que integram o eixo central da sua obra, contribui para o uso mais frequente de princípios morais e da ponderação pelos tribunais em suas decisões.

Diferentemente de Dworkin, Alexy (2008) não enfatiza a possibilidade de uso direto de princípios morais pelos tribunais como fundamento para decisões judiciais. No entanto, à semelhança de Dworkin, reconhece que um mesmo texto legal pode ser interpretado como regra ou princípio (ALEXY, 2008, p. 141). Um princípio, ao contrário da regra, pode ser realizado apenas em parte, a depender de condições fáticas (as possibilidades reais para concretização total da norma) e jurídicas (eventuais conflitos com outros princípios), segundo Alexy (2008, p. 90). Essa é a denominada diferença estrutural entre regra e princípio. Podem ser compreendidas como princípios “tanto as normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos quanto as normas que exigem a persecução de um interesse da comunidade” (ALEXY, 2008, p. 106). Como exemplo de “interesse da comunidade”, Alexy (2008, p. 95) cita o princípio da “operacionalidade do direito penal” utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão.

Na ponderação entre princípios conflitantes em um caso concreto, Alexy (2008, p. 103-104) sustenta que todos devem ser realizados na “maior medida possível”, considerando as condições fáticas e jurídicas existentes, uma vez que se tratam de “mandamentos de otimização”. Para isso, Alexy (2008, p. 116-117) desenvolve, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão na aplicação da Constituição de 1949, a chamada “máxima da proporcionalidade”, composta pelas “três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”, que “decorre logicamente da natureza dos princípios [...]”. Enquanto que as duas primeiras máximas parciais remetem à análise de condições fáticas,

como as consequências da decisão, a terceira implica um sopesamento entre interesses e direitos previstos em normas<sup>247</sup>.

A recepção da teoria de Alexy, como realizado por Silva (2002; 2003), tende também a contribuir para um aumento da discricionariedade na justificação de decisões judiciais. Embora receba a denominação de “mandamento de otimização”, o ponto de partida da aplicação de um princípio é que não pode ser realizado integralmente<sup>248</sup>. A aplicação máxima da norma é considerada inviável pelo intérprete, que acaba fixando o que é possível e o que não é, até mesmo diante de normas constitucionais bastante claras. Ou seja, uma vez considerada uma norma como princípio, seja em razão de eventuais conflitos com outras normas, seja em razão de condições fáticas, a interpretação literal pode ser substituída por técnicas de ponderação. Dessa forma, a teoria de Alexy permite justificar a restrição da aplicação de uma norma sem deixar de reconhecer sua validade geral<sup>249</sup>. Na ponderação de princípios, embora tenha uma estrutura de argumentação, o intérprete desenvolve uma série de considerações sobre meios adequados para realizar a norma e consequências da decisão judicial, além de realizar, em último grau, uma escolha entre valores<sup>250</sup>. Dessa forma, a teoria de Alexy permite ampliar a discricionariedade judicial, sobretudo em situações em que o sentido literal do texto normativo é bastante evidente, uma vez que incorpora de forma mais intensa diversos elementos normativos e fáticos na sua interpretação.

Além da síntese das ideias de Alexy, Silva (2002, p. 44, grifos do autor) sugere que os direitos fundamentais na Constituição brasileira são, na maior parte, princípios como definidos por Alexy, ou seja, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.” Barroso e Barcellos (2005, p. 305) também indicam para uma equiparação entre os “princípios gerais” previstos no art. 5º

---

<sup>247</sup> Segundo Silva (2002, p. 31), a vantagem da máxima (ou regra) da proporcionalidade é que fornece um “processo racional e estruturado” para realizar a ponderação e justificar a decisão judicial em casos de conflitos entre princípios. Esta regra apresenta uma “*estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida” (SILVA, 2002, p. 30, grifos do autor).

<sup>248</sup> Silva (2003, p. 612, grifos do autor) ressalta que a definição de princípio em Alexy destoa da tradicionalmente adotada no Brasil, em que princípios costumam ser definidos como “*as normas mais fundamentais do sistema*”. Nessa visão tradicional, normas consideradas como princípios são mais relevantes e tendem a prevalecer sobre as regras, as quais, por sua vez, devem concretizar os princípios.

<sup>249</sup> Em sentido semelhante, Barroso e Barcellos (2005, p. 288-289) afirmam que “os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados em maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade.”

<sup>250</sup> Nesse sentido, Shecaira e Struchiner (2016, p. 99) citam exemplo de julgamento do STF em que dois ministros seguiram a estrutura argumentativa da regra da proporcionalidade e chegaram a conclusões distintas. Ávila (2009) é crítico do uso de princípios pelos tribunais, pois implica “subjetivismo judicial” e arbitrariedade, especialmente se houver regra expressa sobre o tema no ordenamento jurídico. Para uma crítica à ponderação na literatura alemã, conferir, por exemplo: Fischer-Lescano (2016).

da Constituição brasileira e a definição de princípio de Alexy<sup>251</sup>. Além disso, Silva defende o uso da “regra da proporcionalidade” de Alexy para a ponderação de princípios na Constituição em razão da “própria estrutura dos direitos fundamentais” (SILVA, 2002, p. 43, grifos do autor), visando “fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial” (SILVA, 2002, p. 24, grifos do autor). Para Silva (2002, p. 28), a “regra da proporcionalidade” é uma forma de “controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos [...]”. Dessa forma, uma lei restritiva de direitos fundamentais previstos na Constituição seria justificável se considerada “proporcional” e beneficiasse outro direito fundamental ou “interesse coletivo” (SILVA, 2002, p. 24).

Em linhas gerais, portanto, a recepção de Dworkin e Alexy contribui, em alguma medida, para que as práticas judiciais no Brasil sejam menos orientadas pelo direito positivo, uma vez que ampliam a margem de justificação de decisões judiciais para além da moldura fornecida pela norma jurídica, como propõe Kelsen<sup>252</sup>. Nesse sentido, teorias críticas ao formalismo jurídico contribuem para legitimar decisões *fora* da moldura normativa. O direito positivo deixa de ser o referencial privilegiado para justificar e avaliar decisões judiciais, e passa a ser incentivado a incorporação de diversos elementos morais e fáticos no processo de interpretação<sup>253</sup>.

No contexto brasileiro pós-1988, em que o direito positivo incorporou diversas normas com conteúdo transformador, é possível que teorias críticas ao formalismo jurídico sejam utilizadas para justificar a restrição de direitos constitucionais, para além do que seria justificável segundo a moldura normativa de Kelsen<sup>254</sup>. No Brasil, há fortes pressões de grandes grupos econômicos e de interesses estrangeiros contrárias a algumas normas constitucionais, sobretudo no período neoliberal e no de crise política. Além disso, o perfil

---

<sup>251</sup> Barroso (2005, p. 10-11) afirma que a teoria dos princípios integram o marco teórico do neoconstitucionalismo no Brasil. Para uma crítica às teses de Barroso sobre a história constitucional brasileira, como a ideia de que a Constituição de 1988 é o “marco-zero” do constitucionalismo, conferir Lynch e Mendonça (2017).

<sup>252</sup> Barroso e Barcellos (2005, p. 280-285) e Silva (2003, p. 609-611) tendem a aproximar Dworkin e Alexy, uma vez que ambos contribuem para uma teoria dos princípios.

<sup>253</sup> Tanto Kelsen quanto demais autores estão sujeitos a usos e leituras imprecisas. No entanto, embora se possa distinguir entre leituras e usos mais ou menos corretos de teorias produzidas em outros contextos, existe uma influência predominante dessas teorias sobre a prática dos tribunais, contribuindo para uma prática mais ou menos formal, por exemplo.

<sup>254</sup> Em sentido semelhante, Ferrajoli (2011, p. 34, tradução minha) aponta que a distinção entre princípios e regras como proposta por Dworkin e Alexy pode contribuir para o “debilitação da normatividade das Constituições.” Nesse sentido, “Seu aspecto mais insidioso é a redução radical do valor vinculante de todos os princípios, especialmente se eles são de nível constitucional.” No original: “Su aspecto más insidioso es la radical reducción del valor vinculante de todos los principios, tanto más si son de rango constitucional.” (FERRAJOLI, 2011, p. 40).

da magistratura brasileira não passou por mudanças abruptas no período pós-1988, tendo prevalecido, na verdade, uma certa continuidade. Uma parte da magistratura reluta em aderir a algumas normas constitucionais. Nesse sentido, é possível que magistrados contrários a normas constitucionais utilizem argumentações não formalistas. Ou seja, a mudança de teoria ocorreu sem uma mudança abrupta na magistratura. Por fim, no período pós-1988 movimentos sociais tendem a lutar pela aplicação dos direitos constitucionais existentes. É uma situação distinta em relação ao regime militar, em que as normas continham um conteúdo autoritário<sup>255</sup>. No período neodesenvolvimentista, em especial, movimentos sociais exerciam cargos no Executivo e Legislativo, concentrando sua atuação em torno desses poderes. Dessa forma, tendiam a recorrer ao Judiciário apenas para demandar a aplicação e defender a constitucionalidade de normas favoráveis aos movimentos sociais<sup>256</sup>. Nesse contexto, não era necessário priorizar a atuação judicial e estimular a recepção de teoria crítica ao formalismo jurídico para promover a transformação social.

Dessa forma, é possível que os efeitos da recepção dessas teorias no Brasil sejam distintos dos seus efeitos no contexto em que foram produzidas<sup>257</sup>. Por exemplo, nos Estados Unidos a teoria de Dworkin pode ter contribuído para legitimar uma atuação progressista dos tribunais, em razão de pressões sociais favoráveis tanto de movimentos sociais como de grupos da elite econômica, como ocorreu nos julgamentos sobre direitos civis de negros<sup>258</sup>. Na experiência brasileira pós-1988, considerando que a Constituição contém diversas normas transformadoras, não é necessário mobilizar teorias críticas ao formalismo jurídico

---

<sup>255</sup> Em relação à experiência italiana, Bobbio (2016, p. 28) afirma, em texto de 1965, que nos primeiros anos da transição do regime liberal para a ditadura, o positivismo jurídico tinha um efeito progressista de restringir o arbítrio do Estado. No entanto, com a consolidação da ditadura e sua nova legalidade, o positivismo passou a ter um efeito conservador, pois contribuía para legitimar o novo regime. Nesse sentido, afirma que o “[...] valor progressista ou reacionário [das ideologias jurídicas] depende das circunstâncias históricas em que são sustentadas e dos partidos que a elas se ligam. [...] pode-se dizer que, ao lado do positivismo reacionário, contra o qual fermenta há anos a batalha, existiu também um positivismo liberal.” (BOBBIO, 2016, p. 29). No contexto do regime militar brasileiro, Lyra Filho (1980) criticou a forma dogmática de pensamento e a identificação entre direito e lei promulgada pelo Estado. Em trabalho de 1982, Lyra Filho (2012, p. 10, grifos do autor) parece contextualizar essa crítica pois “depende, é claro, *de que* Estado, concretamente, surge a legislação – se ele é autoritário ou democrático; se reveste uma estrutura social espoliativa ou tendente à justiça social efetiva e não apenas demagógica e palavrosa; se a classe social que nele prevalece é a trabalhadora ou a capitalista; [...]”

<sup>256</sup> No entanto, é possível que alguns movimentos tenham priorizado a atuação no Judiciário, como o movimento de mulheres na defesa da descriminalização do aborto e o movimento LGBT de modo geral.

<sup>257</sup> Faria (1989b, p. 8) afirma que as “implicações políticas e ideológicas do legalismo estrito e do positivismo normativista” podem variar conforme os diferentes contextos sociais e históricos (FARIA, 1989b, p. 8).

<sup>258</sup> Para Schauer (2008, p. 435, tradução minha), o formalismo na prática judicial tem uma “dimensão contingente, contextual e política”, relacionado ao “desenho institucional” dos tribunais. Na experiência norte-americana, o formalismo foi mais criticado nas décadas de 1950 e 1960 em que a Suprema Corte liderada por Earl Warren proferiu decisões inovadoras e progressistas. No entanto, no período pós-2001, o formalismo voltou a ser defendido em razão de uma composição mais conservadora da Suprema Corte e da promulgação de uma legislação conservadora contrária a direitos individuais previstos na Constituição norte-americana.

para justificar decisões com efeitos sociais transformadores. Ao contrário, em razão sobretudo de fortes pressões internacionais e de grandes grupos econômicos, podem servir para justificar a redução de aplicação de direitos constitucionais.

A recepção e fortalecimento de teorias críticas ao formalismo jurídico ocorreu em diversas universidades brasileiras, seja por meio do ingresso de docentes que defendem essas teorias, seja por meio da sua ascensão na carreira profissional. Além disso, até mesmo autores tradicionais mudaram de posição em relação a escritos anteriores, como ocorreu com Ferraz Jr. (2014), que passou a defender a necessidade de uma nova dogmática jurídica com base em princípios<sup>259</sup>. Houve uma profusão de textos e disciplinas universitárias que difundiram teorias críticas ao formalismo jurídico. É possível que a recepção e sucesso de uma teoria não se explique apenas por questões de mérito acadêmico. Na verdade, pode estar relacionado a distintas pressões sociais, contexto institucional das universidades e agenda de agências de financiamento, por exemplo. A associação entre acadêmicos e grandes empresas é potencializada pelo exercício da advocacia privada por diversos professores<sup>260</sup>. As instituições acadêmicas dos países centrais por vezes patrocinam agendas intelectuais no Brasil, o que pode ser considerado um reflexo de relações internacionais desiguais mais amplas<sup>261</sup>. As universidades brasileiras por vezes não exercem um papel de mediação e de reflexão autônoma no processo de recepção de teorias estrangeiras. A excessiva valorização de teorias de origem europeia e norte-americana na formação acadêmica, locais considerados berços do pensamento jurídico moderno, favorece até mesmo que profissionais do direito

---

<sup>259</sup> Por exemplo, Ferraz Jr. (2014, p. 95) afirma: “como ‘razões para ação’, princípios passam a ser aplicados diretamente (e não, como no passado, apenas para preenchimento de lacunas ou em casos de antinomia e obscuridade normativa). Com isso, a questão, para a dogmática constitucional deixa de ser, propriamente, a possibilidade de uma interpretação correta ou objetivamente válida, mas, sim, qual aquela está mais bem ou suficientemente justificada, diante das exigências de legitimação de consequências futuras dos casos a decidir.”

<sup>260</sup> Para Garth (2016), as mudanças no posicionamento de juristas na experiência norte-americana estão relacionadas à agenda das elites econômicas. Nesse sentido, Garth (2016, p. 17, tradução minha) afirma: “O poder econômico muito forte dos que se opõem ao estado ativista explica por que acadêmicos do direito e outras áreas favoreceram o direito e a economia, pesquisas jurídicas empíricas e o direito e a economia comportamental. Não foi uma mudança na ideologia como tal ou na ‘moda’ acadêmica como tal. Foi uma mudança de poder afastando-se do *establishment* liberal, e o direito e os juristas se reinventaram para manter sua posição social.” No original: “The very strong corporate power of those opposed to the activist state explains why legal and interdisciplinary scholars favored law and economics, empirical legal studies, and behavioral law and economics. It was not a shift in ideology as such or in academic ‘fashion’ as such. It was a shift in power away from the liberal establishment, and law and lawyers reinvented themselves in order to maintain their social position.”

<sup>261</sup> Sobre o papel das universidades e da ciência nas relações internacionais desiguais, conferir Santos (2017b). Em sentido semelhante, Koerner (2009, p. 203-204) afirma: “[...] nossas instituições acadêmicas são comparativamente mais frágeis do que as dos países centrais. Isso não significa apenas que é limitada nossa capacidade de formulação autônoma de modelos analíticos e propostas de políticas públicas, mas também se relaciona com o fato de que os modelos e políticas formulados nos países centrais colocam-se como pressões políticas e influências diretas sobre os centros de decisão política, sem (ou com limitada) mediação da reflexão teórica elaborada em nossos países.”

estejam mais propensos a seguir agendas políticas e intelectuais de universidades desses países. Além disso, é possível que um dos fatores que contribuem para a recepção e sucesso de teorias críticas ao formalismo jurídico é justamente seus possíveis efeitos na prática judicial. Nesse sentido, é comum acadêmicos integrarem relevantes *think tanks* que possuem objetivos explicitamente políticos e compõem redes internacionais<sup>262</sup>. Ou seja, a dinâmica de recepção de teorias está vinculada a interesses nos espaços de recepção, na medida que o conhecimento é uma das formas de influenciar a atuação dos tribunais. De modo geral, o maior prestígio acadêmico das teorias críticas ao formalismo, em universidades estrangeiras e nacionais, contribui para seu uso pelos tribunais brasileiros.

Como hipótese, o uso dos “princípios” e da “ponderação” ocorre em situações mais restritas, nas quais há forte pressão social contrária à Constituição, e não na generalidade dos casos, em especial nos que envolvem contratos, tributos e questões societárias, por exemplo<sup>263</sup>. O uso de princípios pode provocar uma imprevisibilidade que não é compatível com a dinâmica de negócios e os interesses de grandes empresas<sup>264</sup>. No entanto, ainda que grandes empresas não utilizem a figura dos princípios nas suas relações entre si e com o Estado, podem incentivar que os tribunais os utilizem em casos relevantes em que se opõem a normas constitucionais. Na esteira da sociologia do direito proposta por Santos (1980; 2014a), é possível afirmar que a recepção de teorias críticas ao formalismo contribui para reduzir o nível de institucionalização da função jurídica do Estado e aumentar o espaço da retórica, ao menos em casos específicos de elevado impacto social<sup>265</sup>. Nesse sentido, a

---

<sup>262</sup> Em sentido semelhante, Dezalay e Garth (2008, p. 739 e 742) afirmam que *think tanks* e fundações têm papel relevante para formação de profissionais e para formulação de projetos de poder, atuando muitas vezes em parceria com universidades. Santos (2018, p. 408-410) destaca o crescente papel de *think tanks* durante a crise política no Brasil.

<sup>263</sup> É possível cogitar usos transformadores de teorias críticas ao formalismo pelos tribunais, como no cenário de algum tipo de “ponderação” do direito de propriedade ou da responsabilidade fiscal do Estado, que poderiam ser considerados como “princípios”. Essa ponderação poderia justificar a restrição dessas normas para favorecer a realização de um direito social ou da reforma agrária, por exemplo. Nesse sentido, teorias críticas ao formalismo poderiam legitimar decisões que contrariassem interesses de grandes grupos econômicos, indo além das previsões constitucionais expressas de inclusão social. No entanto, em razão do contexto político e institucional brasileiro, não é esse o uso mais provável. Uma atuação transformadora ou conservadora dos tribunais não é determinada apenas pela recepção de teoria críticas ao formalismo jurídico.

<sup>264</sup> Como hipótese, é possível que grandes grupos econômicos tenham mais tolerância com uma decisão que contrarie seus interesses baseada em aplicação literal do direito do que em sopesamento de princípios. Uma interpretação literal está mais próxima da dinâmica de negócios e reflete uma decisão previamente tomada no Congresso, entre outros motivos.

<sup>265</sup> A covariação entre institucionalização, coerção e retórica em sistemas jurídicos é proposto por Santos (1980, p. 61; 2014a, p. 45). Para Santos (1980, p. 50; 2014a, p. 36), a “atuação padronizada e impessoal sujeita a critérios específicos de competência e a princípios e normas de racionalidade sistêmica” está “muito próximo [...] do conceito de racionalidade formal de Max Weber”. Santos (1980, p. 50; 2014a, p. 36) lembra que “A institucionalização plena da função jurídica não é mais do que um tipo ideal no sentido de Max Weber.” Ou seja, trata-se de um conceito analítico elaborado a partir de uma acentuação unilateral de diversos fenômenos sociais, sem existência real em sua plenitude.

atuação dos tribunais deixa de ser “padronizada e impessoal”, baseada em normas jurídicas, e incorpora elementos da argumentação *tópica*, isto é, baseada em lugares-comuns socialmente aceitos visando o convencimento<sup>266</sup>. Portanto, essas distintas teorias do direito contribuem para legitimar uma prática jurídica fragmentária e heterogênea dos tribunais.

Em suma, uma variável relevante para analisar a atuação dos tribunais são as teorias do direito prevalentes pois orientam distintas formas de argumentação na justificação de decisões judiciais. No período pós-1988, o direito positivo estatal no seu nível mais elevado, a Constituição, incorporou um conteúdo transformador. Foi neste momento em que o formalismo jurídico passou a ser objeto de críticas acadêmicas mais fortes<sup>267</sup>. A recepção de teorias críticas ao formalismo jurídico no Brasil ocorreu em contexto em que interesses estrangeiros e grandes grupos econômicos se opunham à realização de normas transformadoras da Constituição, o que pode ter favorecido de algum modo essa recepção. Além disso, não houve mudanças abruptas no perfil dos magistrados, prevalecendo, ao contrário, uma certa continuidade de valores socialmente conservadores nos tribunais. A recepção de teorias críticas ao formalismo, no contexto brasileiro, tem potencial para legitimar uma prática judicial conservadora dos tribunais, isto é, que restrinja a aplicação de direitos constitucionais.

---

<sup>266</sup> Essa ideia de convencimento é identificável em Barroso e Barcellos (2005, p. 298), os quais sustentam que uma argumentação “suficientemente lógica e racional” pode “conquistar a adesão de um universo de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas”. Barroso e Barcellos (2005, p. 291) incorporam contribuições de autores da “teoria da argumentação”, como Perelman, e defendem o “controle de legitimidade” de decisões judiciais por meio do exame da consistência, “correção” e “racionalidade” dos argumentos utilizados.

<sup>267</sup> Para Barroso e Barcellos (2005, p. 276, grifos dos autores), “a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê sua interação com os *atos*, tal como pronunciada por um *intérprete*.” Em trabalho mais recente, Grau (2016, p. 22) faz uma “defesa da legalidade e do direito positivo”, tecendo críticas às teorias dos princípios. Nesse sentido, Grau (2016, p. 175) afirma: “É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpretado criticamente a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. [...] Outra coisa é a pretensão de substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de Direito [...]” Para uma crítica às teorias de Dworkin e Alexy e sua recepção no Brasil, com base na teoria dos sistemas de Luhmann, conferir Neves (2019).



### **CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

As variáveis indicadas no capítulo anterior influenciam todo o Judiciário, desde os tribunais regionais e estaduais até os tribunais superiores. Neste capítulo, essas variáveis são mobilizadas para analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário do capítulo anterior em que foram discutidas de forma mais autônoma, as variáveis neste momento são agrupadas. Enquanto órgão de cúpula do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal acumula competências originárias, como ações de controle concentrado de constitucionalidade e processos criminais contra agentes políticos, e recursais, julgando em definitivo processos iniciados em outras instâncias judiciais. O STF profere decisões de elevado impacto que orientam os demais tribunais e pautam a relação do Judiciário com os outros poderes. Em razão desse amplo rol de atribuições, o STF tende a sofrer mais pressões do que os demais órgãos judiciais. Por isso, as variáveis apontadas no capítulo anterior incidem de modo específico sobre o STF.

Como as variáveis exercem influência conjunta e simultânea sobre o STF, propõe-se a analisar um dos principais resultados da sua atuação: a decisão judicial<sup>268</sup>. A atuação judicial é mais ampla do que a decisão em si, pois abrange, por exemplo, diferentes ritmos de andamento de processos semelhantes e até mesmo a ausência de julgamento de um processo. De todo modo, as decisões judiciais efetivamente proferidas são uma referência fundamental na análise da atuação do STF. O foco é um tipo específico de atuação do tribunal: os casos mais relevantes e com elevado potencial de impacto em temas de transformação social. Consideram-se sobretudo as decisões sobre direitos sociais, direitos individuais para grupos em posição de desigualdade e atuação do Estado na economia.

No primeiro item do capítulo, desenvolve-se uma reflexão sobre métodos de pesquisa empírica utilizados nesta tese para analisar o STF. Não é possível estudar de forma abrangente a atuação do tribunal sem utilizar métodos empíricos. De modo geral, aponta-se para a necessidade de se adotar múltiplos métodos de pesquisa, e não só a análise do conteúdo de decisões judiciais como é comum na área do Direito, para compor um quadro empírico mais amplo. A reflexão metodológica neste item contribui para situar e caracterizar os métodos utilizados nos itens seguintes, indicando para suas potencialidades e limites.

No segundo item, caracteriza-se, em linhas gerais, a atuação do STF no período pós-1988 em temas de transformação social, por meio da análise de acórdãos de julgamentos

---

<sup>268</sup> Nos termos de Marconi e Lakatos (2003, p. 138), nesta tese variável é fator que “influencia, determina ou afeta” a atuação do STF, isto é, “fator determinante, condição ou causa para determinado resultado, efeito ou consequência”.

emblemáticos. Este enfoque panorâmico sobre um período de 30 anos permite refletir de forma mais global sobre o STF, as relações do tribunal com o contexto político e eventuais mudanças na sua atuação. Embora alguns acórdãos selecionados já tenham sido objeto de estudos na área do Direito, é pouco comum vinculá-los ao contexto político, indicar os fatores que influenciam a decisão e inseri-los em panorama mais amplo sobre a atuação do tribunal em temas de transformação social. De modo geral, por meio dessa abordagem panorâmica, sustenta-se que existe uma correlação entre a atuação do STF e as variáveis discutidas no capítulo anterior, em especial os interesses estrangeiros e de grandes grupos econômicos brasileiros.

No terceiro item, realiza-se o estudo aprofundado de caso selecionado do Supremo Tribunal Federal, por meio da análise de processos judiciais, de entrevistas de profissionais do direito e de documentos diversos. O estudo de caso adota a estratégia da “exemplaridade” (SANTOS, 2016, p. 12), isto é, analisa um exemplo qualitativamente significativo para indicar elementos gerais da atuação do STF<sup>269</sup>. O caso escolhido são os julgamentos do STF sobre presunção de inocência no HC 126.292 e na Medida Cautelar das ADC 43 e ADC 44, no contexto de crise política. A história recente do tribunal confunde-se em alguma medida com sua atuação nesses processos. Os eixos de análise são as causas para essa mudança de jurisprudência sobre presunção de inocência e suas consequências. A hipótese principal é que a atuação do STF pode ser caracterizada como conservadora e informal e que ocorreram fortes pressões de interesses internacionais e de grandes grupos econômicos brasileiros que contribuíram para essa atuação. Em suma, este capítulo fornece aportes empíricos sobre a atuação do STF em temas de transformação social no período pós-1988, à luz da discussão teórica desenvolvida no capítulo anterior.

### **3.1. Notas metodológicas**

Um dos métodos de pesquisa utilizado é a análise de acórdãos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. O acórdão é um documento que contém a decisão judicial e sua justificativa, além de um resumo geral do processo elaborado pelo relator. Na ótica de Kelsen, o acórdão não é um documento como os demais no processo judicial, a exemplo de

---

<sup>269</sup> O estudo de caso é utilizado por Boaventura de Sousa Santos em diversos dos seus trabalhos. Nesse sentido, Santos (2016, p. 12-13) afirma: “esse método pressupõe a distinção entre representatividade qualitativa e representatividade quantitativa, sendo que esta última é a concepção dominante de representatividade nas ciências sociais. [...] A representatividade do caso reside no modo como ele revela as condições e contradições sociais, políticas e culturais que estão para além dele, mas que têm um impacto decisivo nas interações e práticas que o constituem.”

atas de audiência e petições das partes, mas sim uma norma jurídica pois estabelece comandos direcionados à conduta de indivíduos. Nesse sentido, a decisão judicial é uma norma jurídica tanto quanto uma lei. A diferença é que esta tem um caráter geral (múltiplos indivíduos) e abstrato (múltiplas situações), e aquela refere-se em geral a indivíduos específicos numa situação concreta. A descrição de acórdãos judiciais é também uma descrição de normas.

A análise de acórdão contribui para captar a justificativa necessária para qualquer decisão judicial. A análise de acórdão busca sistematizar os argumentos utilizados pelos magistrados. A aceitação da decisão em geral, e por juristas em específico, reside em boa medida na sua justificativa. Utilizando a imagem de “moldura” proposta por Kelsen, a legitimidade de uma decisão judicial depende de que sua justificativa esteja de acordo com as normas jurídicas superiores. Isto é, a decisão é legítima se estiver no âmbito da “moldura” fornecida pela norma. Nesse sentido, a análise de acórdão possibilita identificar se o tribunal mobilizou uma argumentação formal com base em normas jurídicas, ou informal com uso de elementos retóricos.

No entanto, como todo método de pesquisa, a análise de acórdão apresenta limites. Embora seja útil para captar a justificativa da decisão, as pressões a que os tribunais estão submetidos e que influenciam o processo de tomada de decisão por vezes não são perceptíveis no acórdão. A tomada de decisão ocorre num contexto de múltiplas pressões e conflitos de interesse. Nesse sentido, a justificativa no acórdão pode não coincidir, ao menos em parte, com o processo de decisão. Essa distinção entre os processos de tomada de decisão, de um lado, e de justificação, de outro, é relevante porque acontecem em momentos distintos nos tribunais e não de forma simultânea. No caso de um ministro do STF, a tomada de decisão, sobretudo nos casos mais relevantes, ocorre no seu cotidiano, seja no gabinete por meio do diálogo com assessores e advogados das partes, seja em eventos fora do gabinete. A sessão de julgamento é o momento de apresentação da justificativa jurídica da decisão tomada, isto é, o seu voto<sup>270</sup>. De toda forma, existe uma conexão entre ambos momentos, uma vez que em geral a exigência de justificação jurídica limita as possibilidades de decisão

---

<sup>270</sup> Existem ordens jurídicas nas quais a tomada de decisão e sua justificação ocorrem de forma simultânea, por meio de audiências com a presença das partes e debates orais de cunho retórico. É o caso do direito da comunidade do Rio de Janeiro analisado por Santos (1980, p. 20), sobre o qual afirma: “A construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, mas esta, sem deixar de ser um produto do discurso, é também discurso produzido; é, simultaneamente, a medida do discurso e o discurso medido”. Nesse caso, a distinção entre tomada de decisão e sua justificação é menos relevante do que na análise dos tribunais.

do magistrado. Nos tribunais a margem de decisão tende a ser limitada, em alguma medida, pela exigência de justificação com base em normas jurídicas.

Uma vez que a análise de acórdão não permite captar o processo anterior de tomada de decisão, é necessário utilizar outros métodos de pesquisa para explicar a atuação dos tribunais. Ou seja, como diversos fatores influenciam a decisão do tribunal, é necessário utilizar diversos métodos para captar a incidência desses fatores. A análise de acórdãos enquanto método de pesquisa exclusivo e desconsiderando seus limites tende a contribuir para a ilusão de que o processo de tomada de decisão e o processo de justificação são integralmente sobrepostos. No estudo de caso realizado neste capítulo sobre o HC 126.292 e as ADCs 43 e 44, são utilizados os seguintes métodos: a análise do processo judicial como um todo, entrevistas com profissionais do direito e análise de documentos diversos<sup>271</sup>.

A tomada de decisão é influenciada pelo processo judicial prévio. Na análise do processo judicial como um todo, é possível conferir atenção para petições e documentos anexados pelas partes; atos e datas relevantes no trâmite processual; e manifestações de eventuais terceiros interessados (*amicus curiae*)<sup>272</sup>. As manifestações de terceiros, que podem ocorrer em processos de controle concentrado de constitucionalidade, são especialmente relevantes para identificar os interesses em conflito em torno do tema e eventuais pressões a que o tribunal pode estar submetido. Em situações em que esses terceiros não são admitidos no processo pelo relator, o acórdão final pode não fazer referência a suas manifestações. Dessa forma, a análise do processo judicial como um todo permite identificar aspectos do contexto de tomada de decisão eventualmente omitidos no acórdão final.

As entrevistas de profissionais do direito possibilitam coletar opiniões, percepções e conhecimentos de indivíduos e grupos que detêm ampla experiência prática e contato direto com a atuação dos tribunais<sup>273</sup>. Esse conhecimento decorrente da prática profissional muitas vezes ainda não foi incorporado na literatura sobre o funcionamento dos tribunais. As entrevistas permitem captar diversos aspectos sobre a tomada de decisão, sua justificação e seus efeitos. Por meio da entrevista de magistrados, por exemplo, é possível identificar sua ótica própria sobre a prática judicial, isto é, a ótica do indivíduo que está sujeito às pressões

---

<sup>271</sup> Nielsen (2012, p. 972) defende que para estudar a relação entre direito e sociedade são necessários múltiplos métodos de pesquisa para captar diversos aspectos do mesmo fenômeno social ou fenômenos próximos. Assim a pesquisa tem mais “poder explicativo” (NIELSEN, 2012, p. 955). Dessa forma, é possível promover um diálogo entre dados produzidos por diferentes métodos (observação, entrevistas e análise de documentos).

<sup>272</sup> Sobre a pesquisa em processos judiciais, conferir Silva (2017).

<sup>273</sup> Sobre o uso de entrevistas na pesquisa, conferir Poupart (2010) e Xavier (2017).

e inserido na dinâmica interna dos tribunais. Ao mesmo tempo, a percepção de um magistrado pode ser excessivamente caracterizada pela dinâmica interna do Judiciário, de modo a eventualmente “naturalizar” determinadas práticas e pressões. Nos casos de maior visibilidade e impacto social, é possível entrevistar grupos e profissionais do direito que ocupam posições relevantes, mesmo que não tenham uma participação direta no julgamento.

Em relação aos documentos relacionados à prática dos tribunais, é possível analisar, por exemplo, materiais produzidos por grupos profissionais, econômicos e sociais. Esses documentos contêm agendas que influenciam a prática dos tribunais. Além disso, as notícias na mídia contêm diversas informações que podem ser úteis, uma vez que revelam uma série de aspectos sobre a atuação dos tribunais. É necessário valorizar sobretudo as informações mais objetivas nas notícias, como a ocorrência de eventos com magistrados e as movimentações de grupos econômicos e sociais, em detrimento de interpretações mais subjetivas na reportagem. Além disso, os próprios grupos midiáticos são na maior parte das vezes atores que buscam influenciar a atuação dos tribunais. Por isso, é importante considerar o sentido das pressões oriundas da mídia. Essa ação midiática tem um impacto elevado no contexto brasileiro em razão do baixo grau de pluralidade de linhas editoriais.

Este capítulo combina dois tipos de abordagens na análise do STF: uma panorâmica e outra aprofundada em torno de um caso selecionado. Na abordagem panorâmica, realiza-se a análise de diversos acórdãos de julgamentos emblemáticos do STF no período pós-1988 sobre temas de transformação social. A proposta é relacionar algumas relevantes decisões do STF com as variáveis discutidas no capítulo anterior. Dessa forma, busca-se identificar possíveis correlações entre a atuação do tribunal e os distintos contextos políticos pós-1988. Um panorama contribui para a explicação da atuação geral do tribunal, e não da atuação em um caso específico. O estudo de casos isolados apresenta o risco de produzir imagens distorcidas do tribunal, uma vez que desconsidera os casos não selecionados, dificultando a reflexão sobre a atuação geral do tribunal.

A composição do panorama é qualitativa e visa a destacar decisões notoriamente relevantes, as quais, por sua vez, indicam para características gerais do STF em determinado contexto<sup>274</sup>. Nesse sentido, separam-se alguns casos do gigantesco volume processual do STF. Em geral, metodologias quantitativas que almejam abranger ou representar o universo de processos do STF no período pós-1988 ou de uma classe processual específica, como a ADI, podem omitir ou secundarizar os casos particularmente relevantes. Apenas uma

---

<sup>274</sup> Sobre a metodologia qualitativa na pesquisa, conferir Webley (2012) e Becker (2014).

decisão do STF pode ter um impacto muito maior do que um certo conjunto de processos judiciais. É em torno desses casos relevantes que as pressões de grupos sociais são mais intensas<sup>275</sup>. Dessa forma, para elaboração do panorama concentra-se a atenção em julgamentos particularmente emblemáticos do STF que merecem uma análise à parte<sup>276</sup>. Esse panorama, com propósitos mais gerais e amplos, contribui para reunir evidências empíricas sobre a incidência das variáveis discutidas no capítulo anterior em diferentes contextos políticos.

O estudo de caso, por sua vez, adota múltiplos métodos de pesquisa para uma análise aprofundada das decisões do STF sobre presunção de inocência em 2016 no HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44. O panorama inicialmente desenvolvido permite inserir o caso estudado no contexto mais amplo da atuação do STF, de modo a identificar semelhanças e diferenças com outras atuações anteriores. A proposta geral do estudo de caso é identificar as pressões a que o tribunal esteve submetido, caracterizar o tipo de argumentação utilizada e discutir os efeitos dessas decisões<sup>277</sup>. Sobre o tipo de argumentação, a análise dos acórdãos foca nos votos dos ministros que compuseram a maioria em cada julgamento, uma vez que são estes que, ao fim, justificam a decisão do tribunal como um todo, embora também sejam feitas referências aos argumentos de ministros que integraram a minoria. A análise de acórdão permite avaliar se a sua justificativa segue parâmetros normativos ou não, isto é, se está no âmbito da “moldura” normativa. A análise do processo judicial foca nos interesses das entidades formalmente envolvidas e nas datas e atos relevantes dos processos. As notícias de imprensa foram também utilizadas no estudo de caso, uma vez que se tratam de julgamentos com ampla repercussão social.

Na última etapa desta pesquisa, em maio de 2019, foram entrevistados quatro profissionais do direito que ocuparam posições chave no decorrer dos processos judiciais estudados, seja em razão da sua participação direta, seja em razão de relevantes cargos exercidos. Nesse sentido, possuem amplos conhecimentos para contribuir no estudo de caso, desenvolvidos a partir da própria experiência e atuação prática. As entrevistas contribuem

---

<sup>275</sup> No entanto, é possível utilizar métodos quantitativos sobre um universo de processos mais delimitado, como fez Oliveira (2005). A autora desenvolveu uma análise quantitativa das 39 ADIs que foram ajuizadas no STF no período de 1988 a 2002 para contestar a privatização de empresas estatais.

<sup>276</sup> Como alguns desses julgamentos já foram objeto de análise por outros autores, desenvolve-se também uma revisão bibliográfica sobre elementos relevantes para a proposta desta tese.

<sup>277</sup> O estudo aprofundado de caso tende a identificar aspectos e dinâmicas específicas que não foram previstos na discussão teórica, a qual tem propósitos mais amplos e gerais. Esses aspectos específicos do caso não necessariamente contradizem a teoria, mas são necessários para compreensão aprofundada do caso. Dessa forma, embora a teoria seja necessária para desenvolver um estudo de caso, ela não necessariamente abrange ou explica a totalidade do evento estudado.

para sistematizar conhecimentos e percepções desses profissionais sobre as condições institucionais e políticas de atuação do STF nos processos estudados. Os profissionais entrevistados foram os seguintes: Defensor Público do Estado de São Paulo, magistrada da Associação de Juízes para a Democracia, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e advogado em Brasília.

As entrevistas de defensores públicos justificam-se pois integram a profissão que tem mais contato mais direto com o sistema penal, prestando assistência jurídica para a maior parte dos presos. Os estados de São Paulo e Rio são os mais populosos e com elevado número de presos. Além disso as Defensorias atuaram como *amicus curiae* nas ADCs 43 e 44, de modo que acompanharam os processos objeto de estudo de caso. A AJD, por sua vez, conta com centenas de magistrados filiados e não apresenta uma orientação exclusivamente corporativa como as demais associações. Dessa forma, é uma relevante associação de magistrados que não se pauta pela defesa de benefícios profissionais. Além disso, a AJD tentou intervir como *amicus curiae* nas ADCs 43 e 44, o que sugere que também acompanharam os processos judiciais. Nesse sentido, a entrevista da magistrada da AJD permite captar o debate interno da associação, sem tanto vínculo com interesses corporativos. Ainda, o advogado entrevistado possui décadas de experiência com os tribunais superiores em Brasília e exerceu ao longo de 2015 e 2016 relevantes cargos institucionais. Dessa forma, teve contato direto com a dinâmica dos tribunais superiores no período dos processos estudados. Por fim, foram realizadas tentativas de entrevista com ministros do STF, mas não houve sucesso. Dessa forma, o rol de entrevistados é influenciado também por questões de acesso do pesquisador.

As entrevistas realizadas foram semiestruturadas e seguiram um roteiro previamente elaborado, o que possibilita que se oriente o diálogo para questões relevantes da pesquisa e, ao mesmo tempo, estimule o desenvolvimento das opiniões do entrevistado. Não é possível captar a profundidade e nuances do pensamento de um ator por meio de um questionário. O roteiro foi organizado em três seções: fatores que contribuíram para a decisão no HC 126.292, fatores que contribuíram para a decisão na Medida Cautelar das ADCs 43 e 44 e consequências dessas decisões. Cada seção da entrevista foi iniciada com uma pergunta mais geral e aberta, posteriormente abordando em aspectos específicos<sup>278</sup>. Considerando que as entrevistas ocorreram na etapa final da pesquisa e após a análise de outros dados, foi possível elaborar um roteiro focado em aspectos centrais do estudo de caso.

---

<sup>278</sup> Na elaboração do roteiro e na condução das entrevistas, foram utilizadas sugestões de Xavier (2017).

Além disso, como cada entrevista consiste sobretudo numa interação específica, a execução do roteiro passou por adaptações de acordo com o entrevistado e o contexto. O termo de consentimento e o roteiro encontram-se ao final desta tese<sup>279</sup>.

Nas respostas dos entrevistados é possível identificar diversos aspectos característicos de *atores* do sistema de Justiça. Nesse sentido, por diversas vezes os entrevistados utilizaram elementos normativos para analisar o tribunal, isto é, sobre como os ministros *devem* se comportar. Dessa forma, foram tecidas críticas à atuação do STF. Os entrevistados podem atuar seguindo determinadas concepções e estratégias. Como qualquer outro indivíduo, inclusive pesquisadores, não há neutralidade nos entrevistados<sup>280</sup>. Nesse contexto, optou-se por priorizar a manutenção do sigilo da identidade do entrevistado, de modo a reduzir eventuais comportamentos estratégicos relacionados à sua imagem ou à repercussão do conteúdo da resposta. Apenas a posição atual do entrevistado é indicada<sup>281</sup>. Por fim, vale destacar que antes do início da fase empírica desta pesquisa, o pesquisador assistiu às sessões de julgamento do STF transmitidas ao vivo em 2016 e 2018 sobre os processos estudados. Embora não tenha sido uma observação sistematizada, contribuiu para desenvolver uma percepção inicial sobre o caso estudado<sup>282</sup>.

Enfim, a combinação de múltiplos métodos de pesquisa permite compor um quadro empírico amplo sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. Um método de pesquisa

---

<sup>279</sup> A realização das entrevistas, incluindo o termo de consentimento utilizado, foi previamente aprovada por Comissão de Ética de Pesquisa em 26/04/2019.

<sup>280</sup> Sobre a pesquisa científica, Santos (1988, p. 67) afirma: “Os pressupostos metafísicos, os sistemas de crenças, os juízos de valor não estão antes nem depois da explicação científica da natureza ou da sociedade. São parte integrante dessa mesma explicação. A ciência moderna não é a única explicação possível da realidade [...]”. De toda forma, é necessária a objetividade em pesquisas. Nesse sentido, Santos (2007, p. 57, grifos do autor) sustenta que um “desafio” é “distinguir entre *objetividade* e *neutralidade*”, uma vez que “devemos ter uma distância crítica em relação à realidade, mas, ao mesmo tempo, não podemos nos isolar totalmente das consequências e da natureza do nosso saber, porque ele está contextualizado culturalmente [...]”. Em outro trabalho, Santos (2015b, p. 12) define a objetividade como “o resultado do uso tão competente quanto possível de metodologias, de preferência participativas, que permitem obter um conhecimento não trivial, correto e adequado porque dotado de potencial pragmático de contribuir para processos globais em análise [...]”.

<sup>281</sup> Sobre os limites do uso de entrevistas, Luciano Oliveira (2015, p. 180-182) relata que, na sua pesquisa de mestrado na década de 1980, foi por meio da observação em delegacias de polícia em bairros populares do Recife que constatou que os delegados exerciam diversas atividades informais de resolução de conflitos não só penais, mas também cíveis. Posteriormente à observação na pesquisa, entrevistou delegados e percebeu que sua “resposta não tinha nada a ver com a realidade que eu já conhecia [...] O que o comissário dizia era exatamente aquilo que, segundo os regulamentos, ele deveria me dizer” (OLIVEIRA, 2015, p. 182). Ou seja, era uma resposta formal que não permitia captar a prática real dos delegados.

<sup>282</sup> A observação de sessões de julgamento também contribui para analisar as justificativas das decisões. As manifestações orais, expressões e debates durante o julgamento são em geral parcialmente distintos do acórdão final, que possui uma natureza escrita. Assistir à transmissão do julgamento, e não diretamente na sede do tribunal, pode ser caracterizado como uma observação da observação, uma vez que é mediada pela TV Justiça, órgão do próprio tribunal. Além disso, a observação de outros atos do processo, a exemplo de audiências públicas em processos de controle de constitucionalidade como realizado por Nogueira (2013), pode contribuir para analisar o processo de tomada de decisão anterior à sessão de julgamento do tribunal.



isolado dos demais capta apenas uma parte do fenômeno estudado. Nesse sentido, o estudo de caso desenvolvido neste capítulo combina diversos métodos, como análise de documentos, de decisões judiciais e de entrevistas. Dessa forma, reúne-se um número maior e mais diversificado de dados sobre o objeto estudado. Trata-se de uma abordagem mais adequada para uma sociologia dos tribunais.

### **3.2. Um panorama da atuação do STF**

No período neoliberal, houve uma atuação relevante do Supremo Tribunal Federal para garantir a eficácia de direitos individuais previstos no art. 5º da Constituição. No Habeas Corpus 69.912, julgado em 1993, e no Habeas Corpus 73.351, julgado em 1996, dois direitos individuais relacionados ao processo penal foram objeto de interpretação pelo tribunal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI) e “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII). Em relação ao primeiro dispositivo constitucional, o STF decidiu que provas decorrentes de prova ilícita são também ilícitas, uma vez que são “frutos da árvore envenenada”. Dessa forma, não só a prova diretamente ilícita deve ser inadmitida no processo, mas também as demais provas que decorrerem dela. A preocupação dos ministros que compuseram a maioria no HC 73.351, dentre os quais a maior parte fora nomeado para o STF após o fim do regime militar, era que uma interpretação diversa acabaria por esvaziar esse direito constitucional<sup>283</sup>.

Em relação ao segundo dispositivo, a questão se referia à possibilidade de interceptação judicial de comunicação telefônica em contexto em que não havia lei regulamentadora, uma vez que o art. 5º, XII faz referência às “hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. Sobre esse aspecto, prevaleceu a posição de que até a edição de lei não era

---

<sup>283</sup> O Ministro Sepúlveda Pertence no HC 69.912 afirmou: “Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. [...] ou se leva às últimas consequências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida.” No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio no HC 73.351 afirmou: “[...] não se pode simplesmente, em face ao interesse da sociedade na persecução criminal, colocar em segundo plano as regras estabelecidas. Digo até mais: quanto maior a gradação da imputação, mais rigorosa deve ser a observância das normas que revelam garantias e que viabilizam, respeitadas essas garantias, o devido processo legal.”

possível a interceptação de comunicação por decisão judicial. Isto porque um dos requisitos constitucionais para essa interceptação é o cumprimento da lei regulamentadora. Conferir poder a um juiz de interceptar comunicação telefônica sem a necessidade de seguir parâmetros previstos em lei redundaria em “arbitrio judicial”, como frisou o Ministro Sepúlveda Pertence no HC 69.912. Posteriormente à decisão do STF no HC 73.351, foi editada pelo Congresso a Lei 9.296 de 1996, a qual regulamentou enfim a interceptação judicial de comunicações telefônicas.

Entre os ministros que ficaram vencidos no julgamento de ambos HCs, muitos dos quais integravam a corte desde o regime militar, argumentou-se que a “busca da verdade real” no processo penal deveria ter primazia em relação a eventuais direitos individuais. A punição penal deveria ser aplicada caso essa verdade tivesse sido alcançada, sem tanta preocupação com os meios utilizados. A eficácia do processo penal seria prejudicada por interpretações muito amplas dos direitos individuais. Essa foi a posição do Ministro Sydney Sanches no HC 73.351, sustentando que o Brasil correria o risco de se tornar “o paraíso dos narcotraficantes”. Nos julgamentos dos HCs 69.912 e 73.351, o STF realizou uma aplicação literal da Constituição, a fim de assegurar a eficácia de direitos individuais. Entre os efeitos dessas decisões, contribuiu-se para uma maior proteção de direitos dos grupos sociais mais atingidos pelo sistema penal: homens negros de baixa renda. Era um tema sobre o qual o tribunal ainda se dividia, uma vez que a maioria foi formada pela diferença de apenas um voto. A mudança no perfil dos ministros após o regime militar favoreceu a construção de uma jurisprudência sobre direitos individuais.

Em relação a direitos sociais e trabalhistas previstos na Constituição, de modo geral o STF não contribuiu para assegurar sua eficácia no período neoliberal. Como afirma Ferraz (2015, p. 122), nos anos de 1990 os direitos sociais eram considerados “normas programáticas”, isto é, que dependiam de leis específicas para serem implementados pelo Judiciário<sup>284</sup>. É o que aconteceu, por exemplo, em 1996 no julgamento da medida liminar da ADI 1.458. Nesse caso, a corte interpretou o art. 7, IV, da Constituição, que estipula que o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado” deve ter “reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”<sup>285</sup>. Esse dispositivo é uma novidade em relação às

---

<sup>284</sup> Trabalhando com a distinção entre “deferência” e “ativismo” na postura do Judiciário em relação aos demais poderes, Ferraz (2015, p. 124) afirma que prevaleceu nos anos 1990 uma posição “deferente” do STF em julgamentos sobre direitos sociais.

<sup>285</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene,

Constituições anteriores. Uma confederação de trabalhadores ajuizou a ADI 1.458 para questionar a constitucionalidade de Medida Provisória que havia reajustado o salário mínimo em índice abaixo da inflação no período. Em decisão unânime, o STF reconheceu que a Medida Provisória estava em desacordo com a Constituição, mas acabou por não determinar um novo valor. O tribunal caracterizou a situação como uma inconstitucionalidade por omissão, isto é, havia uma inércia dos demais poderes em implementar o reajuste estipulado pela Constituição. Nessa situação, segundo o art. 103, parágrafo segundo da Constituição, cabe ao STF apenas dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Ou seja, o STF tem poderes para declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória, mas não para fixar um novo valor do salário mínimo, uma vez que isso seria “substituir” o “órgão estatal inadimplente”, conforme consta no voto do relator, Ministro Celso de Mello. Na ementa do acórdão, afirmou-se que “os próprios limites fixados pela Carta Política” impossibilitam o STF de “expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.”

Em relação aos efeitos dessa decisão na ADI 1.458, é possível caracterizá-los sobretudo como simbólicos. A corte buscou construir uma imagem social de que estava aplicando a Constituição, tecendo diversas críticas ao valor do salário mínimo. No entanto, a decisão em si não teve o efeito de assegurar o direito de preservação do poder aquisitivo dos trabalhadores. Dessa forma, o simbolismo da decisão foi dissociado de efeitos pragmáticos. Esse simbolismo reflete-se em diversas passagens do voto do relator. Por exemplo, Celso de Mello afirmou que o valor do salário mínimo “é aviltante e é humilhante”, e se trata de “um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição”. Na ementa do acórdão constou que “a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.” Ao mesmo tempo, houve uma interpretação literal também do dispositivo sobre o processo judicial da ADI por omissão, prevalecendo uma postura de respeito à separação de poderes, embora em prejuízo da norma constitucional sobre preservação do poder de compra do salário mínimo.

O valor do salário mínimo relaciona-se diretamente a interesses conflitantes entre movimentos sociais e grandes grupos econômicos. Um aumento no seu valor tende a prejudicar as taxas de lucro das empresas e favorecer a distribuição de renda defendida por movimentos sociais. No contexto neoliberal de 1996, o STF dividiu-se sobre a extensão da

---

transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”

aplicação de direitos individuais no processo penal, em que o voto de um ministro foi determinante para constituir a maioria no HC 73.351, mas se mostrou unido para determinar a inviabilidade de aplicação de um direito trabalhista expresso na Constituição, favorecendo interesses de grandes grupos econômicos.

Além disso, o STF não atuou para bloquear as medidas neoliberais relacionadas ao papel do Estado na economia. É o que aconteceu em dezenas de processos ajuizados para contestar a privatização de empresas estatais, um aspecto central da agenda neoliberal então predominante. Com base na análise de 39 ADIs propostas sobretudo por partidos e movimentos sociais, Oliveira (2005, p. 578) afirma que em apenas quatro foi deferida a medida liminar, o que contribuiu para retardar em alguma medida a privatização de algumas empresas. No entanto, em relação à decisão final, “*nenhuma ação teve o mérito julgado procedente*” (OLIVEIRA, 2005, p. 579, grifos da autora). Ou seja, ocorreu a legitimação pelo STF da política de privatizações, o que possibilitou que 63 empresas fossem vendidas. Nenhum leilão de venda foi impedido<sup>286</sup>. Dessa forma, Oliveira (2005, p. 581, grifos da autora) conclui que “mesmo o Judiciário tendo sido acionado enquanto importante *ator institucional com poder de veto* ao processo de privatizações, ele não impediu a continuidade deste programa, reforçando o impulso já dado pela maioria parlamentar, que aprovava as medidas do Executivo, para o sucesso da reforma liberalizante.”<sup>287</sup> Considerando que as privatizações ocorreram entre 1991 e 1998, período em que os grandes grupos econômicos brasileiros e interesses estrangeiros estavam unidos na defesa da política neoliberal, embora por vezes competissem entre si nos leilões, existiu uma ampla e forte pressão para que o STF não intervisse na venda de empresas estatais, e legitimasse a redução do papel do Estado na economia.

Outro exemplo emblemático da atuação do STF em favor da agenda neoliberal foi o julgamento da ADI 4 em 7 de março de 1991, em que ocorreu um dos primeiros debates no tribunal sobre a aplicação da Constituição de 1988. O objeto de interpretação foi o art. 192 da Constituição que estipulava que “as taxas de juros reais [...] não poderão ser

---

<sup>286</sup> Como indicado por Oliveira (2005, p. 576), sua análise corrobora a seguinte afirmação de Almeida (1999, p. 438-439): “a convergência entre a política do Executivo e a interpretação da Constituição dada pelo Supremo permitiu a continuidade do programa [de privatizações]”.

<sup>287</sup> Oliveira analisou quantitativamente não apenas as ADIs no STF, mas também 842 ações ajuizadas sobre as privatizações em diversos tribunais do país. Contrariando em parte a literatura sobre “judicialização da política”, Oliveira (2005, p. 568) indica para “uma não-judicialização da política no processo de privatizações” pois a resposta da magistratura foi amplamente negativa às demandas judicializadas. Não houve uma postura da magistratura de contrariar a agenda de privatizações, mas sim de aderir à mesma.

superiores a doze por cento ao ano”<sup>288</sup>. O STF julgou constitucional Parecer utilizado pelo Banco Central para orientar o mercado de crédito, no qual se afirmava que o art. 192 era “não auto-aplicável”. O argumento prevalecente entre os seis ministros que compuseram a maioria foi que a eficácia do dispositivo dependia de Lei Complementar então inexistente, inclusive para definir o conceito de “juros reais”. Além disso, argumentou-se que esse dispositivo poderia impactar negativamente o mercado financeiro brasileiro, que na época já praticava taxas médias de juros acima de outros países. A decisão do STF na ADI 4 contribuiu para desregulamentar o mercado financeiro pois o limite previsto na Constituição não poderia ser exigido pelo Estado, isto é, não tinha “eficácia imediata”. Dessa forma, retirou-se o obstáculo constitucional para a prática das elevadíssimas taxas de juros que caracterizou o período neoliberal, beneficiando os interesses de bancos nacionais e interesses estrangeiros associados a esses bancos.

Em suma, no período neoliberal a atuação do STF favorável à implementação da Constituição limitou-se, de modo geral, aos direitos individuais, o que não deixa de ser relevante após um longo período de regime autoritário. Nos julgamentos sobre direitos individuais, o tribunal atuou de forma bastante formal, isto é, pautado pela interpretação literal da Constituição, que no seu art. 5º estipula um amplo leque de direitos individuais. No entanto, em temas de direitos sociais e de atuação do Estado na economia, o STF contribuiu para legitimar a agenda neoliberal. Os aspectos centrais dessa política, como a privatização de empresas estatais, a redução do valor real do salário mínimo e a desregulamentação do mercado de juros, foram confirmados pelo tribunal. Embora seja possível que o STF tenha moderado em alguma medida a implementação do neoliberalismo, impondo por exemplo a observância do processo legislativo nas medidas neoliberais, não houve um confronto global com essa agenda. Isto é, em que pese eventuais conflitos pontuais, a agenda neoliberal nos seus aspectos gerais e centrais foi confirmada pelo STF. Uma eventual anulação de privatizações e a aplicação do limite de taxas de juros seriam, no mínimo, decisões igualmente válidas em relação às que foram efetivamente tomadas, isto é, também estariam no âmbito da moldura fornecida pelas normas constitucionais. Durante a maior parte dos anos 1990, os grandes grupos econômicos brasileiros e interesses

---

<sup>288</sup> “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...]§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.” Posteriormente, esse parágrafo foi revogado pela Emenda Constitucional 40 de 2003.

estrangeiros estavam unidos em torno da defesa da agenda neoliberal no Brasil, de modo que existiu uma forte pressão para que o STF não contrariasse sua agenda.

No período neodesenvolvimentista, houve uma mudança na postura do STF em relação a alguns temas. Em relação a direitos sociais, o tribunal passou a uma aplicação mais direta. Ferraz (2015, p.123-124) sustenta que as primeiras evidências dessa mudança foram o julgamento do Recurso Extraordinário 271.286 em 2000, em que a Segunda Turma reconheceu a “validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes”, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 em 2004, em que decisão monocrática admitiu a possibilidade de atuação do Judiciário para assegurar “condições materiais mínimas de existência” e em casos de “violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”<sup>289</sup>. No entanto, foi no início dos anos 2010 em que ocorreram as decisões mais relevantes sobre direitos sociais proferidas pelo Plenário do STF. É o caso do RE 567.985, julgado em 2013, sobre o Benefício de Prestação Continuada previsto no art. 203 da Constituição<sup>290</sup>. Nesse julgamento o STF declarou inconstitucional a exigência legal de renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo para a concessão do benefício, prevista no art. 20, parágrafo terceiro, da Lei 8.742 de 1993. Dessa forma, o tribunal alterou sua jurisprudência sobre o tema fixada no julgamento da ADI 1.232 em 1998, contribuindo para ampliar o número de potenciais beneficiários da política de assistência social prevista na Constituição.

Também no início dos anos 2010, o STF julgou ações sobre a constitucionalidade de políticas sobre direitos sociais desenvolvidas por outras instituições. É o caso da ADPF 186, julgada em abril de 2012, em que partido político contestou a constitucionalidade de cotas raciais adotadas pela Universidade de Brasília no seu vestibular desde 2004. Por unanimidade o STF confirmou a constitucionalidade das cotas raciais em vestibulares. Entre os argumentos mobilizados, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou em seu voto que “Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão [...] de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de

---

<sup>289</sup> A decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 não teve efeitos práticos, uma vez que o mérito do processo foi considerado prejudicado. Embora tenha abandonado uma postura “deferente” em relação a direitos sociais, Ferraz (2015, p. 135) sustenta que a jurisprudência do STF nos anos 2000 não apresenta consistência e coerência, oscilando entre uma postura mais ativista em temas como medicamentos, e mais deferente em outros temas como moradia. Para Ferraz (2015, p. 135), essas variações de postura sobre distintos direitos sociais parecem estar relacionadas a “forças gravitacionais” e “sensibilidade política” dos magistrados em cada julgamento.

<sup>290</sup> “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

maneira pontual, atribuindo certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.” O uso da “igualdade formal” em processos seletivos de ingresso nas universidades pode contribuir para perpetuar históricas desigualdades no Brasil. Nesse sentido, Lewandowski afirmou: “Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.” Em razão das desigualdades de raça no Brasil, o ministro indica para a “insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas”, e para a “necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.” Dessa forma, o STF firmou jurisprudência para permitir o uso de critérios raciais em políticas de reserva de vagas<sup>291</sup>.

Nesse julgamento outros ministros também defenderam que o Estado pode ter um papel transformador na realidade social. Para a Ministra Cármen Lúcia, as cotas fazem “cumprir o princípio constitucional da igualdade dinâmica, que muda para transformar a sociedade e está posta no artigo 3º da Constituição – que não é apenas aviso, conselho, mas norma –, ou seja, atuar por meio de políticas cujo objetivo seja fazer com que o Brasil seja sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como valor fundamental [...]”. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio afirmou: “Do artigo 3º nos vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que a única maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual.” Para o Ministro, esse julgamento integrava uma mudança de postura do tribunal em relação à Constituição. Nesse sentido, afirma: “Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal [preâmbulo e art. 3º], senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?” O Ministro Carlos Ayres Britto afirmou: “A Constituição legitimou toda a adoção de políticas públicas para promover os setores sociais

---

<sup>291</sup> Até então o STF havia admitido a reserva de vagas apenas para deficientes físicos, como prevê o art. 37 da Constituição: “VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

histórica e culturalmente desfavorecidos. É de rigor constitucional proclamar que as políticas afirmativas têm embasamento na Constituição de 1988.”<sup>292</sup>

No entanto, os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, embora votando a favor do uso de cotas em vestibular, questionaram o uso exclusivo de critérios raciais como era praticado até então pela UnB. Nesse sentido, Mendes afirmou: “o modelo da UnB padece desse vício [uso de critérios exclusivamente raciais], podendo gerar distorções e perversões a ponto de pessoas negras que estudaram em escolas privadas, que tiveram todas as mais adequadas condições, agora, no final, optam pelo vestibular e vão se submeter a esse tribunal racial, gerando essa distorção.” O Ministro Cezar Peluso emendou: “Eu também preferiria que o critério racial fosse aliado ao critério socioeconômico como objetivo ideal da política de inclusão.”

Na ADPF 186, portanto, o STF considerou constitucional a política de cota racial adotada pela UnB enquanto perdurar a sub-representação de negros entre seus estudantes. A adoção de cotas pelas universidades era possível, mas não necessária. Ou seja, não se tratava de uma obrigação imposta às universidades pelo STF<sup>293</sup>. De todo modo, considerando que as cotas ainda eram utilizadas por poucas universidades, como a Universidade de Brasília, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o STF contribuiu para legitimar e fortalecer uma política então em fase inicial de implementação. Alguns meses após o julgamento da ADPF 186, foi editada a Lei 12.711 de 2012 que tornou as cotas sociais e raciais obrigatórias nas universidades, com o parâmetro mínimo de 50% do total das vagas. Posteriormente, a Lei 12.990 de 2014 instituiu cotas para negros em concursos públicos no âmbito da União, no patamar de 20% das vagas. A edição dessas leis foi facilitada pelo julgamento do STF na ADPF 186 uma vez que diminuiu os riscos de uma posterior declaração de inconstitucionalidade.

---

<sup>292</sup> Alguns dispositivos constitucionais aplicados foram: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; e “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>293</sup> Esse aspecto fica evidente no voto da Ministra Rosa Weber: “Se não há direito subjetivo a ocupar vaga de ensino superior, o espaço está livre para a realização de políticas públicas de inclusão social que não violem os princípios básicos de cunho individual e coletivo e aqueles que se referem ao ensino superior.” Em sentido semelhante, Marco Aurélio Mello afirmou: “Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria.”



Esse julgamento do STF atendeu a interesses de movimentos negros que defendem a política de cotas como uma forma de combater o racismo na sociedade. Muitos movimentos atuaram no processo judicial como *amicus curiae*, manifestando-se por escrito e em audiência pública, tais como o Movimento Negro Unificado (MNU) e o Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO). Essa decisão tinha o potencial de contrariar os interesses da alta classe média, cuja maioria dos jovens é branca e estuda em escolas particulares, pois o acesso ao ensino superior público poderia se tornar mais difícil<sup>294</sup>. No entanto, no momento do julgamento do STF estava em curso um processo de expansão do número total de vagas em universidades públicas, o que atenuava os efeitos práticos das cotas sobre a alta classe média. Ou seja, no período de 2003 a 2012, o número de vagas sujeitas à concorrência universal pode ter apresentado pouca oscilação, de modo a não implicar prejuízos para alta classe média. De todo modo, o reconhecimento da constitucionalidade das cotas foi uma importante medida de inclusão no ensino superior, tornando-se um julgamento emblemático do período neodesenvolvimentista.

De forma semelhante, outro julgamento de destaque do início dos anos 2010 foi a ADI 3.330, a qual tratou da constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (ProUni). Esse programa foi criado por Medida Provisória em 2004, a qual posteriormente foi convertida na Lei 11.096 de 2005. O objetivo era ampliar o acesso de estudantes de baixa renda, negros, indígenas e portadores de deficiência física ao ensino superior privado por meio da concessão de bolsas parciais ou integrais. Embora tenha sido ajuizada em outubro de 2004, a ADI 3.330 foi julgada somente em maio de 2012. Naquele momento, segundo manifestação do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, o programa “já contemplou, com o acesso, com a democratização do acesso ao ensino universitário, um milhão e quarenta e três mil estudantes”. Por sete votos a um, o tribunal decidiu que o programa é constitucional. Entre os argumentos dos ministros que compuseram a maioria, destaca-se o de que o programa visava a promover a igualdade social por meio do acesso à educação, um direito social previsto na Constituição. Como afirmou o relator, “não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade.” Nesse sentido, em situações de “desequilíbrios societários”, “o saque da lei

---

<sup>294</sup> Alguns ministros ressaltaram que a política de cotas implicaria contrariar interesses de alguns grupos. Por exemplo, Cezar Peluso afirmou: “não posso deixar de concordar com eminente Relator em que a medida adotada pela universidade, no contexto, passa pelo teste do critério hermenêutico da proporcionalidade, porque é adequada, é necessária e tem peso axiológico suficiente para justificar as restrições que traz a certos direitos das outras etnias.” Gilmar Mendes também destacou que “Ao reservar 20% (vinte por cento) das vagas para determinado segmento da sociedade, outra parcela estará privada desse percentual de vagas.”

como instrumento de correção de rumos se faz imperioso.” O Ministro Joaquim Barbosa, que integrou a maioria, afirmou que “abrir oportunidades educacionais a segmentos sociais mais amplos, que historicamente nunca as tiveram, constitui objetivo governamental constitucionalmente válido”; e que investir na educação é uma forma de superar “certa inconsistência na mobilidade social” no Brasil. Embora votando com a maioria, o Ministro Gilmar Mendes reiterou que o programa só era válido pois combina critérios de renda e de raça. Nesse sentido, “Fosse o critério de raças o único a ser exigido pela Lei como requisito de distinção para fins de concessão de bolsa [...] teríamos que refletir de forma mais adequada sobre o tema, pois estaria posta em séria dúvida a constitucionalidade da política.” O Ministro Marco Aurélio Mello, que votou contra a constitucionalidade do programa, utilizou argumentos de ordem formal, tais como a necessidade de uma Lei Complementar para tratar de isenções tributárias a instituições particulares. Ou seja, não se manifestou contrário ao programa em si, mas sim à forma como foi implementado.

Por fim, outro julgamento emblemático desse início dos anos 2010 foi o da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 sobre a Lei Maria da Penha de 2006. A ação foi ajuizada pelo Presidente visando a estimular a aplicação uniforme da lei pelo Judiciário, uma vez que alguns juízes a consideravam inconstitucional. Embora não tenha tratado prioritariamente de direitos sociais, mas sobretudo de direitos individuais como a vida e a integridade física e moral, esse julgamento também contribuiu para redução de desigualdades. Nesse sentido, o STF por unanimidade confirmou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha em julgamento de fevereiro de 2012. O relator, Ministro Marco Aurélio Mello, afirmou: “A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino.” Em sentido semelhante, a Ministra Rosa Weber afirmou: “uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.”

Esses três julgamentos (ADPF 186, ADI 3.330 e ADC 19) ocorreram no primeiro semestre de 2012 e contribuíram para legitimar leis e políticas então em desenvolvimento que visavam a ampliar a eficácia de direitos sociais e a reduzir desigualdades. Dessa forma,

foram fortalecidos processos mais amplos de inclusão social<sup>295</sup>. Considerando o contexto neodesenvolvimentista, uma parte da burguesia não pressionou o STF para anular essa legislação uma vez que essas medidas não contrariavam diretamente seus interesses. Além disso, integrava o governo federal, o qual até 2013 mantinha amplo apoio na sociedade. Esses julgamentos favoreceram sobretudo movimentos sociais em defesa da democratização da educação, movimentos de negros e movimentos de mulheres. O tribunal tendeu a decidir de forma bastante unida nesses temas, por unanimidade ou ampla maioria, embora a fundamentação dos votos por vezes seja discrepante. Um argumento geral mobilizado nos votos é a necessidade de reduzir desigualdades, conferindo uma aplicação direta ao art. 3º da Constituição e aos direitos sociais<sup>296</sup>. Dessa forma, contrastando com o período anterior em que esses dispositivos constitucionais não foram utilizados para anular políticas neoliberais, no período neodesenvolvimentista a promoção da igualdade passou a compor a agenda do STF, acompanhando nesse aspecto o contexto político mais amplo.

Em relação a direitos individuais, nos anos 2000 o STF continuou a tendência do período anterior de garantir sua eficácia, por meio de uma interpretação literal da Constituição. É o que ocorreu na ADI 1.969, em que o art. 5º, XVI, da Constituição foi objeto de interpretação, que trata do direito de reunião e de manifestação em espaços públicos<sup>297</sup>. Nesse julgamento, o STF por unanimidade declarou a inconstitucionalidade de Decreto do Distrito Federal que vedava a utilização de carros e objetos sonoros em manifestações na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e em outros espaços na capital federal. Dessa forma, o tribunal atendeu ao pedido de entidades de trabalhadores e movimentos sociais que ajuizaram a ação. No voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, frisou-se que o decreto “simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal”, tornando as manifestações “emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.” Ou seja, o Decreto esvaziaria o direito constitucional de liberdade de manifestação, que se constitui como “fundamento das

---

<sup>295</sup> Embora o STF não tenha atuado para diretamente bloquear políticas de inclusão social no período neodesenvolvimentista, talvez seja possível identificar nos tribunais regionais e estaduais uma atuação distinta. Por exemplo, em 2013 o Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu liminarmente lei municipal que instituiu uma maior progressividade na cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) no município de São Paulo na ADI estadual 0201865-26.2013.8.26.0000.

<sup>296</sup> Considerando as diversas normas de conteúdo transformador, a Constituição de 1988 reduz as possibilidades de bloqueio judicial de políticas sociais e econômicas que visam a reduzir desigualdades, ao contrário de uma Constituição liberal clássica como a dos Estados Unidos, em que esse tipo de política pode ser mais facilmente contestado no Judiciário.

<sup>297</sup> Art. 5º, XVI, da Constituição: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.”

modernas democracias políticas” e “uma das mais importantes conquistas da civilização”, como ressaltou o relator. Entretanto, ressaltou-se a possibilidade de limitação do direito de reunião em caso de choque com outros direitos individuais, como o direito à vida de pacientes internados em hospitais, os quais poderiam ser prejudicados pelo uso de aparelhos sonoros. Esse aspecto foi reforçado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, deixando em aberto, portanto, a possibilidade de alguma restrição do direito de reunião em outras oportunidades. A ementa do acórdão incorporou essa ideia nos seguintes termos: “A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição.” Esse trecho da ementa indica para alguma influência da estrutura da “regra de proporcionalidade” na ponderação de direitos fundamentais, como desenvolvido pela jurisprudência alemã. Os demais ministros apenas ressaltaram a inconstitucionalidade do decreto, sem ressalvas significativas, como a Ministra Cármen Lúcia que afirmou que “o poder é do povo”, e o Ministro Celso de Mello que sustentou que o Estado tem “o dever de respeitar a liberdade de reunião”<sup>298</sup>.

Para além de julgamentos mais pautados por uma interpretação literal da Constituição, o STF ampliou alguns direitos individuais para além do previsto expressamente na Constituição ou nas leis. Nesse sentido, um dos julgamentos de maior destaque foi o das ADI 4.277 e ADPF 132 sobre a união homoafetiva. Esta foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em fevereiro de 2008, a pedido de integrantes do movimento LGBT segundo Catharina (2015, p. 133)<sup>299</sup>, e aquela pela Procuradoria Geral da República em julho de 2009. No julgamento conjunto de ambas as ações, em maio de 2011, a corte por unanimidade decidiu pela inclusão da união homoafetiva no regime jurídico de entidades familiares.

Entre os argumentos mobilizados pelos ministros, destaca-se o de que a Constituição não proibiu a união homoafetiva. Na ausência de proibição privilegia-se a autonomia de vontade dos indivíduos. É o que afirmou, por exemplo, o Ministro Joaquim

---

<sup>298</sup> Em 2011, no julgamento da ADPF 187, o STF decidiu, também por unanimidade, que a liberdade de reunião e de manifestação de pensamento abrange passeatas em defesa da alteração de tipos penais, ainda que eventualmente contrárias à opinião da maioria da sociedade. Essas passeatas, como a “marcha da maconha”, não se confundem com a “incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso”, conforme consta na ementa.

<sup>299</sup> Com base em entrevistas de lideranças do movimento LGBT, Catharina (2015, p. 133) afirma: “Diferentemente das demais ações propostas pelos Estados, elaboradas exclusivamente pelas respectivas Procuradorias, a ADPF 132 foi elaborada coletivamente por juristas aliados da causa, lideranças do movimento LGBT e pelos procuradores do Estado.” Ou seja, a ação proposta pelo Estado do Rio de Janeiro se inseria em estratégia judicial mais ampla do movimento LGBT e entidades de direitos humanos.

Barbosa: “não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados.”<sup>300</sup> Em sentido semelhante, Gilmar Mendes afirmou que não se pode interpretar o art. 226 da Constituição e o art. 1.723 do Código Civil para proibir a união homoafetiva<sup>301</sup>.

Outro argumento foi o de que tratamento jurídico desigual de uniões afetivas afronta a igualdade formal, uma vez que o art. 3º da Constituição proíbe quaisquer formas de discriminação. Ou seja, não é possível tratar de forma discriminatória relações homoafetiva em comparação com relações heteroafetivas. Dessa forma, como afirmou o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, trata-se de uma “equiparação de direitos subjetivos”. Em sentido semelhante, o Ministro Luiz Fux em seu voto afirmou: “Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.” A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, afirmou que essa decisão do STF contribui para que “não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade [orientação sexual].”

Além disso, argumentou-se que não se pode reduzir direitos individuais em razão da oposição de uma parcela da sociedade às relações homoafetivas. Nessas situações o Judiciário tem um papel “contramajoritário”, isto é, de assegurar direitos para minorias. Como sustentou o Ministro Joaquim Barbosa, “estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas majorias estabelecidas.” De forma semelhante, o Ministro Marco Aurélio Mello: “De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante.” Por fim, o Ministro Celso de Mello afirmou:

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes,

---

<sup>300</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>301</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Nesse julgamento, houve uma forte pressão do movimento LGBT em favor do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. No âmbito processual, diversas entidades e movimentos participaram como *amicus curiae* e visitaram os gabinetes de ministros<sup>302</sup>. Essa atuação é decorrência de estratégias judiciais desenvolvidas desde o início dos anos 2000, período em que o movimento LGBT obteve vitórias em instâncias inferiores. Em relação aos grandes grupos econômicos, não é perceptível no acórdão uma pressão contrária às teses dos autores. Na verdade, os grandes grupos econômicos não necessariamente se opõem às pautas do movimento LGBT. O que ocorre por vezes é o uso de pautas moralmente conservadoras durante as eleições para angariar votos. É o que Singer (2012, p. 59) denomina de ativar o “conservadorismo popular”, isto é, mobilizar sentimentos conservadores na população para tentar vencer eleições<sup>303</sup>. No entanto, isso não necessariamente significa que os grupos econômicos exerçam pressão sobre os tribunais sobre esses temas, ainda mais quando não implicar desgaste para um governo de esquerda. Nos processos no STF sobre união homoafetiva, o governo de então não teve uma participação relevante. No sentido contrário às reivindicações do movimento LGBT, a entidade que se manifestou no processo foi a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. O fato de o STF ter decidido de forma desfavorável a grupos religiosos contrários à união homoafetiva sugere que não têm as mesmas condições dos grupos econômicos para pressionar o tribunal<sup>304</sup>. É possível que grupos religiosos tenham mais influência sobre o Legislativo do que sobre os tribunais.

---

<sup>302</sup> Segundo Catharina (2015, p. 137), “a atuação do movimento LGBT em todas as etapas do processo decisório foi fundamental para a construção do consenso em torno do reconhecimento jurídico da união homoafetiva”, inclusive porque “no início do processo decisório alguns poucos ministros não eram favoráveis ao acolhimento da ADPF 132”. De modo geral, tanto em relação às cotas raciais quanto em relação à união homoafetiva, a atuação dos movimentos sociais foi fundamental para construção do consenso no STF, “seja apresentando seus argumentos em petição escrita, seja na participação em audiência pública, seja na sustentação oral no plenário do Supremo Tribunal Federal, seja em audiência no gabinete dos ministros.” (CATHARINA, 2015, p. 156).

<sup>303</sup> Analisando as eleições presidenciais de 1989, 1994 e 1998, Singer (2012, p. 59) afirma: “percebia-se, vagamente, um poder de veto das classes dominantes, o qual residia na capacidade de mobilizar o voto de baixíssima renda contra a esquerda.” Para o autor, esse conservadorismo se baseia na aversão à instabilidade social e na valorização de ideais relacionados à ordem pelo subproletariado.

<sup>304</sup> Situação semelhante ocorreu no julgamento da ADPF 54 em abril de 2012, em que o STF passou a permitir o aborto de feto com anencefalia, contrariando a posição da CNBB manifestada no processo. A atuação do

De toda forma, a atuação do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277 contribuiu para promover uma relevante transformação social em país com amplo histórico de violência e homofobia, uma vez que incluiu grupos sociais vulneráveis no exercício de direitos individuais de liberdade. A união homoafetiva não está prevista na Constituição, pois como relatado por ativistas entrevistados por Catharina (2015, p. 131-132 e 136), a Assembleia Constituinte não foi receptiva para propostas do movimento LGBT. Dessa forma, o tribunal não se pautou por uma interpretação literal da Constituição. Ao mesmo tempo, essa atuação do STF não implicou prejuízos para outros grupos sociais, pois não restringiu ou inviabilizou o exercício dos seus respectivos direitos. Nesse sentido, não houve prejuízos claros decorrentes desse julgamento. Ou seja, pode ser caracterizado como uma aplicação não-literal da Constituição que apenas expandiu direitos, e não os restringiu, equiparando o regime jurídico dos casais homoafetivos aos casais heteroafetivos.

Essa atuação do STF no início dos anos 2010 que validando políticas desenvolvidas por outros órgãos e ampliando direitos individuais foi amplamente repercutida na mídia e passou a compor a imagem social do tribunal. Esses julgamentos foram incorporados no discurso dos próprios ministros, tais como no de Luís Roberto Barroso, integrante da corte a partir de 2013. Barroso (2015, p. 43-44; 2018) afirma que as decisões sobre cotas raciais, união homoafetiva e a Lei Maria da Penha, entre outras, contribuíram para o “avanço social”<sup>305</sup>. Dessa forma, esses julgamentos produziram efeitos simbólicos relevantes: o STF era um tribunal que contribuía para a transformação social.

Ao mesmo tempo em que estava legitimando políticas públicas e promovendo direitos individuais, o STF realizou o julgamento da Ação Penal 470 (“Mensalão”) no segundo semestre de 2012. Esse julgamento foi a etapa final de um longo trâmite judicial, cuja denúncia da Procuradoria Geral da República remonta a 2006. Dessa forma, o fortalecimento do STF ao longo dos anos 2000 se confunde em boa medida com sua atuação na AP 470. Nesse julgamento em 2012, houve a violação de direitos individuais de relevantes agentes políticos, sobretudo o de liberdade, pois foram condenados pelo crime de

---

STF nesse julgamento pode ser caracterizada como uma expansão do individual da mulher sobre o próprio corpo e ocorreu também no início dos anos 2010.

<sup>305</sup> Para Barroso (2015, p. 28, grifos do autor), essas decisões indicam para o sucesso do neoconstitucionalismo no Brasil, sobre o qual afirma: “O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social.”

“corrupção ativa”<sup>306</sup>, algo sem paralelo com o tratamento dispensado a agentes políticos até então. Entre as características do julgamento do STF na AP 470, destacam-se o seu não desmembramento o que inviabilizou o direito de recurso para diversos réus, a interpretação conferida ao Código Penal para aplicar o tipo penal de “corrupção ativa” às relações entre Executivo e Legislativo, e a insuficiência do material probatório. Dessa forma, o tribunal contribuiu para enfraquecer um governo de esquerda, uma vez que eram esses agentes políticos que estavam conduzindo as políticas econômicas e sociais da agenda neodesenvolvimentista. Ou seja, os efeitos dessa atuação do STF foram conservadores, uma vez que restringiu direitos individuais e enfraqueceu processos mais amplos de transformação social. Os mesmos ministros do STF que votaram a favor de relevantes medidas de inclusão social também contribuíram para essa mudança de jurisprudência em processos de “combate à corrupção”. A transmissão e reverberação midiática do julgamento foi um dos fatores para a queda de popularidade do governo em junho de 2013 e para posturas de radicalização política da alta classe média. Essa atuação do STF na AP 470 atendeu a interesses da parcela dos grandes grupos econômicos (a burguesia associada) que se opunha ao governo federal. A burguesia interna, por outro lado, possivelmente não pressionou o tribunal nesse processo, uma vez que continuou a apoiar o governo até 2013 pelo menos. Em linhas gerais, o julgamento da AP 470 pelo STF contribuiu para o avanço da agenda neoliberal com o enfraquecimento da agenda neodesenvolvimentista, em momento em que o governo estava no seu auge de apoio social.

Após o período neodesenvolvimentista, que perdurou até 2014, o contexto político transita para o de crise política. Essa transição foi favorecida pela atuação dos tribunais. Além do julgamento da Ação Penal 470 em 2012, com a execução das penas em 2013, no primeiro semestre de 2014 iniciou-se a Operação Lava Jato<sup>307</sup>. O contexto político era então caracterizado, de um lado, pelo aumento das pressões estrangeiras, adesão majoritária dos grandes grupos econômicos à agenda neoliberal e radicalização da alta classe média, e, de outro lado, por uma perda de apoio do governo entre movimentos sociais. Dessa forma, a pressão sobre os tribunais para que aderissem à agenda de “combate à corrupção” foi ainda

---

<sup>306</sup> O Código Penal assim define o delito de corrupção ativa: “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

<sup>307</sup> Sobre a continuidade entre a Ação Penal 470 e a Operação Lava Jato, Barroso (2018) afirma: “ao longo do julgamento da ação penal 470 (mensalão), pela primeira vez, empresários, políticos e burocratas foram condenados por crimes como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta de instituições financeiras. Foi uma virada histórica na cultura da impunidade, que abriu caminho para a Operação Lava Jato.”



mais forte a partir de 2014. A Operação Lava Jato envolve múltiplos órgãos judiciais e de modo geral seu centro mais dinâmico é o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abrange os estados da região Sul. Ao STF enquanto órgão de cúpula do Judiciário cabe fazer um controle da legalidade dos processos judiciais. Além disso, suas decisões em controle de constitucionalidade também influenciam a Operação, uma vez que podem contribuir para fortalecê-la ou enfraquecê-la. É nesse contexto que se insere o julgamento do HC 126.292 e da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44 em 2016, nos quais se passou a permitir a execução de condenação penal antes do seu trânsito em julgado. A atuação do STF nesses processos é objeto de estudo aprofundado no item a seguir. De modo geral, o grau de inovações jurisprudenciais e de agressividade na Operação Lava Jato foi maior do que no “Mensalão”, uma vez que ocorreu um amplo uso de prisões provisórias, de “conduções coercitivas” de investigados sem intimação prévia e de delações como prova única para condenações criminais. Essa atuação ilegal foi favorecida pelas pressões internacionais e pela mudança de agenda política de grandes grupos econômicos em 2014. Por exemplo, houve um alto grau de participação de entidades estrangeiras no âmbito da Operação Lava Jato, com destaque para o Departamento de Justiça do governo norte-americano. Essa colaboração internacional indica para a existência de interesses estrangeiros sobre os processos da Operação Lava Jato no Brasil<sup>308</sup>.

No período de crise política, o STF continuou a julgar processos sobre a constitucionalidade de políticas desenvolvidas no período neodesenvolvimentista. Em novembro de 2017 o STF decidiu que a Medida Provisória de 2013, posteriormente convertida na Lei 12.871, que instituiu o programa “Mais Médicos”, é constitucional. Essa decisão ocorreu no âmbito da ADI 5.035 ajuizada Associação Médica Brasileira em agosto de 2013. Além disso, em fevereiro de 2018 o STF concluiu o julgamento da ADI 3.239 ajuizada por partido político contra o Decreto 4.887 de 2003 que regulamenta os procedimentos administrativos para titulação de comunidades remanescentes de quilombos. Nesse processo judicial, o relator, Ministro Cezar Peluso, votou pela inconstitucionalidade do Decreto em sessão ocorrida em abril de 2012. Após pedido de vistas, a Ministra Rosa Weber votou em março de 2015 pela sua constitucionalidade, no que foi acompanhada pela maioria dos ministros em 2018. Entre outras questões, o tribunal considerou que o art. 68 do

---

<sup>308</sup> A agenda de “combate à corrupção” não é em si mesma uma agenda completa ou autônoma. Insere-se, na verdade, nos conflitos mais amplos entre a agenda neodesenvolvimentista e a neoliberal. Por exemplo, os valores envolvidos na disputa pelo controle de petróleo brasileiro, um dos pontos de maior tensão entre ambas as agendas, são infinitamente superiores às quantias investigadas na Operação Lava Jato.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias detém “eficácia plena e aplicação imediata”<sup>309</sup>. Além disso, afirmou que a política de titulação de quilombos tem papel relevante para redução de desigualdades sociais. Dessa forma, o tribunal conferiu segurança jurídica às titulações já realizadas, que são em torno de duzentos comunidades em universo de três mil comunidades remanescentes de quilombos no Brasil<sup>310</sup>. Esse processo contou com ampla participação de movimentos sociais e diversas entidades como *amicus curiae*. Esse julgamento contrariou os interesses de relevantes entidades empresariais, como a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) e Confederação Nacional da Indústria (CNI), que se manifestaram no processo em defesa da inconstitucionalidade do decreto.

Os julgamentos do STF na ADI 3.239 e na ADI 5.035 indicam para a tendência do tribunal de validar as políticas de inclusão social desenvolvidas no período neodesenvolvimentista. No entanto, o tribunal não decidiu de forma imediata ao ajuizamento das respectivas ações. Considerando a mudança de governo em razão do *impeachment* em 2016, os autores de ambas as ADIs e seus apoiadores não mais necessitavam da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que passou a ser possível reduzir o alcance dos programas por meio do próprio Executivo. Grupos sociais contrários ao programa “Mais Médicos”, como associações de classe e empresas do setor de saúde, passam a pressionar o próprio Executivo para reduzir o orçamento do programa e o número de médicos contratados. Em sentido semelhante, o ritmo da política de titulação de comunidades remanescentes de quilombos é ditado pelo Executivo, que pode paralisá-la por completo e até mesmo revogar o decreto. Dessa forma, embora se tratem de julgamentos relevantes para legitimar políticas de inclusão social, a intensidade das pressões contrárias a essas políticas junto ao STF diminuiu com a mudança de governo em 2016. Ou seja, esses julgamentos teriam um outro significado caso tivessem ocorrido ainda durante o período neodesenvolvimentista, uma vez que as pressões junto ao STF eram mais fortes.

Em outros julgamentos no período de crise política, o STF aderiu claramente à agenda neoliberal. É o caso sobretudo dos direitos trabalhistas, em relação aos quais houve relevantes mudanças de jurisprudência. Em outubro de 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 693.456, por sete votos a quatro o STF fixou que é um “dever” da

---

<sup>309</sup> “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

<sup>310</sup> Os dados sobre a política de quilombos não são precisos, mas essa é a estimativa de entidades de direitos humanos, como a Comissão Pró-Índio de São Paulo, citada no voto do relator na ADI 3.239.

administração pública proceder “ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos”. Dessa forma, o desconto deixa de ser realizado pelo Judiciário nos casos em que a greve é declarada ilegal, mas sim unilateralmente pela Administração Pública, que passa a ter a obrigação para tal. Esse julgamento contribuiu para enfraquecer movimentos sindicais do funcionalismo público, que possui ampla tradição de greves, dificultando protestos contrários às medidas da agenda neoliberal, como a proposta de reforma da previdência.

Em agosto de 2018, no julgamento da ADPF 324, o STF invalidou trechos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e ampliou a possibilidade de terceirização para atividades-fim, e não apenas para atividades-meio como previa a súmula. Esse processo judicial contou com a manifestação de diversas entidades empresariais, a exemplo da Confederação Nacional da Indústria (CNI), e de movimentos sociais, como a Central Única dos Trabalhadores (CUT). Por sete votos a quatro, o tribunal atendeu a interesses de grandes grupos econômicos, uma vez que a ampliação da terceirização tende a reduzir seus custos com trabalhadores. Por sua vez, empregados terceirizados tendem a receber menos do que empregados diretos e a trabalhar em condições mais precárias. Nesse sentido, foi uma relevante mudança de jurisprudência consolidada da Justiça do Trabalho, favorecendo a agenda neoliberal.

Considerando os julgamentos emblemáticos do período pós-1988 analisados, é possível concluir que no período pós-1988 a atuação do Supremo Tribunal Federal apresentou significativas mudanças, as quais, por sua vez, parecem estar associadas às mudanças de contexto político. Foi no período neodesenvolvimentista, cujo ápice ocorreu entre 2009 e 2012 com elevadas taxas de crescimento econômico e distribuição de renda, que ocorreu uma mudança de atuação do STF em relação aos anos 1990. Nos anos 2010, em alguns casos o tribunal passou a ampliar direitos, como nos julgamentos sobre união homoafetiva, e em outros casos passou a reduzir direitos, sobretudo nos processos associados à agenda de “combate à corrupção”. Essa atuação é semelhante com a postura da Procuradoria Geral da República, que foi autora de uma das ações sobre união homoafetiva e também incentivou amplamente a redução de direitos em processos de “combate à corrupção”. Dessa forma, o STF contribuiu tanto para promoção quanto para o bloqueio de processos de transformação social<sup>311</sup>. Os mesmos ministros ora atuavam para ampliar direitos ora para restringi-los.

---

<sup>311</sup> Além de o perfil de ministros nomeados ser influenciado pelo contexto político, ocorreram mudanças nos comportamentos individuais de alguns ministros, o que também pode estar associado ao contexto político. É o

Entretanto, existe um eixo geral na atuação do tribunal ao longo do período pós-1988: não contrariar os interesses de grandes grupos econômicos. É isso que explica porque o STF contribuiu para expandir alguns direitos e restringir outros. Essa atuação do STF é compatível com o que Fraser (2017) denomina de “neoliberalismo progressista”, uma vez que amplia medidas de reconhecimento a grupos vulneráveis por meio da promoção de direitos individuais, mas não adota medidas distributivas que afetem interesses econômicos de grandes empresas. Nesse sentido, no período pós-1988 o STF forneceu diversas contribuições relevantes para o avanço da agenda neoliberal no Brasil, tais como nos julgamentos sobre taxa de juros, privatizações, direitos trabalhistas e no “combate à corrupção”. Ou seja, mesmo a sua atuação em favor de alguns direitos individuais e sociais no período neodesenvolvimentista tem como pano de fundo uma continuidade na defesa da agenda neoliberal.

Sobre as relações entre STF e governo no período neodesenvolvimentista, a agenda de “combate à corrupção” teve um efeito desestabilizador maior do que uma eventual declaração de inconstitucionalidade de leis e políticas de inclusão social. Ao adotar uma atuação transformadora em alguns julgamentos, o STF melhorou sua imagem social e ampliou suas condições para promover um combate seletivo à corrupção. O julgamento da Ação Penal 470 e a posterior Operação Lava Jato produziram um impacto político muito maior do que uma eventual declaração de inconstitucionalidade do programa “Mais Médicos”, por exemplo. Considerando a função política dos tribunais de legitimar ou não um regime político, o “combate à corrupção” foi um meio privilegiado para enfraquecer o governo e para instaurar a crise política em 2015<sup>312</sup>. Em linhas gerais, no período neodesenvolvimentista não houve significativos conflitos entre STF e governo em torno de políticas específicas, mas sim um confronto global nos processos de “combate à corrupção”, o que se iniciou na Ação Penal 470.

Em suma, por meio da análise de julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal no período pós-1988, demonstra-se uma correlação entre a atuação do tribunal e as variáveis discutidas no capítulo anterior, sobretudo a atuação de grandes grupos econômicos

---

caso, por exemplo, de Celso de Mello. Ao longo da década de 1990, o ministro compôs a maioria que decidiu pela inaplicabilidade imediata de norma constitucional sobre juros na ADI 4 e pela impossibilidade de aumentar judicialmente o valor do salário mínimo na ADI 1.458. A partir dos anos 2000, o ministro oscilou de posição, como na ADPF 45 em que admitiu a possibilidade de aplicação direta de direitos sociais pelo Judiciário. Essas mudanças na atuação de ministros são relevantes para mudanças da atuação global do tribunal.

<sup>312</sup> A possibilidade de o Judiciário atuar de forma reacionária às políticas de inclusão social foi identificada por Santos (2011, p. 110) e denominada como “contrarrevolução jurídica”, isto é, “uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos [...]”. Como afirma, “o Poder Judiciário tende a ser conservador” (SANTOS, 2011, p. 111).

brasileiros e de interesses estrangeiros. Em linhas gerais, o STF tendeu a não contrariar esses interesses no período de 1988 a 2018<sup>313</sup>. Ao contrário, contribuiu sobretudo para o avanço a agenda neoliberal. Dessa forma, o fortalecimento do tribunal e algumas mudanças na sua atuação foram favorecidas pela pressão de grandes grupos econômicos brasileiros e de interesses internacionais. No período de crise política, essas variáveis incidiram de forma mais direta e evidente nos julgamentos do HC 126.292 e da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44, os quais são objetos do estudo de caso a seguir.

### **3.3. HC 126.292 e Medida Cautelar nas ADC 43 e ADC 44**

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma significativa mudança de jurisprudência sobre um direito individual: a presunção de inocência. Inicialmente, essa mudança ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 126.292 em fevereiro e, posteriormente, foi consolidada no julgamento da Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 em outubro de 2016. Entre os dispositivos que foram objeto de interpretação pelo STF, destacam-se o art. 5º, LVII, da Constituição (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) e o art. 283 do Código de Processo Penal (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”), na redação conferida pela Lei 12.403 de 2011.

O Habeas Corpus 126.292 pode ser caracterizado, no seu estágio inicial, como um processo rotineiro em que os tribunais inferiores não cumprem a consolidada jurisprudência do STF, envolvendo indivíduo sem projeção social. Neste caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo havia determinado a execução da sentença penal condenatória após decisão em segundo grau. Como era comum neste tema, a defesa impetrou HC perante o Superior Tribunal de Justiça, que tramitou com o número 313.021. Em 22 de dezembro de 2014, a liminar foi negada pelo Presidente do tribunal, Ministro Francisco Falcão, no exercício de competências do período de recesso. Os fundamentos da decisão foram de cunho processual (inadequação da via do Habeas Corpus) e a ausência de flagrante ilegalidade, nos seguintes termos:

---

<sup>313</sup> Uma exceção relevante talvez tenha sido o julgamento da ADI 4.650 concluído em setembro de 2015 sobre financiamento de campanhas eleitorais. Nesse caso, o tribunal proibiu o financiamento por grandes empresas, embora tenha permitido que candidatos financiassem suas próprias campanhas.

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial [...]. Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* [...]

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

Em face da decisão monocrática proferida pelo Presidente do STJ foi então interposto o HC 126.292 junto ao Supremo Tribunal Federal em 15 de janeiro de 2015. O relator, Ministro Teori Zavascki, concedeu a liminar em 5 de fevereiro de 2015, determinando que o paciente fosse posto em liberdade. Na sua decisão, o relator frisou que a Súmula 691 do STF não admite o conhecimento de Habeas Corpus que ataca decisão monocrática de tribunal superior, de modo que, em regra, deve-se aguardar o julgamento colegiado do STJ<sup>314</sup>. No entanto, para o relator havia uma “manifesta ilegalidade” no caso, o que permitiu afastar a incidência da referida súmula. A ilegalidade consistia justamente na impossibilidade de execução de sentença condenatória logo após decisão em segundo grau, uma vez que ainda não tinha ocorrido o seu trânsito em julgado. Não houve uma fundamentação específica do TJSP para impor a prisão preventiva com base na “garantia da ordem pública” por exemplo, como previsto no art. 312 do Código de Processo Penal. Dessa forma, assim consta na decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki:

[o] Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso.

Posteriormente, seguindo o rito processual, foi colhido o parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o caso. Em 9 de fevereiro de 2015, a PGR também indicou para a manifesta ilegalidade da prisão do paciente do HC, nos seguintes termos:

---

<sup>314</sup> Súmula 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

[...] embora a sentença tenha permitido ao réu recorrer em liberdade, o Tribunal de Justiça, ao negar a apelação [do réu], decretou a prisão preventiva, afrontando assim a proibição da *reformatio in pejus*. Embora, em tese, seja possível a decretação da prisão preventiva por fatos supervenientes à sentença, esse não é o caso dos autos, donde a ilegalidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação.

No entanto, em 15 de dezembro de 2015 o julgamento colegiado do HC foi afetado para o Plenário do STF por decisão da Segunda Turma após sugestão do relator. Nesse momento, o HC deixou de seguir o trâmite rotineiro. O julgamento pelo Plenário, e não pela turma, era indicativo da intenção de alterar a jurisprudência sobre o tema. Logo nas primeiras sessões de 2016, foi o que, efetivamente, ocorreu em 17 de fevereiro. No seu voto o relator mudou de posição sobre o cumprimento de sentença condenatória antes do trânsito em julgado e foi acompanhado por outros seis ministros. Dessa forma, foi revogada a liminar anteriormente concedida e considerada legal a prisão ordenada pelo TJSP no caso.

De modo geral, o argumento preponderante nos votos da maioria dos ministros foi a necessidade de aumentar “a efetividade da função jurisdicional penal”, como afirmou o relator. Essa efetividade estaria sendo comprometida pela permanência da presunção de inocência do réu mesmo após condenação em segunda instância. Nos termos do relator, essa presunção “tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.” Era então necessário reduzir o direito à presunção de inocência de modo que prevalecesse apenas até o julgamento em segunda instância. Segundo o relator no seu voto:

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. [...] tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

Essa “relativização” não compromete o “núcleo essencial” da presunção de inocência, uma vez que “o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”, segundo o relator. Os recursos de natureza extraordinária, continuou, “destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo” e não a “examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos

concretos”. Essa linha de argumentação do relator foi seguida, de modo geral, pelos demais seis ministros.

Para essa redução do direito à presunção de inocência, foi necessário afastar a interpretação literal do art. 5º, LVII da Constituição. Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin afirmou que interpreta o referido dispositivo “sem o apego à literalidade”. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a jurisprudência do STF até então dominante se baseava em “leitura mais literal do art. 5º, LVII”. Em voto extenso e elaborado, Barroso acrescentou diversos argumentos para afastar a interpretação literal. Um deles foi considerar o dispositivo constitucional não como regra, mas sim como princípio, como definido por Dworkin e Alexy, autores que foram expressamente citados em seu voto. Nesse sentido, Barroso afirmou:

Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

Segundo sua interpretação, o princípio da presunção da inocência estaria em conflito com o princípio da efetividade da lei penal, que encontra fundamento constitucional na necessidade de preservação da vida, segurança e bens (art. 5º, caput), de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e de garantia da ordem pública (art. 144). Na ponderação entre esses princípios, Barroso afirmou que “não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem.”<sup>315</sup> Em sentido semelhante, para também afastar a interpretação literal do art. 5º, LVII da Constituição, o Ministro Gilmar Mendes afirmou: “estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo ou nada”. O relator, Ministro Teori Zavascki, de forma próxima à proposta de ponderação, já havia afirmado: “A retomada da tradicional jurisprudência [...] é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”.

---

<sup>315</sup> Na ementa do seu voto, Barroso reitera: “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)”.



Por fim, até mesmo na ementa do acórdão constou o argumento de que a presunção de inocência é um “princípio”<sup>316</sup>. Dessa forma, na análise do acórdão do HC 126.292 é possível constatar uma ampla influência da distinção entre regras e princípios conforme sustentado por Dworkin e Alexy. Nesse sentido, as teorias desses autores foram utilizadas para justificar essa decisão judicial<sup>317</sup>.

Em seus votos, os ministros Barroso e Mendes se apoiaram também em críticas oriundas de entidades internacionais sobre o sistema criminal brasileiro. Para ilustrar os problemas de efetividade do sistema criminal, Barroso afirmou que a “Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção” proferiu recomendação ao Brasil no sentido de “implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção.”<sup>318</sup> A Organização dos Estados Americanos, como se sabe, é integrada pelos Estados Unidos que na época possuía amplo interesse em difundir a agenda penal de “combate à corrupção” na América Latina. Mendes, por sua vez, manifestou concordância com a reportagem de 10 de dezembro de 2015 da revista inglesa *The Economist*, a qual “fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença”<sup>319</sup>. Essas duas referências, portanto, sugerem a existência de interesses estrangeiros sobre o sistema criminal brasileiro.

---

<sup>316</sup> Segundo consta na ementa: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o *princípio* constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” (grifo meu)

<sup>317</sup> Por outro lado, adotando uma interpretação literal da Constituição, o Ministro Marco Aurélio afirmou: “Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.” Também compondo a minoria nesse julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que não é possível “ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.”

<sup>318</sup> O relatório sobre o Brasil no qual consta essa recomendação está disponível em [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_bra\\_por.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf) Acesso em 6 mai. 2019.

<sup>319</sup> O título da reportagem da *The Economist* é “Justiça estranha: os tribunais tratam suspeitos de forma muito severa, e condenados de forma muito leniente” (tradução minha). Ao final, o artigo defende mudanças na lei brasileira, tanto para evitar prisões antes do julgamento em primeira instância, quanto para assegurar o cumprimento imediato de sentenças condenatórias. Disponível em <https://www.economist.com/the-americas/2015/12/10/weird-justice> Acesso em 6 mai. 2019.

Por fim, existem no acórdão uma série de argumentos que se apoiaram no contexto social do momento do julgamento e em valores de justiça e ética. O Ministro Luiz Fux afirmou que a interpretação constitucional deve encontrar “ressonância no meio social” e que “a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer”. O Ministro Barroso afirmou que “a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade”, e dessa forma “restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal”. Em seu voto afirmou que “em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal”. Ainda segundo Barroso, essa decisão do STF poderia gerar uma mudança cultural que seria “a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*.” Sustentou que “dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.” De certa forma, esses argumentos orientam-se pela busca de um convencimento social amplo com base em valores de justiça e ética, e não pela aplicação literal da Constituição. No julgamento do HC 126.292, ocorreu então uma redução do formalismo na prática do tribunal, no sentido de incorporar e conferir proeminência a elementos que não se referem às normas jurídicas constitucionais, sobretudo na sua interpretação literal.

Essa decisão do STF, em 17 de fevereiro de 2016, ocorreu durante o período de crise política. A agenda de “combate à corrupção” passou a ser defendida por grandes grupos econômicos e contava com amplo apoio social, em especial na alta classe média. Nesse contexto, a mudança na jurisprudência do STF sobre presunção de inocência ocorreu de forma abrupta. Não foi, por exemplo, no âmbito de uma ADI ajuizada por alguma entidade prevista no art. 103 da Constituição em face da Lei 12.403 de 2011, que alterou o art. 283 do Código de Processo Penal. No HC 126.292 não havia partes com maior visibilidade social e nem sequer um pedido formal para alterar a jurisprudência. O parecer do Ministério Público em 9 de fevereiro de 2015 era a favor da soltura do paciente. Apenas na sessão de julgamento o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, defendeu oralmente a mudança de jurisprudência<sup>320</sup>. Além disso, houve pouco tempo entre o processo ser afetado ao Plenário, em 15 de dezembro de 2015, e seu efetivo julgamento em 17 de fevereiro de

---

<sup>320</sup> A manifestação oral do Procurador-Geral da República em favor do cumprimento de sentença penal condenatória após decisão em segundo grau foi ressaltada no voto de Luiz Fux.

2016<sup>321</sup>. Essa mudança, portanto, foi inesperada como ressaltou o Defensor Público do Rio de Janeiro entrevistado:

De fato, na ocasião foi uma grande surpresa, mas já à época quando se viu o Plenário se debruçando sobre isso já se supunha... porque realmente não havia decisões anteriores que viessem pontualmente alterando a jurisprudência. A mudança foi de 180 graus, pelo menos foi essa percepção que eu tinha. [...] Não havia uma decisão monocrática contrária, uma outra decisão monocrática... De repente uma Turma decidiu diferente... Porque normalmente a mudança de jurisprudência vem numa dinâmica dessa forma, gradual. Todas as decisões seguiam a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal e que coincide muito com a literalidade do texto constitucional.

Com base na análise do processo judicial e das entrevistas, é possível afirmar que essa decisão do STF foi reflexo de uma postura mais autônoma dos ministros, os quais na sua maioria optaram por aderir à agenda de “combate à corrupção”. Essa é a percepção da magistrada da Associação de Juízes pela Democracia entrevistada:

Essa mudança de jurisprudência do STF vem numa onda contextualizada de agravamento do punitivismo. É uma espécie de resposta a essa demanda popular que vai ocorrendo em vários campos, dessa ideia de que a situação da segurança pública e da violência no Brasil existe por causa da impunidade. Não é bem assim. Mas o sentimento de alguns dos ministros foi se alterando para acompanhar essa onda. Existe também evidentemente a questão da Lava Jato. Está tudo acontecendo ao mesmo tempo: o aumento do punitivismo, tem a Lava Jato no auge na época da decisão dos ministros. [...]

Nessa época [fevereiro de 2016], acho que não existia nenhuma pressão específica para essa mudança nessa ocasião. Acho que foi mais uma onda mesmo e a percepção de alguns ministros de qual seria o papel histórico deles naquele momento. Eles têm bastante essa preocupação com a imagem, no sentido de eles vão ser vistos como o quê? E acharam que esse era um caminho válido. [...]

Sempre existiu uma pressão de setores da mídia para essas questões. Não é de hoje. Desde que tem Constituição, tem essa conversa. Mas até então esse mesmo conjunto de pessoas nunca tinha se sentido impelido a mudar de ideia. Então eu acho que tem mais a ver com a percepção deles sobre os tempos que estavam mudando. E os tempos estavam mudando mesmo. Não é à toa que estamos aqui três anos depois em tempos bastante autoritários e punitivistas. Eles sentiram esse movimento e foram juntos.

O Ministro Gilmar Mendes desempenhou um papel relevante nessa adesão do STF à agenda “punitivista” ou de “combate à corrupção”. No julgamento do HC 84.078 em 2009,

---

<sup>321</sup> A celeridade com que o HC 126.292 foi pautado no Plenário foi registrada pela Ministra Rosa Weber no seu voto: “este *habeas corpus* não estava previsto com maior antecedência para a pauta de hoje, e não tive condições de me debruçar sobre o tema com o cuidado e atenção que estava a merecer.” O Ministro Marco Aurélio também afirmou: “Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.”

em que o STF fixou a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de decisão condenatória para o início da sua execução, Mendes votou com a maioria. O seu voto, em 2016, no HC 126.292, representou uma mudança de entendimento em relação a votos anteriores, como afirmou: “quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação”<sup>322</sup>. Mendes até então tinha um perfil mais “garantista” em relação ao processo penal e a direitos individuais de modo geral, como pontuou a magistrada da AJD. Além de Mendes, houve uma mudança de posição do próprio relator ao longo do mesmo processo: embora tenha inicialmente concedido a liminar, posteriormente votou pela denegação da ordem. Nesse sentido, é esclarecedora a afirmação do advogado de Brasília entrevistado:

2016 foi um ano de intensa virada do Supremo Tribunal Federal em direção ao punitivismo. Primeiro que ali nós tínhamos, naquele contexto do golpe, um Gilmar Mendes extremamente ativo em dar “caneladas” no PT. De certa forma, isso permitiu a formação de uma maioria punitivista naquele momento, sempre com vistas, claro, ao que pode acontecer com os petistas que eram alvo de ações em Curitiba e em outros cantos do país. Eu não tenho dúvida nenhuma de que ali nós fomos em direção a uma seletividade política muito clara. Pegaram um caso inexpressivo, como sói ser, para criar um precedente. Essa técnica de criar “ativo jurisprudencial” é típica do STF e do STJ. Ministros votam muitas vezes casos inexpressivos pensando lá na frente. Isso é muito comum. Isso aí eu chamo de criação de “ativo jurisprudencial”. Na verdade, o caso é irrelevante, poderia ser tratado dentro da rotina, mas há uma virada para não chamar atenção, porque se você fizer a virada em cima de um caso ou alguma pessoa célebre, aí a seletividade vai ficar escancarada.

Foi no âmbito de um caso individual, portanto, em fevereiro de 2016, que o STF mudou sua jurisprudência sobre o momento de início da execução de condenação penal. Não houve um debate mais amplo como em outras decisões do tribunal em processos de controle concentrado de constitucionalidade. Dessa forma, o tribunal recepcionou e fortaleceu essa agenda de “combate a corrupção”, como ficou expresso na defesa de ampliar a “efetividade do sistema penal”, mesmo que em detrimento do direito à presunção de inocência<sup>323</sup>. Houve,

<sup>322</sup> O Ministro Gilmar Mendes na época emitia diversas declarações na imprensa e proferia decisões judiciais contrárias ao PT e ao governo federal, o que torna plausível a hipótese de que sua atuação no HC 126.292 visava a fortalecer a Operação Lava Jato e a contribuir para desestabilizar o governo. Dilma Rousseff foi afastada do cargo de Presidente da República em 12 de maio de 2016.

<sup>323</sup> Divergindo da maioria, o Ministro Celso de Mello afirmou: “A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.” No seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski apontou a discrepância entre os regimes de cumprimento de sentença em âmbito cível e criminal. Em relação ao direito de propriedade o novo Código de Processo Civil “se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores.” Um indivíduo em cumprimento provisório da pena, por outro lado, “não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado” caso seu recurso seja julgado procedente nos tribunais superiores.

portanto, uma ação autônoma da maioria dos ministros para favorecer a agenda de “combate à corrupção”, sem tanto vínculo com pressões diretas sobre o tribunal.

Em 19 e 20 de maio de 2016, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, respectivamente, ingressaram com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44<sup>324</sup>. Ambas pleiteiam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, em razão da controvérsia jurisprudencial inaugurada pelo próprio STF no HC 126.292, que contrasta com a jurisprudência dominante desde o HC 84.078 de 2009. Os autores argumentam que no HC 126.292 não houve a expressa declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, que condiciona a execução da sentença condenatória ao seu trânsito em julgado. Em 24 de maio as duas ações foram apensadas e passaram a tramitar em conjunto, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Entre os motivos do PEN para ajuizar a ADC 43, é possível supor que estão vinculados à dinâmica de alianças e de interesses partidários, enquanto que os motivos da OAB para ajuizar a ADC 44 estão mais associados à defesa dos interesses de seus inscritos.

Nos meses seguintes ao ajuizamento das ADCs, diversas entidades pleitearam o ingresso nos processos como *amicus curiae*, isto é, enquanto terceiros interessados que participam e contribuem no julgamento<sup>325</sup>. A análise desses pedidos permite situar os diferentes interesses envolvidos em torno do tema e identificar eventuais pressões sobre o tribunal. Em favor da necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de condenação penal para iniciar seu cumprimento manifestaram-se associações de advogados, entidades de direitos humanos e as Defensorias Públicas da União, de São Paulo e do Rio de Janeiro<sup>326</sup>. Em suas manifestações nas ADCs 43 e 44, as Defensorias Públicas apresentaram dados sobre o alto índice de sucesso nos seus recursos junto aos tribunais superiores<sup>327</sup>. Em parte, esse

---

<sup>324</sup> Tratam-se de processos judiciais que ainda estão em trâmite. Por isso, o foco da análise será o acórdão da medida cautelar, uma vez que inexiste até o momento decisão final de mérito.

<sup>325</sup> O art. 7 da Lei 9.868 de 1999, que regula o processo da ADI e da ADC, estipula: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

<sup>326</sup> Antes do julgamento da Medida Cautelar em setembro e outubro de 2016, as seguintes entidades foram admitidas nas ADCs 43 e 44, em defesa dos pedidos dos autores: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto Ibero Americano de Direito Público, Instituto dos Advogados de São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e Instituto dos Advogados Brasileiros. O pedido de ingresso do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, que atua no combate ao racismo, foi negado pelo relator.

<sup>327</sup> Em memoriais conjuntos apresentados para o julgamento da medida cautelar, as Defensorias Públicas de São Paulo e Rio de Janeiro afirmaram: “De acordo com análise dos dados apurados nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo observou que cerca de 60% dos recursos especiais, e 25% dos agravos em recursos especiais interpostos obtiveram resultados positivos no Superior Tribunal de Justiça. [...] A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro analisou 1.476 processos nos quais foi requerente junto ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, entre março de 2014 e dezembro de 2015. [...] Destes 1.476 processos, 896 requeriam a absolvição, redução na quantidade da reprimenda, atenuação do regime

sucesso nos tribunais superiores decorre da relutância de tribunais estaduais e regionais em seguir a jurisprudência do STF. Como sustentado pela Defensoria da União em memoriais de 31 de agosto de 2016, alguns tribunais estaduais não reconhecem, por exemplo, o “princípio da insignificância” que é utilizado pelo STF para absolver acusados de furtos de produtos de baixíssimo valor. Essa postura dos tribunais inferiores é o que originou o próprio HC 126.292, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo se recusou a seguir a então jurisprudência pacífica do STF que estipulava a necessidade de trânsito em julgado para início do cumprimento de sentença condenatória. Em memoriais conjuntos de 30 de agosto de 2016, as Defensorias de São Paulo e do Rio de Janeiro sustentaram que seus assistidos seriam as “vítimas colaterais da nova orientação acerca da execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, uma vez que acarretaria

danos sofridos por seus assistidos que, ao iniciarem o cumprimento da pena de prisão desde o acórdão do Tribunal de Justiça, vierem, em sede de recurso especial/agravo em recurso especial, a serem absolvidos, ou terem suas penas reduzidas, ou o seu regime de cumprimento atenuado, ou ainda a reprimenda privativa de liberdade substituída por outra restritiva de direitos.

Por outro lado, em defesa do cumprimento de pena após condenação em segundo grau, manifestou-se a Associação dos Juízes Federais do Brasil, cujo pedido de ingresso nos autos foi negado pelo relator. Segundo o ministro, “é impróprio admitir, no processo, entidade cuja finalidade é congregar a magistratura federal, considerada a necessidade de resguardar a imparcialidade dos juízes representados pela associação”, conforme consta na sua decisão de 20 de junho de 2016. A petição da Ajufe, que foi removida dos autos da ADC 43, foi assim resumida:

[Ajufe] Afirma ser entidade de classe de âmbito nacional representativa da magistratura federal. Diz ter a finalidade, entre outras, de fortalecer o Poder Judiciário e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito. Argui que o entendimento assentado pelo Supremo neste processo repercutirá diretamente na atividade dos associados. Articula com a inadmissibilidade desta ação, ante a ausência de controvérsia judicial atual sobre o tema. Tece considerações sobre o mérito, sustentando a necessidade de conferir interpretação ao artigo 283 do Código de Processo Penal para autorizar a execução da pena caso interposto recurso a Tribunal Superior sem efeito suspensivo.

---

inicial de cumprimento de pena e/ou substituição por uma pena restritiva de direitos. [...] Neste universo, verificou-se que 49% dos habeas corpus e recursos em habeas corpus tiveram resultado positivo, com impacto, portanto, na liberdade dos pacientes/recorrentes, já que atenuavam, quantitativa ou qualitativamente, a pena imposta pelas instâncias inferiores. Dentre os recursos especiais e agravos em recursos especiais, esse percentual foi de 41%.” Para uma crítica aos dados produzidos por pesquisadores da FGV-RJ, conferir artigo de Thais Lima (2016), Defensora Pública que atuou no julgamento do STF.

A posição adotada e os argumentos deduzidos pela Ajufe na ADC 43 sugerem que a maior parte da magistratura federal aderiu à agenda de “combate à corrupção”, para qual é necessário “fortalecer o Poder Judiciário” mesmo que com a redução do direito individual à presunção de inocência<sup>328</sup>. De forma semelhante, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) também defendeu o cumprimento imediato de decisão penal condenatória em segundo grau no seu pleito para ingressar enquanto *amicus curiae* na ADC 54, ajuizada em abril de 2018 e que trata do mesmo tema. Esse seu pedido também foi negado pelo relator em decisão de 16 de maio de 2018<sup>329</sup>. Essa atuação da CONAMP também indica para uma alta adesão entre seus associados à agenda de “combate à corrupção”, inclusive por meio de uma postura ativa junto ao STF. Essa agenda era amplamente apoiada pela alta classe média, na qual se inserem os magistrados e promotores que integram essas associações<sup>330</sup>. Sobre a posição dessas associações, o advogado de Brasília entrevistado afirma:

[A AJUFE e a CONAMP] representam sobretudo a base do sistema. A base do sistema é a que fica mais irritada com a atuação das cortes superiores de forma garantista, na contramão da sua fúria. Juízes e promotores querem que suas decisões sejam executadas rapidamente e não que esperem chegar lá em cima, porque isso significa uma perda de autoridade, na visão deles. Então, eles querem afirmar a sua autoridade com isso. É uma atuação em causa própria, claramente em causa própria. [...] Essas associações são puro sentido da base.

No mesmo sentido, a percepção da magistrada da AJD:

São associações corporativas, então elas procuram defender o que a maioria dos associados pensa sobre o assunto. Até aí tudo bem, inclusive. É um fato que a maioria dos promotores, procuradores e juízes, nesse caso

<sup>328</sup> Em 17 de fevereiro de 2016, a associação emitiu a seguinte nota de apoio à mudança na jurisprudência do STF: “A Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) afirma que o julgamento do Supremo Tribunal Federal do HC 126292, ao permitir a prisão do réu após a condenação em 2º grau, é de extrema relevância para a sociedade e marca um avanço no processo penal brasileiro, uma vez que recursos por vezes protelatórios não terão mais o condão de fomentar a impunidade criminal. Mais que isso, a medida permite a efetividade da jurisdição criminal e valoriza a decisão dos magistrados de 1º e 2º graus, que efetivamente participam da instrução probatória criminal.” Disponível em <https://www.ajufe.org.br/imprensa/notas-publicas/6337-nota-sobre-a-decisao-do-stf-que-permitira-a-prisao-apos-a-condenacao-em-2-instancia> Acesso em 7 mai. 2019. No site da Ajufe existem diversos documentos em favor da prisão após decisão em segunda instância, como a “Nota Técnica nº 04/2015” e a “Nota Técnica 02/2016”. Com uma posição distinta, em 7 de março de 2016 a Associação de Juízes para a Democracia emitiu Nota Pública intitulada “Não se combate corrupção corrompendo a Constituição”. Disponível em <https://ajd.org.br/nota-publica-nao-se-combate-corrupcao-corrompendo-a-constituicao/> Acesso em 22 mai. 2019. O pedido da AJD de ingresso na ADC 43 também foi negado pelo relator em decisão de 13 de março de 2018.

<sup>329</sup> Neste caso a CONAMP interpôs agravo regimental em face do indeferimento da sua participação no processo, afirmando que “a pretensão posta nesta ação, se acolhida, inviabilizará ou reduzirá de forma clara a efetividade da atuação punitiva do Estado”, a qual é realizada por seus associados. Além disso, sustentou também que “na condição de únicos detentores da titularidade da ação penal, têm os membros do Ministério Público de defender a eficácia máxima da sentença penal condenatória”.

<sup>330</sup>

juízes federais, mas também os juízes da Justiça comum, tem um pensamento ultrapunitivista. Sempre foi assim, eu acho. Mas isso se acentuou muito nos últimos anos. A gente viu isso em outros fóruns e momentos. Por exemplo, a apresentação das “Dez medidas contra a corrupção” do Ministério Público foi apoiada por alguns juízes, mais ou menos nessa época também. Que também eram medidas inconstitucionais, na maioria delas. É o mesmo sentido da Lava Jato, de que juiz, promotor e procurador são combatentes do crime. Acho que os indivíduos partem de uma boa intenção em tese, de com seu trabalho procurar resolver a situação. Mas é uma compreensão muito rasteira do que é a realidade da violência e da segurança no país.

Ao contrário da Ajufe e da CONAMP, em 2018 a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) se manifestou nas ADCs 43 e 44 em defesa da necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para execução de condenação criminal. Embora seus associados também integrem a alta classe média, a atuação da ANADEP destoa das demais associações corporativas do sistema de Justiça e da alta classe média em geral. Alguns fatores relacionados à Defensoria Pública que podem explicar essa diferença são: a função institucional de atuar exclusivamente em defesa dos interesses de setores de baixa renda e vulneráveis, o perfil de seus profissionais e eventuais dinâmicas internas e organizacionais próprias. Embora sejam integrantes da alta classe média, os defensores públicos não aderiram à agenda de “combate à corrupção”.

Em 1 de setembro de 2019 foi iniciado o julgamento conjunto do pedido de Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ocorrendo então as sustentações orais e a apresentação do voto do relator. Contrário aos pedidos dos autores, manifestou-se o Procurador-Geral da República. Em 5 de outubro de 2016 o julgamento foi retomado e concluído, com a apresentação dos votos dos demais ministros. O Ministro Dias Toffoli alterou sua posição em relação ao Habeas Corpus 126.292, passando a defender que o início da execução de sentença penal condenatória ocorresse somente após decisão do STJ. Os demais ministros mantiveram suas respectivas posições. Dessa forma, seis ministros compuseram a maioria que decidiu pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada pelos autores e pela viabilidade da prisão para cumprimento da pena estabelecida em segundo grau.

De modo geral, a maioria vencedora retomou e desenvolveu os argumentos previamente apresentados no HC 126.292, prevalecendo a defesa de que a execução de condenação em segundo grau confere maior efetividade à jurisdição penal. Para isso, novamente foi afastada a interpretação literal do art. 5º, LVII da Constituição, como ficou



explícito nos votos dos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso<sup>331</sup>. O direito à presunção de inocência foi novamente considerado como um princípio, e não como uma regra, no sentido de que pode ser restringido por meio da ponderação com outros princípios e interesses. Esse aspecto ficou explícito nos votos de Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes<sup>332</sup>. Luiz Fux acrescentou que não se pode esquecer do “direito fundamental da sociedade, que tem, evidentemente, a prerrogativa de ver aplicada a sua ordem penal”.

Houve novamente um amplo uso de elementos retóricos visando a angariar apoio social para a decisão. Nesse sentido, Barroso iniciou seu voto citando “exemplos emblemáticos” que contribuem para “um sentimento social de ineficácia da lei penal”, nos quais houve a prescrição da pena ou um lapso muito grande de tempo entre a prática do ilícito e o início do cumprimento da pena<sup>333</sup>. Continuou afirmando que “os casos de mau funcionamento da justiça e de frustração do sentimento de justiça que qualquer pessoa traz dentro de si se multiplicam”<sup>334</sup>. Ainda, “Quando se colocam nomes, sentimentos, sofrimentos, inconformismo, o absurdo do sistema fica mais visível”, segundo Barroso. Uma maior efetividade da lei penal justifica-se, pois, “no atual estágio da condição humana o bem nem sempre consegue se impor por si próprio” e “a ética, o ideal de vida boa precisa de um impulso externo também”. O Ministro Barroso fez também referências explícitas à agenda de “combate à corrupção”, observando que “como todos os meus Pares e como toda a sociedade brasileira, vejo com desgosto e espanto que, em qualquer espaço da vida brasileira e da administração pública brasileira que se destampe, existem coisas erradas, e muito

---

<sup>331</sup> Todos os ministros que compuseram a minoria fizeram diversas referências à literalidade e à taxatividade da Constituição sobre presunção de inocência.

<sup>332</sup> Contrário à proposta de ponderação, Marco Aurélio Mello sustentou: “Descabe, em face da univocidade do preceito [direito à presunção de inocência], manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania”.

<sup>333</sup> Para Ministra Rosa Weber, um dos exemplos de injustiça citados por Barroso ocorreram ainda sob a vigência do entendimento do STF de que era possível o cumprimento de pena logo após decisão de segundo grau. Nesse sentido, uma vez que o crime foi cometido em 1991, “de 1991 a 2008 vigorava nesta Corte a compreensão que é defendida pelo Ministro Roberto Barroso”. Dessa forma, para Weber, “aquele exemplo não se justifica a partir desta compreensão diversa que foi adotada por esta Corte, a partir de 2009”. Em sentido semelhante, Celso de Mello sustentou que “não é essa prerrogativa básica [presunção de inocência] que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário”. Nesse sentido, afirmou Celso de Mello que a solução “há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmam maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República [...]”. Nessa linha, independentemente de avaliações de “justiça” sobre o sistema recursal e medidas de combate à corrupção, importa destacar nesse estudo de caso o contexto em que essa mudança de jurisprudência do STF ocorreu, bem como os seus efeitos práticos.

<sup>334</sup> Em sentido semelhante, Gilmar Mendes afirmou: “temos um sistema mal gerido, mal administrado, cooptado por corporações, mas não podemos fugir às responsabilidades; não podemos fugir, não temos como fugir, não dá para fingir que não temos nada com isso”. Para ele é necessário “levar em conta a própria realidade que permite que exiger o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade.”

erradas, acontecendo”<sup>335</sup>. O Ministro Fux afirmou que a “força normativa” da Constituição “é tanto maior na medida em que ela se ajusta ao sentimento social”. Esse tipo de argumentação informal busca um convencimento sobre a justiça da decisão, isto é, de que é a mais acertada do ponto de vista ético e moral, embora não seguindo a “literalidade” da Constituição. Dessa forma, o STF se afastou de uma argumentação preponderantemente formal, isto é, com base em normas constitucionais. O uso desse tipo de argumentação em sessão de julgamento transmitida ao vivo pode ampliar a pressão sobre os demais ministros.

O contexto do julgamento da Medida Cautelar das ADCs 43 e 44, em outubro de 2016, era parcialmente distinto do julgamento do Habeas Corpus em fevereiro. Além do maior debate público sobre a questão, já era mais claro que um possível preso antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória seria Luiz Inácio “Lula” da Silva. Em 4 de março de 2016, ele sofreu uma “condução coercitiva” no âmbito de investigação da Operação Lava Jato, sem qualquer intimação prévia. Em 14 de setembro de 2016, o Ministério Público Federal em Curitiba ajuizou denúncia penal contra Lula. Como afirma a magistrada da AJD:

Quando as ADCs surgem, daí tudo muda de figura. Até porque a gente começa a imaginar que esse entendimento, se mantido ou alterado, ia servir para pessoas específicas. A principal pessoa, claro, que é o Lula. Ninguém tem nenhuma dúvida disso. Como os ministros enxergaram isso tem a ver com esse medo de serem taxados, como alguns são, de que “libertam os políticos corruptos”. Desde o “Mensalão”, quando algum dos ministros tem algum posicionamento mais ponderado ou legalista sobre questões de liberdade, ele é tido como “vendido” ou “corrupto”. Eles não querem serem vistos assim.

Dessa forma, é possível identificar pressões mais claras sobre o STF durante o julgamento da Medida Cautelar das ADCs 43 e 44. Nesse sentido, o Defensor Público do Rio de Janeiro entrevistado afirma:

Sim, [ocorreram] pressões de todos os tipos, e de todas opiniões. É natural que se faça. Teve muita repercussão a equipe envolvida com a Lava Jato, que identificava que aquilo era de suma importância. Como a Lava Jato era muito popular, isso também trazia um apoio bastante grande para essa decisão. Além disso, como o debate político estava, como ainda está, muito polarizado... também a prisão do ex-presidente era outro tema que jogava muito elementos [...]. Já tinha a possibilidade de ele ser candidato à

---

<sup>335</sup> No seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou: “Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa tradicional garantia [presunção de inocência] para combater a corrupção endêmica que assola o país. Nem sempre emprestam, todavia, a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos.” Dessa forma, a maioria dos ministros priorizou a adesão à agenda de “combate à corrupção” em detrimento de outras agendas existentes na sociedade.

Presidente da República novamente. Tudo estava no início e o xadrez começava a se desenhar.

Consolidada essa mudança de jurisprudência em outubro de 2016, ao longo de 2017 as ADCs 43 e 44 foram instruídas com manifestações da Advocacia Geral da União e do Senado Federal, ambas favoráveis aos pedidos dos autores, seguindo o rito processual do controle concentrado de constitucionalidade. Em 2017 houve algumas variações no contexto político mais amplo. A agenda de “combate à corrupção” perdia algum apoio na sociedade e o novo governo apresentava baixíssimos índices de aprovação. Além disso, movimentos sociais ganharam força, como sugere a greve geral realizada em 28 de abril de 2017, que contou com ampla participação e apoio nas grandes cidades. O PT e seu candidato a Presidente reabilitaram-se e voltaram a assumir uma primazia política. Como aponta Singer (2018, p. 300), em 2017 o índice de preferência na sociedade pelo PT retornou aos patamares anteriores às manifestações de junho de 2013. Lula era “em todas as pesquisas de intenção de voto, o candidato favorito” para as eleições presidenciais de 2018, como ressalta Boito Jr. (2018, p. 302). Dessa forma, houve uma oscilação na opinião pública, sobretudo nos estratos de mais baixa renda que foram prejudicados pelas medidas neoliberais promovidas pelo governo de então, como a reforma trabalhista e o congelamento de investimentos públicos.

Além disso, a partir de 2017 dois efeitos da mudança de jurisprudência do STF já eram identificáveis. Primeiro, uma vez que restringiu o direito à presunção de inocência e permitiu a antecipação da execução de condenação criminal, essa jurisprudência do STF prejudicou sobretudo os setores sociais que têm mais contato com o sistema penal no Brasil. Ou seja, a redução da presunção à inocência afetou grupos sociais que já estão sujeitos a diversos tipos de desigualdades de renda e de raça. Um indivíduo condenado em segunda instância passou a ser imediatamente privado da liberdade, mesmo que posteriormente em Habeas Corpus no STJ ou STF seja absolvido, tenha o regime inicial da pena alterado, ou a pena privativa de liberdade seja substituída por uma restritiva de direitos. Dessa forma, entre a prisão após decisão em segunda instância e o julgamento de Habeas Corpus no STJ ou STF, pode ocorrer um período de privação de liberdade que ao final do processo seja considerado indevido. O STF ao restringir o direito à presunção de inocência, portanto, sujeitou indivíduos à privação indevida de liberdade. Esse aspecto foi amplamente reconhecido entre os próprios ministros que compuseram a maioria no julgamento da

Medida Cautelar das ADCs 43 e 44<sup>336</sup>. A divergência referiu-se apenas ao número de pessoas potencialmente prejudicadas<sup>337</sup>. A decisão do STF no HC 126.292 sujeitou à prisão imediata todos os réus que aguardavam em liberdade recursos nos tribunais superiores, número que varia de 12 a 60 mil pessoas, segundo diferentes estatísticas (LIMA, 2016).

As consequências dessa mudança de jurisprudência do STF foram particularmente dramáticas no Estado de São Paulo, que concentra em torno de um terço da população prisional do país. Segundo manifestação da Defensoria Pública de São Paulo, em 22 de abril de 2019, na ADC 44, “24.478 mandados de prisão foram expedidos pelo Tribunal de Justiça paulista após o acórdão de segundo grau no período compreendido entre 18.02.2016 e 22.04.2019, com fundamento em um único habeas corpus, qual seja, o HC nº 126.292”. No entanto, trata-se de um número mínimo, uma vez que “o filtro utilizado para pesquisas no site do TJSP foi o número do HC em questão, ou seja, as expressões ‘126.292’ e ‘126292’”. Dessa forma, podem existir decisões de cumprimento imediato da pena sem referência expressa ao número do Habeas Corpus. Ainda segundo a manifestação judicial, a Defensoria Pública de São Paulo é responsável por um quinto dos todos os Habeas Corpus impetrados no STJ e STF e apresenta uma elevada taxa de sucesso. Nesse sentido, “a taxa concessiva de ordem no julgamento de mérito dos *habeas corpus* impetrados pelos Defensores Públicos Paulistas no STJ era de aproximadamente 50% em 2015 e chegou a 61,84% em 2018.” Como afirma o Defensor Público de São Paulo entrevistado:

A nossa intenção com essa peça é mostrar para a sociedade e para o STF que o que o Ministro Barroso, o que a Veja, e o que a Globo falam não é verdade. As pessoas que estão sendo presas não são as pessoas que cometem crime de colarinho branco. As pessoas que estão sendo presas em segunda instância são as mesmas que estão sendo presas em primeira instância. São negros, jovens, sem escolaridade, pobres e miseráveis.

A avaliação do Defensor Público do Rio de Janeiro entrevistado é semelhante, embora em tom distinto:

Eu divirjo, mas respeito a decisão da Corte e dos Ministros. Divirjo porque na minha opinião, acho que ela não é o que a Constituição diz. Foge à literalidade do texto constitucional. Acho que ela não melhora, mas agrava

<sup>336</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso em seu voto no julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44 afirmou: “Não se ignora que, em relação a algumas unidades da federação, verificam-se taxas mais elevadas de sucesso nesses recursos, especialmente os interpostos perante o STJ. Tampouco se desconhece que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, estes acabem sendo de alguma forma atingidos. [...] A situação é especialmente dramática em ilícitos relacionados às drogas, já que são responsáveis por 28% da população prisional”.

<sup>337</sup> No seu voto na Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44, Lewandowski afirmou que no período entre 2009 e 2016, caso o STF tivesse mantido sua jurisprudência que permitia o cumprimento imediato de decisão condenatória de segundo grau, “12 mil cidadãos” seriam “presos indevidamente”, “pagando com a liberdade pelo que não devem, ou pagando em excesso pelo crime que cometeram”.

os problemas que nós temos na Justiça Criminal brasileira. Ela aumenta o encarceramento de uma forma muito grande e isso não está resolvendo o problema da criminalidade. Talvez tenham tido como foco um determinado tipo de crime, talvez tenham refletido muito a questão específica da Lava Jato e a Defensoria Pública não lida com Lava Jato ou nada semelhante. Os processos da “Lava Jato” a gente não lida. Crimes de colarinho branco a gente não lida. Nada disso a gente cuida. A gente olha muito com os olhos de quem está vendo os efeitos dessa decisão para grande massa carcerária brasileira, para grande massa de processos criminais brasileiros, porque esses processos, processos relevantes sem dúvida, são muito poucos, e a gente lida com a regra geral, com o universo de uma Justiça penal que é seletiva, de uma política de segurança que é seletiva e que tem como alvo cotidiano as pessoas que moram na periferia, as pessoas negras e pobres. E para essas pessoas, que as garantias já são muito poucas por uma série de razões, isso traz um impacto muito ruim.

Dessa forma, essa atuação do STF pode ser considerada conservadora uma vez que amplia processos de exclusão social de grupos em posição de desigualdade racial e de renda e reduz o exercício do direito constitucional à presunção de inocência. Como ressalta a magistrada da AJD:

Se tem uma coisa que a opinião pública não pode contar é definir direito fundamental. Porque aí é cortar cabeça em praça pública. Direito fundamental serve justamente para proteger determinadas minorias ou gente vulnerabilizada. A maioria nesse sentido é opressora. Então se a gente fizesse um plebiscito sobre todos os temas de direito fundamental, perde em vários. E as decisões do Supremo em outros assuntos liberais têm consciência disso. Quando o Supremo fala sobre casamento homoafetivo, aborto dos [fetos] anencefálicos, em todas essas questões a opinião pública não estava indo nesse sentido [do Supremo]. Mas eles compreendem a dimensão de proteção dos direitos fundamentais. Mas neste caso [da presunção de inocência] não. É inclusive incongruente em tese com o que eles mesmos decidiram. [...]

Agora é uma virada estranha. É uma mudança que compromete todo o entendimento deles sobre todo esse assunto [direitos individuais] ao longo de décadas.

Um segundo efeito da mudança de jurisprudência do STF foi um aumento dos poderes dos órgãos inferiores do sistema de Justiça na persecução criminal. Em especial, houve um fortalecimento da Operação Lava Jato<sup>338</sup>. Com a possibilidade de prisão em segunda instância e no contexto de processos criminais relativamente céleres no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª região, aumentou-se o poder de pressão de delegados e procuradores para celebrar as delações premiadas com investigados e condenados. O

---

<sup>338</sup> Esse aspecto foi ressaltado por Marco Aurélio Mello em seu voto no julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44: “A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores”.

mecanismo da delação foi crescentemente utilizado para abranger mais investigados, sobretudo agentes políticos. Ao contrário da delação premiada, que foi uma medida introduzida por lei, a prisão após decisão em segunda instância foi uma inovação do STF, fornecendo um apoio decisivo para Operação Lava Jato<sup>339</sup>. É o que indicou também a Procuradoria-Geral da República, na sua manifestação de 5 de março de 2018 nas ADCs 43 e 44, sustentando que a permissão de prisão após acórdão de segundo grau contribui para aumentar a “funcionalidade do sistema penal no país”<sup>340</sup>.

No entanto, existe um ceticismo entre os profissionais do direito entrevistados sobre a Operação Lava Jato e seus efeitos duradouros para reduzir as práticas de corrupção no Brasil. Os efeitos seriam muito mais simbólicos, de construir uma imagem social de combate à corrupção, do que pragmáticos, isto é, de uma repressão ampla, uniforme e irrestrita sobre agentes políticos e empresariais. É nesse sentido a manifestação do advogado entrevistado:

Eu acho que esse negócio de “combate à corrupção” no Brasil é uma grande balela. A corrupção não se “combate” para começar. Isso é uma quimera. Você pode adotar medidas contra a corrupção, mas essas medidas contra a corrupção, a primeira delas é a própria desigualdade social. [...] Eu não acho que no Brasil a corrupção seja substancialmente diferente do que seja em outros países capitalistas. Há uma percepção maior de corrupção por conta do “auê” maior que se faz. Mas não acho que seja maior que isso. Existe uma exacerbação do tema porque ela fortalece determinadas corporações do serviço público. Polícia, Ministério Público e magistraturas vivem desse prestígio que têm, o que permitiu que tivessem quase por três anos um auxílio-moradia a que não tinham direito. Por quê? Por que são os intocáveis? Por que são os grandes vingadores da sociedade? A sociedade não precisa de vingadores. O Estado não pode se comportar desse jeito. Então eu acho que isso aqui não muda nada. O que existe sim é um encarceramento em massa, que é feito de afogadilho, sem clareza muito grande sobre as provas. Um julgamento interesseiro, manipulado, seletivo, para fazer política judicial.

O prestígio social de magistrados e integrantes do Ministério Público em razão da agenda de “combate à corrupção” possibilitou uma relevante participação de alguns profissionais nas eleições de 2018<sup>341</sup>. Como lembra o Defensor Público do Rio de Janeiro entrevistado:

A pauta principal do Ministério Público volta a ser aquela agenda clássica da questão da persecução penal: o debate da corrupção e a Lava Jato. Isso inclusive deu muita popularidade, elegeu agora juízes e promotores. Uma

<sup>339</sup> Vieira (2018, p. 20-22) cita como exemplo de “medidas cruciais para a Lava Jato” aprovadas pelo STF, “a prisão de réus condenados em segunda instância”.

<sup>340</sup> Em abril de 2018, no julgamento do HC 152.752, impetrado por Lula, o Ministro Gilmar Mendes afirmou: “as prisões automáticas - e não farei, aqui, a leitura subjacente a isso - empoderam um estamento que já está por demais empoderado: o estamento dos delegados, dos promotores, dos juízes”.

<sup>341</sup> O uso da independência judicial para obter benefícios próprios é denominado por Santos *et al.* (1996, p. 33) como “independência corporativa”, a qual se contrapõe à “independência democrática”.

aproximação grande de atores do sistema de Justiça da política, inclusive da política partidária. Mas em alguns casos a gente vê uma aproximação muito grande com o cenário político nacional: eleição para presidente... A questão da conjuntura nacional e da eleição para presidente em 2018 também passa por aí vai. Alguns grupos talvez tenham participado mirando isso. Hoje olhando pelo retrovisor, a gente consegue perceber isso.

Além disso, a agenda de “combate a corrupção” é caracterizada por uma forte seletividade desde o julgamento da Ação Penal 470 pelo STF em 2012, na visão do advogado entrevistado<sup>342</sup>. Nesse sentido, afirma:

O Ministério Público conseguiu, com base nessa PEC 37, e reforçar naquele mesmo ano, quando Rodrigo Janot assume a Procuradoria-Geral da República, na execução das penas do Mensalão, e depois em 2014, com a Lava Jato, impregnar a atmosfera de punitivismo. E isso toma o Supremo, porque afinal de contas um dos que criaram a centelha disso daí foi o próprio Supremo no Mensalão. O Supremo não teria muito condições de engatar uma ré garantista nesse momento. Ele foi levado no mesmo impulso até para defender o seu legado, que foi então essa revisão [de jurisprudência] de 2016. Essa posição do Supremo Tribunal está dentro desse impulso. Mas a gente sabe que esse impulso todo dele foi aplicado de forma seletiva. O Mensalão em relação ao governo do PT. A gente sabe que a corrupção generalizada existe no Brasil desde pelo menos o governo Sarney. Mas agora mudaram de postura porque era o governo do PT. E isso depois acaba também se refletindo numa exigência de uma execução penal adiantada para se dar à sociedade a impressão de que aqui se luta contra a corrupção [...].

Nesse contexto de 2017, o Ministro Gilmar Mendes mudou novamente de posição, passando a defender que o cumprimento da pena se inicie somente após decisão do Superior Tribunal de Justiça. A partir do segundo semestre de 2017, Mendes proferiu decisões monocráticas suspendendo o cumprimento de pena após decisão em segundo grau, como, por exemplo, no HC 147.981. Em razão da mudança de Mendes, não havia mais uma maioria clara e consolidada em favor do cumprimento de pena após decisão de segundo grau. Em 4 de dezembro de 2017, o Ministro Marco Aurélio liberou as ADCs 43 e 44 para julgamento de mérito pelo Plenário do STF. Dessa forma, criou-se a expectativa de que ocorreria uma nova mudança da jurisprudência do STF sobre o tema.

Possivelmente, esse foi o momento de maior pressão direta sobre o tribunal. Ao mesmo tempo em que a maioria dos ministros tendia a rever a jurisprudência do STF sobre presunção de inocência, diversos grupos econômicos continuavam a defender a sua manutenção. Embora a opinião pública tivesse oscilado em relação a 2016, os grandes

---

<sup>342</sup> Como definido por Santos *et al.* (1996, p. 33-34), trata-se de um combate pontual, “incidindo sobre alguns casos de corrupção escolhidos por razões de política judiciária”, em detrimento de um combate sistemático.

grupos econômicos brasileiros e interesses estrangeiros mantinham a mesma agenda desde então. Ou seja, não houve oscilação nessas duas variáveis. Além disso, a alta classe média também mantinha seu apoio à agenda de “combate à corrupção”. Nesse momento, é possível constatar a existência de diversas pressões sobre o STF para não rever suas decisões de 2016 sobre presunção de inocência. Como exemplo, em 29 de janeiro de 2018, a presidente do STF se reuniu com diretores de diversas empresas estrangeiras, tais como da Shell e Coca-Cola, e teceu comentários sobre as ADCs 43 e 44, entre outros temas. Em especial, teria se comprometido a não pautar novamente essas ações, segundo notícia que posteriormente reverberou amplamente nos meios de comunicação<sup>343</sup>. Para a magistrada da AJD, esse encontro:

É uma mensagem muito clara de que tipo de setor da sociedade estava sendo ouvido e abertamente poderia estar influenciando a conduta da presidente então. É uma escolha. Não foram ouvidos movimentos sociais. Não foram ouvidos nós [AJD], ou os *amici curiae*. Ou mesmo as entidades que são do Judiciário não foram ouvidas sobre isso. Ao contrário do que ela disse, não ter pautado foi o que apequenou o STF naquele momento. Uma questão que na verdade se refere a centenas de milhares de pessoas que passaram a ser presas ficou concentrado no Lula. Que fosse então para manter esse entendimento de 2016, é terrível, mas pelo menos ficaria evidente que mudou a jurisprudência.

O advogado entrevistado é igualmente crítico desse encontro. Para ele não se trata de um caso isolado, mas sim de um padrão de comportamento de ministros dos tribunais superiores em Brasília. No entanto, o encontro em 29 de janeiro de 2018 é particularmente grave. Nas suas palavras:

Ela com isso deixou muito claro aquilo que esse povo queria ouvir, de que o Supremo Tribunal Federal estava unido numa luta contra a volta ao poder de uma determinada concepção nacionalista e de esquerda de Estado. Era isso. Esse era o recado que queria dar. O que é muito ruim. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer esse tipo de escolha porque nenhum dos ministros do Supremo Tribunal Federal tem voto. E como eles não têm voto, não lhes cabe dar satisfação a *lobbies*. Isso é um *lobby*. Não cabe nem à presidente do Supremo Tribunal Federal. Essa facilidade com que juízes brasileiros se locomovem em ambientes escorregadios da política e da alta sociedade é altamente preocupante.

---

<sup>343</sup> Segundo a notícia em site da internet, que contém diversas fotos do encontro: “A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, disse na noite desta 2ª feira (29.jan.2018) que usar o caso do ex-presidente Lula para revisar o início da execução penal após condenação em 2ª Instância é ‘apequenar’ o STF.” Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stf-se-apequena-se-revisar-prisao-em-2a-instancia-por-lula-diz-carmen-lucia/> Acesso em 19 jun. 2018. Diretores de grupos econômicos brasileiros também se encontraram com a presidente do STF nesse período, como pode ser constatado na sua agenda oficial. Por exemplo, em 08 de maio de 2017, a presidente do STF se reuniu com representantes de empresas brasileiras no seu gabinete. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342631> Acesso em 19 jun. 2018.



Nesse caso, não se tratava de um encontro com entidades que formalmente participavam das ADCs 43 e 44 ou mesmo com advogados de empresas internacionais. Não foram pressões formais em audiência pública no tribunal ou em manifestação dessas empresas nos autos por meio de advogados constituídos. Ao contrário, foi um encontro direto com os diretores dessas empresas estrangeiras, sem a mediação de advogados, em que a ministra não só ouviu demandas, como também comentou processos em trâmite no tribunal<sup>344</sup>. Segundo o advogado entrevistado,

Ela então ultrapassa os limites da lide e de seus atores para ir falar com a massa bruta. Pior ainda. A mesma coisa que ela subisse num palanque. Qual é a diferença dela ir numa festa dessa e subir num palanque “Lula Livre”? É só a agenda que ela está escolhendo que é diferente. Da mesma forma que ela não pode ir em um, ela não pode ir em outro.

É possível constatar fortes interesses internacionais também em torno dos processos criminais de Lula. Esses interesses são evidenciados, por exemplo, no comportamento dos mercados financeiros, em janeiro de 2018, durante o seu julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em 24 de janeiro de 2018, o jornal “O Globo” noticiou:

A condenação do ex-presidente Lula em 2ª instância nesta quarta-feira em decisão unânime fez com que o dólar comercial registrasse sua maior queda em oito meses e com que a Bolsa batesse novo recorde, ultrapassando os 83 mil pontos pela primeira vez. O placar final de 3 a 0, sem divergências de pena, era o preferido do mercado financeiro, em geral crítico à plataforma econômica defendida por Lula e, logo, contrário a uma eventual candidatura do petista.<sup>345</sup>

Segundo o jornal “Folha de São Paulo”, as altas na Bolsa de Valores ocorreram durante o próprio julgamento do TRF. Nesse sentido, “Cada manifestação dos juízes que deixava o petista ainda mais distante da disputa eleitoral foi ‘comemorada’ com forte alta da Bolsa e queda do dólar.”<sup>346</sup> O jornal “Valor Econômico”, que em geral adota linguagem mais comedida, também constatou a preferência do mercado financeiro internacional pela prisão

<sup>344</sup> No final de 2018 o novo presidente do STF realizou encontro semelhante com representantes de grandes empresas internacionais e da Embaixada dos Estados Unidos, que foi noticiado pelo mesmo site: <https://www.poder360.com.br/justica/jair-bolsonaro-no-planalto-nao-influi-em-liberdade-de-lula-diz-toffoli/> Acesso em 05 mai. 2019. Em entrevista publicada em 18 de abril de 2019, o presidente do STF afirmou: “A destruição das instituições e de reputações faz parte de uma campanha de ódio. Temos que saber se não há interesses internacionais por trás disso, de desestabilizar as instituições. Interesses nada republicanos.” Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/6216889/toffoli-nega-censura-e-diz-que-houve-tentativa-de-constranger-o-supremo> Acesso em 28 mai. 2019.

<sup>345</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/apos-condenacao-de-lula-dolar-fecha-em-316-bolsa-salta-37-batendo-recorde-22321974> Acesso em 13 nov. 2018.

<sup>346</sup> Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1953025-bolsa-renova-recorde-e-fecha-acima-de-83-mil-pontos-com-condenacao-de-lula.shtml> Acesso em 13 nov. 2018.

de Lula por meio das oscilações da Bolsa e no preço do dólar<sup>347</sup>. Conforme destaca Santos (2018, p. 411), o julgamento de Lula foi noticiado também no *Wall Street Journal*, que, em 4 de fevereiro de 2018, publicou artigo intitulado “A condenação de Lula é uma vitória para o Brasil”, no qual se afirmou que “a decisão faz aumentar as hipóteses de Lula da Silva não ser candidato às eleições presidenciais marcadas para 7 de Outubro, não regressando assim ao Palácio Presidencial com o seu pernicioso populismo”<sup>348</sup>. Dessa forma, com a nova jurisprudência do STF de fevereiro de 2016, Lula se tornou passível de prisão após condenação pelo TRF da 4ª região em janeiro de 2018. A principal prova utilizada pelos desembargadores do TRF para a condenação de Lula foi a “colaboração premiada” do presidente de uma empresa brasileira de construção civil, a qual no momento da celebração do acordo possivelmente já havia aderido à agenda neoliberal. Dessa forma, além de o presidente da empresa obter benefícios pessoais, a delação foi também um meio para avançar a agenda neoliberal com a condenação de Lula.

O STF, por sua vez, de fato não voltou a julgar as ADCs 43 e 44 em 2018. Em seu lugar, foi pautado no Plenário um Habeas Corpus preventivo de Lula, com número 152.752, na iminência da sua prisão, em que se discutiu novamente a possibilidade de prisão para cumprimento de pena após decisão em segunda instância. O relator do HC, Ministro Edson Fachin, havia optado por não manter o julgamento na Segunda Turma do STF, que seria o órgão julgador natural para processos semelhantes. O julgamento em Plenário foi iniciado em 22 de março de 2018 e concluído em 4 de abril. No contexto de ano eleitoral, o STF decidiu sobre a prisão ou soltura de um dos principais candidatos à Presidente. Neste caso, é possível identificar pressões intensas direcionadas a ministros específicos. Em relação a Gilmar Mendes, que mudou de posição em relação a 2016, o grupo “Folha de São Paulo” publicou, em 22 de março, a notícia “Favorável à mudança no STF, Gilmar defendia prisão em 2ª instância; veja vídeo”<sup>349</sup>. Em relação a Rosa Weber, o grupo “Globo” publicou, em 21 de março, artigo de Joaquim Falcão intitulado “Equilíbrio, por favor. Em nome da Rosa”<sup>350</sup>. Neste, afirmou-se que o “voto decisivo será o da ministra Rosa Weber”, a qual tem

---

<sup>347</sup> Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/5367047/dolar-tem-maior-queda-em-3-semanas-com-julgamento-do-lula-e-exterior> Acesso em 13 nov. 2018.

<sup>348</sup> Artigo completo disponível em: <https://www.wsj.com/articles/lulas-conviction-is-a-win-for-brazil-1517776911> Acesso em 15 mar. 2019.

<sup>349</sup> Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/favoravel-a-mudanca-no-stf-gilmar-defendia-prisao-em-2a-instancia-veja-video.shtml> Acesso em 10 mai. 2019.

<sup>350</sup> Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-equilibrio-por-favor-em-nome-da-rosa-22513855> Acesso em 10 mai. 2019. Esse artigo foi posteriormente repercutido pelo jornal Valor: “Rosa Weber terá voto decisivo no julgamento de hoje, diz jurista”. Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/5402061/rosa-weber-tera-voto-decisivo-no-julgamento-de-hoje-diz-jurista> Acesso em 10 mai. 2019.

sido o “equilíbrio institucional do STF”. O artigo continua, “Se o Supremo decidiu de maneira A, ela aplica a decisão A. Mesmo que prefira a decisão B”, e defende: “O STF precisa voltar ao equilíbrio que Rosa Weber tem simbolizado. Equilíbrio, por favor, em nome da Rosa.” No dia anterior à conclusão do julgamento, o Comandante do Exército, Eduardo Villas Bôas, publicou mensagem na *internet* em “repúdio à impunidade”, o que foi amplamente repercutido da mídia<sup>351</sup>.

No julgamento do HC 152.752, a Ministra Rosa Weber, enfim, proferiu voto negando o Habeas Corpus de Lula e passou a integrar a maioria de seis ministros que reafirmou a possibilidade de cumprimento imediato de condenação em segundo grau. No seu voto, distinguiu sua posição pessoal do que deveria ser, na sua visão, a posição do tribunal naquele momento e processo específico. Nesse sentido, afirmou:

passsei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o dever de equidade que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da colegialidade que, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência, é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa [...]

não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão [do STJ] que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o *locus* apropriado para revisitar tais temas. [...]

enfrento este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio [...]

Os demais cinco ministros que compuseram a maioria em conjunto com Rosa Weber mantiveram, em geral, suas posições e argumentos apresentados nos julgamentos de 2016. No HC 152.752, um argumento a mais foi acrescentado, qual seja, a necessidade de se aplicar a jurisprudência dominante do STF a todos indivíduos, inclusive Lula. Nesse sentido, o relator, Ministro Edson Fachin, afirmou: “o Superior Tribunal de Justiça, ao cancelar a determinação emanada do TRF-4, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência desta Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deve manter-se íntegra, estável e coerente”. O Ministro Barroso, novamente em argumentação com feições

---

<sup>351</sup> A mensagem completa de 3 de abril de 2018 é: “Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais.”

informais e retóricas, afirmou que a questão era “se se aplica a ele, ou não, a jurisprudência que este Tribunal fixou e que, em tese, deve se aplicar a todas as pessoas”. Para ele, aquele julgamento era “um teste importante para o sentimento republicano, para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional, que é a capacidade de assegurar que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, consideração e igualdade.”<sup>352</sup>

O contexto era de ampla e forte pressão para que o STF mantivesse sua jurisprudência de fevereiro de 2016. Essa pressão foi registrada nas manifestações do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 152.752. Para ele, “faz muito que o Tribunal não se depara com uma questão de tal magnitude e de tal gravidade. Embora não seja, talvez, como a imprensa anuncia, o processo do século – sempre haverá um outro processo -, mas, sem dúvida nenhuma, é um caso de grande repercussão”<sup>353</sup>. Além disso, ressaltou diversas vezes a pressão de grupos da mídia:

[...] Presidente, eu faço até um parêntese para lembrar que eu já estou aqui há quinze anos e já vi quase de tudo. Nunca vi uma mídia tão opressiva como aquela que se tem feito nestes anos, nunca vi. Já vi de tudo. [...] Mas eu não me lembro, Presidente, em todos esses anos, de uma mídia tão ofensiva, até diria - usando uma palavra forte -, de uma certa forma, chantagista. [...] Mas é preciso, um pouco, acabar essa mídia opressiva que se tem feito. Fez-se ontem um festival no Jornal Nacional, querendo provar minha incoerência. [...] Se as questões aqui foram decididas nesse tipo de par ou ímpar, deixaremos de ser Corte Suprema. Se tivermos que decidir causas como essa, porque a mídia quer este ou aquele resultado, melhor nos demitirmos e irmos para casa.

Sobre as pressões nesse julgamento, a magistrada da AJD entrevistada afirma:

Estava tendo muita pressão a gente sabe. Era uma questão que se relacionava diretamente à eleição. Havia a defesa de que o Lula então poderia ter a candidatura válida nessa situação, o que também é discutível segundo a lei eleitoral, mas isso é outra conversa. Mas a perspectiva dos petistas era essa: Lula seria candidato e pelas pesquisas ganharia a eleição. Ainda não estava claro se a candidatura seria válida. Como então era uma decisão sobre isso, soltar ou prender Lula, acho que ela achou mais prudente ir por esse caminho. Que é o caminho errado.

<sup>352</sup> Para o Ministério Marco Aurélio, o julgamento do HC 152.752 significou que “vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência [a Presidente] não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade”.

<sup>353</sup> Para justificar a mudança de posição pessoal em relação a 2016, Mendes afirmou em seu voto no HC 152.752: “analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ.”

Em geral, a reação de magistrados de obedecer a pressões abertas, diretas e agressivas em julgamentos tende a não ser bem aceita por profissionais do direito. É o que se percebe na manifestação do Defensor Público de São Paulo entrevistado:

Faz parte do jogo democrático, do jogo social em qualquer local da República as pressões. Elas fazem parte da vida em sociedade. [...] Mas o juiz vai se basear na lei e na Constituição. Ele não pode se basear no clamor popular. Clamor popular que eu digo do povo em geral, pode ser da mídia, de algum *lobby* do Congresso. A pressão existe, é algo natural. O que não deveria existir são os ministros se levarem por essa pressão.

Possivelmente, a postura da Ministra Rosa Weber no julgamento é a que mais refletiu as pressões sobre o tribunal como um todo, como afirma a magistrada da AJD:

A Rosa Weber tem uma postura bastante complicada no episódio, porque ela pensa uma coisa e criou um resultado votando no contrário do que ela mesma pensa. Eu acho que ela ficou com medo da opinião pública. O voto decisivo ia ser dela, estava empatado, então ela ficou com medo de ser a pessoa que ia soltar Lula. Na real, é isso. Aí ela fez aquilo lá. O que é triste porque ela nem acha isso, ou pelo menos não achava. Acho que foi medo. É uma análise equivocada de que o Supremo estaria indo num certo caminho para beneficiar Lula. Acho que é algo nesse sentido. Não é uma postura jurídica. Não é coerente com o que ela sempre vota. Não é coerente com que ela votou depois. Aí sim acho que foi bem específico ao caso.

Nesse sentido, mais grave do que uma decisão judicial eventualmente equivocada, é um magistrado deixar de manifestar sua posição em razão de pressões. A mudança clara de posição tende a ser mais aceitável do que deixar de votar no sentido que acredita, sugerindo que em outro processo votaria diferente. Não se tratou de um exercício eventualmente equivocado da independência judicial, mas sim de admitir algum grau de mitigação da própria independência, votando num sentido contrário à sua posição pessoal. É nesse sentido a percepção do advogado entrevistado:

Por exemplo, quando a Rosa Weber disse naquele Habeas Corpus que ela se submetia à maioria pelo princípio da colegialidade, preservando, todavia, a sua posição que seria outra, a meu ver ela ali praticou uma extrema falta em relação à sua independência. Porque se no Brasil o voto de cada um qualifica a decisão, não há princípio de colegialidade aqui que possa mudar seu voto. Ela está obrigada a defender sua independência. A independência do magistrado não é algo dele, é uma garantia da jurisdição. Se o voto dele qualifica, ele não pode em nome da colegialidade mudar sua opinião dizendo que sua opinião é outra agora, admitindo que ele foi sevicado pela maioria. O magistrado não pode fazer isso. Ele é obrigado a preservar a sua independência e a preservar a sua posição, já que ela é diferente. [...] Isso para mim é uma deslealdade com as partes, é uma profunda deslealdade com as partes. Ela reconhece que ela foi pressionada pela maioria a não ter aquele voto e pega a independência dela de juíza que a Constituição lhe garante como uma garantia não dela, mas uma garantia do jurisdicionado, e joga essa independência no lixo.

Portanto, um terceiro efeito da mudança de jurisprudência do STF sobre presunção de inocência se revelou ao longo de 2018, com a prisão de Lula em 7 de abril de 2018. Foi uma prisão antes do trânsito em julgado de alguém que teria um papel relevante nas eleições, seja como candidato ou não<sup>354</sup>. A sua prisão teve como efeito um enfraquecimento de movimentos sociais, uma vez que é uma das suas principais lideranças desde a década de 1980. Enquanto liderança, Lula tem papel relevante na mobilização, articulação e formação da agenda política de movimentos sociais. Foi por meio da sua candidatura à Presidente da República e do seu apoio para diversos candidatos que integrantes de movimentos sociais passaram a ocupar cargos institucionais no Executivo e Legislativo no período neodesenvolvimentista. Dessa forma, a sua prisão enfraqueceu a participação de movimentos sociais nas eleições de 2018. Não apenas porque não pôde se candidatar, mas também porque não pôde participar como cidadão emitindo opiniões e “subindo em palanques”, como afirma o advogado entrevistado. É à luz desse resultado que se pode explicar a mobilização de um conjunto de grupos empresariais em torno das ADCs 43 e 44, pois visavam a implementar sua agenda neoliberal por meio da vitória eleitoral em 2018. As empresas estrangeiras não necessariamente têm interesse no aumento do encarceramento em massa no Brasil. No entanto, essa jurisprudência do STF permitiu a prisão de Lula, o que facilitou a vitória de candidato que, entre outras medidas, defende a venda de recursos naturais brasileiros, aspecto de interesse dessas empresas. Por isso, essa atuação do STF pode ser considerada conservadora em razão do efeito de enfraquecimento de movimentos sociais e de fortalecimento da agenda neoliberal. O tribunal contribuiu para o retorno da agenda política neoliberal, embora não mais na sua versão “progressista” dos anos 1990 em que existia alguma promoção de direitos individuais e respeito pela democracia. A partir de 2016 ganha força a versão autoritária do neoliberalismo no Brasil, isto é, o “neoliberalismo reacionário” nos termos de Fraser (2017), em que a política econômica neoliberal é combinada com a redução de direitos individuais.

Na prisão de Lula, um líder de esquerda, é possível identificar esforços para caracterizá-la como decorrente de uma atuação judicial “padronizada e impessoal”. A mudança da jurisprudência em geral teve como efeito uma relevante prisão em particular.

---

<sup>354</sup> Caracterizando o processo judicial contra Lula como *lawfare*, Proner (2018, p. 50) afirma: “É exasperante constatar que funcionários públicos investidos na função de administrar a justiça possam, ignorando normas e princípios legais consolidados, produzir um resultado que afeta diretamente o direito de uma sociedade escolher o seu soberano representante.”

Como afirma o advogado entrevistado, “essa jurisprudência serviu de instrumento para isso”, a prisão de Lula. Nesse sentido, complementa:

Lula foi mantido preso. Não deixaram ele nem fazer entrevista. Nenhuma entrevista. Quando o desembargador Favreto [do TRF4] soltou o Lula, o mundo veio abaixo. Até a Presidente do STJ se manifestou, furiosa, dizendo que “isso aqui era uma vergonha” e não sei o que mais. Até a presidente do STJ se manifestou. Isso foi praticamente no período eleitoral. A gente vê o esforço que se fez de manter o Lula encarcerado. O que mostra claramente que esse esforço de fazer tábula rasa da presunção de inocência tem um endereço certo sim, um endereço político. Claramente. Não há dúvida nenhuma que o TRF julgou a toque de caixa a apelação do Lula. O Lula foi condenado em outubro de 2017. Em janeiro de 2018 estava confirmada pelo tribunal a sua condenação. Para que? Para que em 2018 não pudesse concorrer e se tornasse inelegível. Então isso daqui é extremamente grave. A Justiça sendo um fator a se imiscuir na realização da eleição que é um processo de legitimação do próprio Estado. É muito grave isso.

No entanto, com esse esforço para uma atuação “padronizada e impessoal”, isto é, que não aparentasse ter como alvo principal Lula, milhares de outras pessoas também foram prejudicadas, em especial aquelas que têm mais contato com a Justiça penal. Esse aspecto está evidente desde os memoriais apresentados pelas Defensorias Públicas do Rio de Janeiro e de São Paulo em 2016 na ADC 43, nos quais afirmaram que seus assistidos seriam as “vítimas colaterais” da mudança de jurisprudência. É a Defensoria Pública que lida cotidianamente com grupos em posição de desigualdade. Nesse sentido, afirma o Defensor Público do Rio de Janeiro entrevistado:

Os ministros podem mudar de opinião. Naturalmente é legítimo que o façam a partir do momento que tenham um novo convencimento sobre a matéria. É que nesse caso específico, pela repercussão que ele tinha... para ser claro: possivelmente esse caso definiu o resultado da última eleição presidencial. Era um caso que transcendia a questão da primeira e da segunda instância. Ele passava por toda uma conjuntura política nacional que o Brasil estava vivendo, e em que medida isso pode ter influenciado a decisão desse conjunto de ministros, que não vivem numa redoma de cristal... Eles vivem dentro desse contexto.

O Defensor Público de São Paulo entrevistado é ainda mais direto:

O meu trabalho enquanto Defensoria Pública é estritamente jurídico. Eu defendo pobres e miseráveis. Mas aqui, enquanto uma entrevista que estou dando para um acadêmico, a gente pode tocar nessa ferida. Acho que tem que tocar. Por causa do Lula... Não por causa do Lula. Por causa da visão que os ministros têm a respeito de um ex-presidente que é de esquerda ou centro-esquerda, eles estão fazendo com que milhares de miseráveis fiquem nas masmorras. Essa é a grande questão.

Por fim, o envolvimento de partidos políticos nos processos judiciais sobre presunção de inocência no STF corrobora a sua relação com disputas de agendas políticas mais amplas. O Partido Social Liberal manifestou-se em 2018 nas ADCs 43 e 44 para atuar como *amicus curiae*. Seu pleito foi negado pelo relator em 10 de abril de 2018 com o seguinte fundamento: “[O PSL] Parte do pressuposto de deter interesse quanto ao desfecho do processo sem revelar contribuição expressiva à compreensão do tema analisado”. Em sentido inverso, em 17 de abril de 2018, o Partido Comunista do Brasil ingressou com nova Ação Declaratória de Constitucionalidade, que recebeu o número 54, pleiteando a declaração integral de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Essa distinta atuação judicial de partidos contrapostos no espectro político sugere que a jurisprudência do STF sobre prisão em segunda instância produzia relevantes efeitos políticos, pois era um dos fundamentos para a prisão de Lula. A Advocacia-Geral da União, em 29 de março de 2019, sob o governo recém-eleito, manifestou-se nas ADCs 43, 44 e 54 em defesa da possibilidade de prisão após acórdão condenatório em segunda instância, alterando sua manifestação em relação a 2017 nos mesmos autos<sup>355</sup>.

Em resumo, o estudo de caso sobre a atuação do STF no HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44, à luz das variáveis discutidas no capítulo anterior, permite indicar algumas conclusões. Em 2016, no contexto de crise política, o STF alterou sua jurisprudência para fortalecer a agenda de “combate à corrupção”, utilizando para isso um Habeas Corpus rotineiro. Essa atuação do tribunal pode ser considerada mais autônoma ou “ativa” pois na análise do processo judicial não é possível identificar pressões sobre o tribunal. Até mesmo o parecer do MPF era a favor da soltura do paciente nesse Habeas Corpus. Para essa mudança de jurisprudência do STF, os comportamentos de alguns ministros foram determinantes para a nova posição do tribunal, como Gilmar Mendes. Em 2017 e 2018 houve alguma oscilação na opinião pública e uma crescente força política de movimentos sociais. No entanto, outras variáveis permaneceram semelhantes a 2016, quais sejam, as pressões oriundas de interesses internacionais, de grandes grupos econômicos e da alta classe média (na qual se inserem juízes e integrantes do Ministério Público). Dessa forma, ao longo de 2018 o STF manteve

---

<sup>355</sup> Após o julgamento do HC 152.752, existiram esforços para julgar o mérito das ADCs sobre presunção de inocência. Por exemplo, em 10 de abril de 2018 o Ministro Ricardo Lewandowski (2018) publicou o texto “Direito como tópica”, em que afirmou: “Parece que hoje alguns magistrados, sobretudo os da área penal, voltaram a considerar o Direito uma mera tópica, da qual é possível extrair qualquer resultado. [...] Chegou a hora de colocarmos um paradeiro nessa indesejável relativização do Direito, a qual tem levado a uma crescente aleatoriedade dos pronunciamentos judiciais, retornando-se a um positivismo jurídico moderado, a começar pelo estrito respeito às garantias constitucionais, em especial da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”



a possibilidade de prisão após decisão em segunda instância, destacando-se novamente comportamentos individuais, como o manejo do poder de pauta pela Presidente do tribunal<sup>356</sup>. Por isso, é impreciso afirmar que o STF se pautou pela opinião pública em geral, uma vez que esta oscilou bastante entre 2016 e 2018. Ao contrário, o STF foi influenciado sobretudo por interesses internacionais e pressões de grandes grupos econômicos brasileiros, que estão com a mesma postura desde 2015 pelo menos<sup>357</sup>. Essas são as variáveis determinantes no período de crise política, e não a opinião da maioria da população. A opinião pública pode por vezes coincidir com os interesses de grupos econômicos, mas não necessariamente.

A atuação do STF nos processos sobre presunção de inocência pode ser caracterizada como informal e conservadora. Informal porque a maioria dos ministros se afastou da interpretação literal da Constituição, justificando suas decisões com base em ponderações de princípios e em argumentos de cunho mais ético e moral. As normas constitucionais, sobretudo na sua interpretação literal, não tiveram um papel central na justificativa da decisão do STF. A atuação do STF pode ser caracterizada como conservadora em razão de dois efeitos. Primeiro, essa jurisprudência implicou a redução do exercício de um direito individual, a presunção de inocência, prejudicando sobretudo os grupos sociais que são mais atingidos pelo sistema penal. Dessa forma, reforçou processos sociais de exclusão social a que esses grupos já estão submetidos, em razão de desigualdades de raça e classe. Segundo, essa jurisprudência do STF possibilitou a prisão de um dos principais líderes de movimentos sociais e candidatos a Presidente em 2018. Embora o mandado de prisão não tenha sido expedido pelo STF, mas sim pelo TRF da 4ª região, sem a mudança de jurisprudência do STF essa prisão não teria sido possível, uma vez seria necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, a prisão de Lula favoreceu a eleição de candidato com agenda política neoliberal e autoritária, contando com amplo apoio de interesses estrangeiros, de grandes grupos econômicos e da alta classe média.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal, em típico exercício da função de interpretação da Constituição, esteve sujeito a diversas pressões que contribuíram para uma atuação informal e conservadora entre 2016 e 2018. A atuação do tribunal no período de

---

<sup>356</sup> Dessa forma, na análise do STF é necessário considerar os comportamentos individuais dos ministros. Ou seja, existe uma heterogeneidade interna ao próprio tribunal.

<sup>357</sup> Considerando que essas diversas variáveis atuaram em conjunto (interesses estrangeiros, grupos econômicos nacionais e alta classe média), por vezes elas se sobrepõem, sendo difícil identificar qual delas eventualmente tem primazia sobre as demais. Em especial, os grandes grupos econômicos brasileiros podem se aliar a interesses internacionais ou pelo menos não ser uma barreira a atuação desses interesses no Brasil.

crise política se confunde em alguma medida com os processos sobre presunção de inocência. De forma esquemática, demonstra-se nesse estudo de caso que mudanças no contexto político (sobretudo as condições internacionais e a agenda da burguesia interna) provocaram uma mudança na atuação do STF (a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância), a qual, por sua vez, contribuiu para outras mudanças no contexto político, o enfraquecimento de movimentos sociais e o avanço da agenda neoliberal ora em curso.

## CONCLUSÃO

No período pós-1988 os tribunais no Brasil adquiriram notoriedade na relação com demais poderes e na sua imagem social. Com a atual Constituição, ampliaram-se as condições institucionais para que os tribunais desenvolvessem uma agenda parcialmente contrária aos demais poderes. Em razão das diversas normas constitucionais que estipulam a redução de desigualdades, desde 1988 existem expectativas sociais legítimas de que essa agenda judicial estivesse voltada para a promoção da transformação social. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, essa expectativa se confirmou em alguns julgamentos, como nos de cotas raciais e de união homoafetiva. No entanto, no período pós-1988 os tribunais continuaram a promover e a legitimar históricas violências contra grupos e classes sociais em posição de desigualdade no Brasil. Essa atuação conservadora se manifestou em diversos julgamentos do STF, cujo exemplo mais recente e relevante é a redução do direito à presunção de inocência.

Para explicar essa atuação dos tribunais no período pós-1988, é necessário inseri-los no contexto político brasileiro, e não os considerar como um objeto isolado como ocorre em relevante parte da literatura atual, em especial o institucionalismo. A atuação judicial em geral e a tomada de decisão em especial não ocorrem em condições abstratas e “ideais”, isto é, livres de pressões e interesses políticos. Ao contrário, sua atuação está inserida em contexto com intensos conflitos. Os diversos grupos e classes sociais que atuam no Brasil pressionam os tribunais para avançar sua agenda. Além disso, os próprios magistrados não estão socialmente isolados, isto é, são oriundos desse mesmo contexto político. Na análise dos tribunais, é necessário então mobilizar teorias e metodologias de pesquisa das ciências sociais como um todo, e não apenas da área do direito. Nesse sentido, os trabalhos de Boaventura de Sousa Santos fornecem ricos aportes teóricos e metodológicos para uma sociologia dos tribunais como proposto nesta tese.

Em sociedades capitalistas, são os grandes grupos econômicos que possuem maior capacidade pressão sobre os tribunais. Além disso, uma vez que integram um Estado com posição subordinada nas relações internacionais, os tribunais no Brasil estão sujeitos a pressões de interesses estrangeiros. Por isso, para explicar a atuação dos tribunais é necessário considerar sobretudo as variações na força e agenda política dos grandes grupos econômicos brasileiros e dos interesses estrangeiros. A atuação dos tribunais não é um mero reflexo dessas pressões. No entanto, são variáveis relevantes que atuam em conjunto com outras variáveis, como pressões de movimentos sociais e o perfil dos magistrados. De todo

modo, uma vez definida a agenda dos interesses internacionais e grandes grupos econômicos brasileiros, sua pressão tendeu a ser definidora da atuação dos tribunais no período de 1988 a 2018<sup>358</sup>.

Na esteira de Armando Boito Jr., os grandes grupos econômicos brasileiros apresentaram contradições entre si nesse período. No contexto do avanço global do neoliberalismo a partir da década de 1980, a contradição principal tendeu a residir na relação entre empresas nacionais e o capital estrangeiro. No período neodesenvolvimentista, algumas grandes empresas brasileiras apresentaram um certo grau de conflito com o capital internacional, demandando que o Estado protegesse seu mercado interno e apoiasse a conquista de novos mercados internacionais. Essas empresas, cujo núcleo abrange a construção civil, setores do agronegócio e indústria naval, promoveram uma frente política com movimentos sociais, de modo que estes tiveram maior influência sobre os tribunais no período neodesenvolvimentista. Foi neste contexto que o STF proferiu decisões relevantes sobre direitos sociais e expandiu direitos individuais, embora sem contrariar de forma significativa os interesses de grandes grupos econômicos uma vez que mantiveram a hegemonia no âmbito dessa frente política.

Na década de 1990 e no período de crise política, o grau de conflito de empresas nacionais com o capital internacional foi muito baixo, de modo que se alinharam de forma predominante à agenda neoliberal. A atuação mais unificada dos grandes grupos econômicos a partir de 2013 contribuiu para que os tribunais promovessem processos de “combate à corrupção” em face de um governo integrado por diversas lideranças de movimentos sociais. A Operação Lava Jato é um fenômeno complexo e que necessita de futuras pesquisas para sua adequada compreensão. No entanto, a mudança na agenda dos grandes grupos econômicos brasileiros parece ter sido uma variável determinante para a Operação até mesmo em comparação com a Ação Penal 470 (Mensalão). Nesta, uma parte das empresas brasileiras ainda estava vinculada à agenda neodesenvolvimentista e o grau de agressividade judicial e inovações jurisprudenciais foi menor. A Operação Lava Jato contou com amplo apoio do STF, seja pela omissão ao não controlar eventuais ilegalidades, seja pela ação ao restringir a presunção de inocência. Essa atuação judicial conservadora foi favorecida por

---

<sup>358</sup> Na análise dos tribunais, é necessário não superestimar o papel de magistrados. Por exemplo, um ministro do STF não tem condições para liderar por si só grandes movimentos na sociedade. Pode integrar esses movimentos mais amplos ou sofrer pressões deles. Um grupo de magistrados pode ter um papel relevante na liderança do Judiciário, mas dificilmente tem esse mesmo papel na liderança da sociedade.

uma certa imagem positiva junto a movimentos sociais em razão das decisões anteriores sobre cotas e união homoafetiva, por exemplo.

A experiência brasileira pós-1988 sugere, portanto, que em regimes capitalistas é necessário que uma parte dos grandes grupos econômicos apoie medidas de transformação social ou pelo menos as tolere em alguma medida. Uma atuação transformadora dos tribunais tende a ocorrer em temas e contextos em que grandes grupos econômicos não façam forte oposição. É o que aconteceu no contexto neodesenvolvimentista em que havia um maior equilíbrio entre forças políticas. Uma pressão unificada dos grandes grupos econômicos sobre os tribunais pode gerar até mesmo um afastamento em relação a ideais normativos liberais, tais como o tratamento igual para situações iguais e a orientação da atuação judicial por normas jurídicas. Nessas situações os tribunais não só atendem a interesses dos grandes grupos econômicos, como também suas decisões escapam de parâmetros jurídicos e ideais liberais<sup>359</sup>.

A atuação geral do STF geral no período de 2015 a 2018 se confunde em alguma medida com a atuação no HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44, objeto do estudo de caso. Por meio da análise dos processos judiciais, de documentos diversos, de notícias na imprensa e de entrevistas de profissionais do direito, demonstrou-se que o tribunal esteve sujeito a diversas pressões oriundas de grandes grupos econômicos brasileiros e de interesses estrangeiros. Por exemplo, as entrevistas de profissionais do direito indicam que atualmente é amplamente compartilhada a percepção de que o STF foi influenciado por fortes pressões nos processos das ADCs 43 e 44. Os interesses estrangeiros eram tão fortes e diretos que diretores de empresas se reuniram presencialmente com ministros do STF para tratar desses processos, mesmo sem ocuparem a posição formal de partes no processo e sem a mediação de advogados. Nesse sentido, o período de crise política explicitou a dinâmica de funcionamento do STF, uma vez que as pressões atingiram formas mais extremadas.

Essas pressões, por sua vez, contribuíram para uma atuação informal e conservadora do tribunal sobre presunção de inocência. A atuação foi informal porque não seguiu a interpretação literal da Constituição, a qual é bastante clara sobre o tema, como explicitaram inclusive os ministros que compuseram a maioria nos julgamentos do HC

---

<sup>359</sup> Dessa forma, esta tese corrobora a seguinte afirmação de Santos (2001b, p. 202-203, tradução minha): “O papel dos juízes na prática é inerentemente ambíguo, indeterminado e, portanto, objeto de lutas sociais. Diferentes grupos políticos lutam para controlar a natureza e a orientação política do ativismo judicial. [...] A força relativa dos grupos em luta determina o perfil geral da atuação judicial.” No original: “el papel de los jueces en la práctica es inherentemente ambiguo, indeterminado y, por eso, es objeto de luchas sociales. Grupos políticos diferentes luchan por controlar la naturaleza y orientación política del activismo judicial. [...] La fuerza relativa de los grupos en lucha determina el perfil general del actuar judicial.”

126.292 e da Medida Cautelar das ADCs 43 e 44. Para se afastar da interpretação literal da Constituição, houve um uso de teorias críticas ao formalismo jurídico e suas técnicas de “ponderação” de princípios, amplamente recepcionadas nos anos 2000 em diversas universidades brasileiras, como a Universidade de São Paulo e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Essas teorias contribuíram para legitimar essas decisões do STF, algo que seria mais difícil com teorias formalistas até prevaletentes até então, a ponto de Dworkin e Alexy terem sido expressamente citados nos votos dos ministros.

Além disso, a atuação é conservadora porque reduziu o direito individual à presunção de inocência expressamente previsto na Constituição e no Código de Processo Penal. Dessa forma, contribuiu para fortalecer processos de exclusão social, uma vez que aumentou o número de pessoas negras e de baixa renda presas, mesmo sem condenação penal transitada em julgado. A atuação do STF nesses processos também influenciou sobre o contexto político geral e as eleições de 2018, uma vez que possibilitou a prisão de Lula antes do trânsito em julgado da sua sentença. Lula mantém amplos vínculos com movimentos sociais e tendia a ter uma participação relevante nas eleições mesmo que não fosse como candidato à Presidente. Essa atuação do STF influenciou sobre o contexto político enfraquecendo movimentos sociais e contribuindo para o avanço do neoliberalismo. Foi visando esse efeito político específico que se pode explicar as diversas pressões de interesses estrangeiros e de órgãos da imprensa sobre o STF no HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44.

No entanto, as contribuições do STF para o avanço da agenda neoliberal no Brasil não se restringiram à sua atuação nos processos judiciais sobre presunção de inocência. Como demonstrado no panorama de julgamentos emblemáticos do período pós-1988, existe uma correlação entre interesses estrangeiros e de grandes grupos econômicos, de um lado, e a atuação do tribunal, de outro. Nesse sentido, em que pese a existência de decisões que contribuíram para a inclusão social no período pós-1988, o STF forneceu contribuições relevantes para a agenda neoliberal nos julgamentos sobre taxa de juros, privatizações, valor do salário mínimo e “combate à corrupção” em face de governos que promoviam a agenda neodesenvolvimentista. Enquanto nos anos 1990 prevaleceu um neoliberalismo com algum respeito a direitos individuais e à democracia, nos anos 2010 o tribunal facilitou a emergência de um neoliberalismo autoritário, isto é, que reduz direitos individuais e ataca a democracia. Nesse sentido, o aspecto conservador de contribuição para o avanço do neoliberalismo no Brasil prevaleceu na atuação do STF ao longo do período pós-1988.

Em linhas gerais, esta tese pretendeu fornecer aportes teóricos e empíricos para explicar a atuação dos tribunais no Brasil. É necessário desenvolver teorias que busquem

compreender o contexto político e as pressões a que os magistrados brasileiros estão submetidos, que são bastante distintas das pressões pelas quais passa um magistrado inglês, francês ou norte-americano. Evita-se assim uma imagem idealizada dos tribunais no Brasil, isto é, sem correspondência com sua prática real. Nesse sentido, decisões judiciais que não sigam parâmetros liberais, embora não sejam desejáveis, deixam de causar menos surpresa. Além disso, uma adequada compreensão dos tribunais no contexto político brasileiro subsidia a formulação de desenhos institucionais próprios. É possível cogitar, por exemplo, desenhos institucionais que reduzam pressões estrangeiras sobre o Judiciário. A recepção automática de desenhos institucionais produzidos em outros países é, em si mesmo, uma manifestação de pressões internacionais sobre o Brasil. No entanto, os desenhos institucionais dos tribunais estão necessariamente inseridos nos conflitos políticos brasileiros. Os grupos econômicos plenamente associados a interesses estrangeiros não têm interesse ou condições para apoiar um desenho institucional que reduza pressões sobre os tribunais. Por fim, o desenvolvimento de teorias mais autônomas contribui para reduzir a subserviência epistemológica na formação dos profissionais do direito no Brasil.

Em suma, uma dinâmica mais conflituosa entre poderes, em que o Judiciário assume uma agenda parcialmente autônoma, tem lastro no contexto político. Uma sociologia dos tribunais como desenvolvido nesta tese sugere que sua maior relevância ao longo do período pós-1988 decorre de fatores políticos, o que indica justamente para algum grau de irrelevância. A atuação mais independente do STF em relação aos poderes Executivo e Legislativo no período neodesenvolvimentista possui como base a persistente submissão a grandes grupos econômicos e interesses estrangeiros. Nesse sentido, algumas mudanças na sua atuação foram necessárias para o contínuo favorecimento da agenda neoliberal, aspecto prevacente no papel do STF no período pós-1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de Interação Estado-Sociedade em um Estado Heterogêneo: A Experiência na Era Lula. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências, deslocamentos e reposicionamentos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, p. 213-250, 2016.

ALMEIDA, Maria Hermínia. Negociando a Reforma: a privatização de empresas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 421-451, 1999.

AMB. **Quem somos**: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: 2018.

ARANTES, Rogério; ARGUELHES, Diego. Supremo: o estado da arte. **Quatro cinco um**, São Paulo, abr. 2018. Disponível em <https://www.quatrocincoum.com.br/br/artigos/direito/supremo-o-estado-da-arte> Acesso em 3 jun. 2019.

ARGUELHES, Diego. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

ARGUELHES, Diego; RIBEIRO, Leandro. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 187-202.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. Judicialização da Política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v. 15, p. 20-40, 2014.

BARBOSA, Samuel. Apresentação: o mal-estar no Supremo. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 9-11, 2018.

BARROS, Marco Antonio. **Tribunais, complexidade e decisão**: o argumento consequencialista no direito brasileiro. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.



BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 24-50, 2015.

\_\_\_\_\_. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 Fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml> Acesso em 01 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271-316.

BECKER, Howard. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 184-198, 2014.

BENVINDO, Juliano; ACUNHA, Fernando. O papel da política na atuação das cortes supremas: uma comparação entre Brasil e México. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, 2018.

BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos económicos, sociais e culturais. In: SANTOS, Cecília MacDowell (Org.). **A mobilização transnacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 93-111.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 725-738.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, v. 88, p. 305-325, 2013.

\_\_\_\_\_. A constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. In: SANTOS, Gustavo; STRECK, Lenio; ARAÚJO, Marcelo (Org.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2016a, p. 1-16.

\_\_\_\_\_. Golpe sem fundamento jurídico. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 3 Jan. 2016b. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/01/1724180-golpe-sem-fundamento-juridico.shtml> Acesso em 30 mai. 2019.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. XLIX, p. 57-77, 2006.

BERRINGER, Tatiana. **A burguesia brasileira e a política externa nos governos FHC e Lula**. Curitiba: Appris, 2015.

BILCHITZ, David. Constitutionalism, the Global South and Economic Justice. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 41- 94.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Unesp, 2008.

\_\_\_\_\_. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

BOITO JR., Armando. Governos Lula: a nova burguesia nacional no poder. In: BOITO JR., Armando; GALVAO, Andréia (Org.). **Política e Classes Sociais no Brasil dos anos 2000**. São Paulo: Alameda, 2012, p. 67-104.

\_\_\_\_\_. **Reforma e crise política no Brasil: os conflitos de classe nos governos do PT**. Campinas: Editora Unicamp, 2018.

BOITO JR., Armando; BERRINGER, Tatiana. Brasil: classes sociais, neodesenvolvimentismo e política externa nos governos Lula e Dilma. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, p. 31-38, 2013.

BOITO JR., Armando; GALVÃO, Andréia. Apresentação. In: BOITO JR., Armando; GALVAO, Andréia (Org.). **Política e Classes Sociais no Brasil dos anos 2000**. São Paulo: Alameda, 2012, p. 7-18.

BOITO JR., Armando; SAAD-FILHO, Alfredo. State, State Institutions, and Political Power in Brazil. **Latin American Perspectives**, Riverside, v. 43, n. 2, p. 190-206, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BOURDIEU, Pierre. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. **Hastings Law Journal**, San Francisco, v. 38, p. 814-853, 1987.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma coisa irracional. **Brasileiros**, São Paulo, n. 88, 2014.

BURGOS SILVA, Germán. **Estado de derecho y globalización: el banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina**. Bogotá: ILSA, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política**. São Paulo: Ática, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e Diferenciação Social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. **Buffalo Law Review**, Buffalo, n. 27, p. 181-292, 1978.

CARBONNIER, Jean. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 45-57.

CARDOSO, Luciana Zaffalon. **A política da Justiça: blindar as elites, criminalizar os pobres**. São Paulo: Hucitec, 2018.

CARVALHO, Douglas Zaidan. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. São Paulo: Almedina, 2017.

CARVALHO, Ernani; SANTOS, Manoel Leonardo; GOMES NETO, José Mário; BARBOSA, Leon. Judicialización de la política y grupos de presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. **América Latina Hoy**, Salamanca, v. 72, p. 59-88, 2016.

CASTRO, João Caldeira Brandt. **A atuação das empresas de televisão como grupo de interesse: estratégias e táticas de pressão no caso da política de classificação indicativa**. Tese de Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2015.

CAVALCANTE, Sávio. Classe média e conservadorismo liberal. In: VELASCO E CRUZ, Sebastião; KAYSEL, André; CODAS, Gustavo (Org.) **Direita, Volver! O retorno da direita e o ciclo político brasileiro**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 177-195.

\_\_\_\_\_. Classe média, meritocracia e corrupção. **Crítica Marxista**, São Paulo, v. 46, p. 103-125, 2018.

CNJ. **Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018**. Brasília: 2018.

CORREAS, Oscar. **Kelsen y los marxistas**. México DF: Coyoacán, 1994.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. Patterns of foreign legal investment and state transformation in Latin America. In: FRIEDMAN, Lawrence; PEREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). **Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe**. Stanford: Stanford University Press: 2003, p. 479-498.

\_\_\_\_\_. Law, lawyers, and empire. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). **The Cambridge history of law in America, volume III: the twentieth century and after**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 718-757.

DIAS, João Paulo; FERREIRA, António Casimiro; GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; FERNANDO, Paula; CAMPOS, Alfredo. **Contextos e Desafios da Transformação das Magistraturas: contributos dos estudos sociojurídicos**. Porto: Vida Económica, 2013.

DUARTE, Madalena. **Movimentos na Justiça: O Direito e o movimento ambientalista em Portugal**. Lisboa: Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELHARDT, Anne. Judicial Crisis in Portugal: The Constitution in relation to the State, Social and Labor Movements. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 670-710, 2017.

ENGELMANN, Fabiano (Org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

\_\_\_\_\_. **O Brasil pós-constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989a.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989b, p. 5-15.

\_\_\_\_\_. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Florestan. Sobre o trabalho teórico. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 2, p. 5-86, 1975.

\_\_\_\_\_. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed. São Paulo: Global, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **Doxa**, Alicante, v. 34, p. 15-53, 2011.

FERRARI, Vincenzo. La Sociología del Derecho Kelseniana de Renato Treves. **Revista de sociología del derecho**, La plata, n. 11, p. 5-9, 1996.

FERRAZ, Octavio Luiz. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCIA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: critical inquiries**. Abingdon: Routledge, 2015, p. 121-137.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

\_\_\_\_\_. **A função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Argumentação jurídica**. São Paulo: Manole, 2014.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-61.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, Alexandre; ALVES, Camila Souza. O concurso público brasileiro e a ideologia concursista. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, p. 671-702, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; JORGE, Thiago; SATO, Leonardo. Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013). **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 49, n. 2, p. 93-131, 2018.

FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump - and Beyond. **American Affairs**, v. 1, n. 4, p. 46-64, 2017.

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, New York, n. 9, p. 95-160, 1974.

GALVÃO, Andréia. Political action of the Brazilian labour movement: issues and contradictions facing PT governments. **Studies in Political Economy**, v. 97, n. 3, p. 270-284, 2016.

GARDNER, James. **Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America**. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.

GARGARELLA, Roberto. Latin American constitutionalism: social rights and the "engine room" of the constitution. In: RODRIGUEZ-GARAVITO, César (Ed.). **Law and society in Latin America: a new map**. Oxon: Routledge, 2015, p. 83-92.

GARTH, Bryant. Brazil and the field of socio-legal studies: Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 12-23, 2016.

GOMES, Conceição. A formação de magistrados como instrumento de transformação da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, edição especial, p. 237-260, 2018.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HIRATA, Francini; OLIVEIRA, Nathalia. Os movimentos dos sem-teto de São Paulo no contexto neoliberal. In: BOITO JR., Armando; GALVAO, Andréia (Org.). **Política e Classes Sociais no Brasil dos anos 2000**. São Paulo: Alameda, 2012, p. 367-400.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

IBGE. **Características gerais dos domicílios e dos moradores**: 2017. Rio de Janeiro: 2018.

KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 56, n. 222, p. 51-73, 2019.

KANTOROWICZ, Hermann. **The definition of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939.

\_\_\_\_\_. On the borders between legal and sociological method. In: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (Ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkley: University of California Press, 2000a, p. 57-63.

\_\_\_\_\_. Legal formalism and the pure theory of law. In: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (Ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkley: University of California Press, 2000b, p. 76-83.

\_\_\_\_\_. Causalidade e Imputação. In: **O que é justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Una “fondazione” della sociologia del diritto. In: FEBBRAJO, Alberto (Ed.). **Verso un concetto sociologico di diritto**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 3-50.

KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, Johannesburg, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

KLARMAN, Michael. Race and rights. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). **The Cambridge History of Law in America, volume III: the twentieth century and after**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 403-441.

KOERNER, Andrei. Decisão judicial, instituições e estrutura socioeconômica: por uma análise política do pensamento jurídico brasileiro. **Novum Jus**, Bogotá, v. 3, n. 1, p. 201-224, 2009.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Direito como tópica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 Abr. 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/ricardo-lewandowski-direito-como-topica.shtml>. Acesso em 30 mai. 2019.

LIMA, Fernando Rister. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, p. 691-717, 2016.

LIMA, Thais. Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas: uma resposta aos números da FGV. **Jota**, São Paulo, 3 Out. 2016. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>. Acesso em 7 mai. 2019.

- LOPES, José Reinaldo. A função política do poder judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989, p. 123-144.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Transformação Social: ensaio interdisciplinar das mudanças no Direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- \_\_\_\_\_. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOUGHLIN, Martin. The Constitutional Imagination. **The Modern Law Review**, London, v. 78, n. 1, p. 1-25, 2015.
- LOUREIRO, Isabel. Agronegócio, resistência e pragmatismo: as transformações do MST. In: SINGER, André; LOUREIRO, Isabel (Org.). **As contradições do lulismo: a que ponto chegamos?** São Paulo: Boitempo, 2016, p. 123-156.
- LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.
- LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- \_\_\_\_\_. **O que é Direito**. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MARCELINO, Paula. Sindicalismo e neodesenvolvimentismo: analisando as greves entre 2003 e 2013 no Brasil. **Tempo Social**, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 201-227, 2017.
- MARCELINO, Paula; GALVÃO, Andréia. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, Sayonara; EMERIQUE, Lilian; BARISON, Thiago (Org.) **Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 85-96.
- MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTUSCELLI, Danilo. Rouseff Government Crisis and Class Political Realignment. **The Quarterly of Latin American Economy and Trade**, n. 30, p. 3-26, 2017.
- MEDINA, Diego Lopez. Por qué hablar de una “Teoría impura del derecho” para América Latina? In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Teoría del derecho y trasplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 37-90.
- \_\_\_\_\_. La cartografía de la teoría jurídica: diálogo con los críticos. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Teoría del derecho y trasplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 177-215.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 Fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm> Acesso em 04 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.

MCCANN, Michael. Litigation and legal mobilization. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (Ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 522-540.

MONREAL, Eduardo Novoa. **El Derecho como obstáculo ao cambio social**. México DF: Siglo XXI, 1975.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 269-316, 2019.

NIELSEN, Laura Beth. The need for multi-method approaches in empirical legal research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (Ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 951-975.

NINO, Carlos Santiago. The debate over constitutional reform in Latin America. **Fordham International Law Journal**, New York, v. 16, n. 3, p. 635-651, 1992.

NOGUEIRA, Claudia Albagli. A democratização da Justiça no espaço procedimental-discursivo: análise crítica das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013, p. 843-858.

NOVKOV, Julie. Law and political ideologies. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (Ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 626-643.

OCTAVIANI, Alessandro; BERCOVICI, Gilberto. Direito e Subdesenvolvimento: o desafio furtadiano. In: AGUIAR, Rosa Freire (Org.). **Celso Furtado e a dimensão cultural do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: E-papers, 2013, p. 49-68.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 89-115, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. **Manual de Sociologia Jurídica**. Petrópolis: Vozes, 2015.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

PAULANI, Leda. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. **Boletim de Economia e Política Internacional**, Brasília, v. 10, p. 89-102, 2012.



POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: condiderações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: PIRES, Alvaro *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 215-253.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Tyrannophobia. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative Constitutional Design**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 317-349.

PRONER, Carol. Lawfare neoliberal e o sacrifício de Lula. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Org.) **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4**. São Paulo: Outras Expressões, 2018, p. 49-52.

QUINALHA, Renan. **Justiça de Transição: contornos do conceito**. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina**. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Toward a sociology of global rule of law field: neoliberalism, neoconstitutionalism, and the contest over judicial reform. In: DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant (Ed.). **Lawyers and the rule of law in an era of globalization**. Oxon: Routledge, 2011, p. 156-182.

ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope**. Chicago: Chicago University Press, 1991.

SADEK, Maria Tereza. A organização do Poder Judiciário no Brasil. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 1-16.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entraram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo, 1970-1980**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law and Society Review**, Denver, v. 12, n. 1, p. 5-126, 1977.

\_\_\_\_\_. Popular Justice, Dual Power and Socialist Strategy. In: FINE, Bob *et al.* (Org.). **Capitalism and the Rule of Law**. London: Hutchinson, 1979, p. 151-163.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Coimbra: 1980.

\_\_\_\_\_. O Estado, o Direito e a Questão Urbana. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 9, p. 10-86, 1982a.

\_\_\_\_\_. Law and Revolution in Portugal: the experiences of Popular Justice after the 25th of April 1974. ABEL, Richard (Org.). **The Politics of Informal Justice: volume 2**. New York: Academic Press, 1982b, 251-280.

\_\_\_\_\_. Os conflitos urbanos no Recife: o caso do Skylab. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 11, p. 9-60, 1983.

\_\_\_\_\_. A crise e a reconstituição do Estado em Portugal (1974-1984). **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 14, p. 7-29, 1984.

- \_\_\_\_\_. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-37, 1986.
- \_\_\_\_\_. Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. **Journal of Law and Society**, Cardiff, v. 14, n. 3, p. 279-302, 1987.
- \_\_\_\_\_. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 2. n. 2, p. 46-71, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994.
- \_\_\_\_\_. Las paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio Garcia (Org.). **El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2001a, p. 85-150.
- \_\_\_\_\_. Derecho e democracia: la reforma global de la justicia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio Garcia (Org.). **El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2001b, p. 151-207.
- \_\_\_\_\_. **Toward a new legal common sense: law, globalization and emancipation**. London: Butterworths LexisNexis, 2002.
- \_\_\_\_\_. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique**. Porto: Afrontamento, 2003, p. 47-95.
- \_\_\_\_\_. The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique. **Law and Society Review**, Denver, v. 40, n. 1, p. 39-75, 2006a.
- \_\_\_\_\_. **The Rise of the Global Left: The World Social Forum and Beyond**. London: Zed Books, 2006b.
- \_\_\_\_\_. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho**. Bogotá: Ilsa, 2009.
- \_\_\_\_\_. From the Postmodern to the Postcolonial – and Beyond Both. In: RODRÍGUEZ, Encarnación; BOATCA, Manuela; COSTA, Sérgio (Ed.). **Decolonizing European Sociology: transdisciplinary approaches**. Farnham: Ashgate, 2010, p. 225-242.
- \_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.
- \_\_\_\_\_. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2014a.
- \_\_\_\_\_. **Epistemologies of the South**. Boulder: Paradigm Publishers, 2014b.
- \_\_\_\_\_. Towards a Socio-Legal Theory of Indignation. In: BAXI, Upendra; MCCRUDDEN, Christopher; PALIWALA, Abdul (Org.). **Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: essays in honour of William Twining**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015a, p. 115-142.
- \_\_\_\_\_. **A Justiça Popular em Cabo Verde**. São Paulo: Cortez, 2015b.
- \_\_\_\_\_. **As bifurcações da ordem: revolução, cidade, campo e indignação**. São Paulo: Cortez, 2016.
- \_\_\_\_\_. The Resilience of Abyssal Exclusions in Our Societies: Toward a Post-Abyssal Law. **Tilburg Law Review**, Tilburg, v. 22, p. 237-258, 2017a.
- \_\_\_\_\_. **Decolonising the University: The Challenge of Deep Cognitive Justice**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2017b.
- \_\_\_\_\_. **Pneumatóforo: escritos políticos 1981-2018**. Coimbra: Almedina, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9-19.

SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio Garcia (Org.). **El Caleidoscopio de las justicias en Colombia**: análisis socio-jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e transformação social**: uma paisagem das justiças em Moçambique. Porto: Afrontamento, 2003.

SANTOS, Caio Santiago. **Defensoria Pública e movimentos sociais**: novas possibilidades de acesso à Justiça no Brasil. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTOS, Cecília MacDowell. Transnational legal activism and the State: reflections on cases against Brazil in the Inter-American Commission on Human Rights. **Sur**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 28-59, 2007.

\_\_\_\_\_. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 89, p. 153-170, 2010.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 97, n. 4, p. 509-548, 1988.

\_\_\_\_\_. Formalism: Legal, Constitutional, Judicial. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (Ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 428-436.

SECCO, Lincoln. **História do PT**: 1978-2010. 2. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2011.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SILVA, Artur Stamford. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. **Revista de Direito da UnB**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-52, 2016.

SILVA, Paulo Eduardo. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 275-320.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v. 1, p. 607-630, 2003.

SINGER, André. **Os sentidos do lulismo**: reforma gradual e pacto conservador. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. Cutucando onças com varas curtas: o ensaio desenvolvimentista no primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). **Novos Estudos**, São Paulo, n. 102, p. 43-71, 2015.

\_\_\_\_\_. **O lulismo em crise**: um quebra cabeça do período Dilma (2011-2016). São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SIQUEIRA, Gustavo; FERREIRA, Bruna; LIMA, Douglas. Kelsen na Constituinte brasileira de 1933-1934. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 30, p. 248-265, 2016.

TREVES, Renato. Sociología del derecho y sociología de la idea de justicia en el pensamiento de Hans Kelsen. **Cuadernos de la Facultad de Derecho**, Palma, v. 8, p. 99-116, 1984.

TRUBEK, David; COUTINHO, Diogo; SCHAPIRO, Mario. Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper**, Madison, n. 1207, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2144939>

TULLY, James. On law, democracy and imperialism. In: CHRISTODOULIDIS, Emiliós; TIERNEY, Stephen (Ed.). **Public law and politics: the scope and limits of constitutionalism**. Aldershot: Ashgate, 2008, p. 69-101.

TUSHNET, Mark. The rights revolution in the twentieth century. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). **The Cambridge history of law in America, volume III: the twentieth century and after**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 377-402.

UPRIMNY, Rodrigo. The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Org.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot: Ashgate, 2006, p. 127-151.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 297-339.

VASCONCELOS, Jonnas. **BRICS: Agenda Regulatória**. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

\_\_\_\_\_. Estado de Direito e advocacia de interesse público. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-380.

\_\_\_\_\_. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIERA-GALLO, José Antonio. The legal system and socialism. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1972, n. 3, p. 754-766, 1972.

WANG, Daniel. Introdução. In: WANG, Daniel (Org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-22.

WEBLEY, Lisa. Qualitative approaches to empirical legal research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (Ed.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 926-950.

WILSON, Richard. Beyond legal imperialism: US clinical legal education and the new law and development. In: BLOCK, Franck (Ed.). **The global clinical movement: educating lawyers for social justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 135-150.

WOLKMER, Antonio Carlos. Para uma sociologia jurídica no Brasil: desde uma perspectiva descolonial. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 3, p. 17-38, 2017.

XAVIER, José Roberto. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Pesquisa Empírica em Direito, 2017, p. 119-160.

## APÊNDICE A – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

**Título da Pesquisa:** “Constituição, Tribunais e Transformação Social: uma análise da experiência brasileira pós-1988”

**Pesquisador Responsável:** Caio Santiago Fernandes Santos (USP)

**Participante:** ..... [nome]

..... [profissão/cargo]

Eu, participante acima indicado, autorizo Caio Santiago Fernandes Santos, pesquisador de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a utilizar as informações por mim prestadas na sua pesquisa intitulada “Constituição, Tribunais e Transformação Social: uma análise da experiência brasileira pós-1988”, orientada pelos Prof. Titular Celso Fernandes Campilongo (USP) e Prof. Catedrático Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra, Portugal).

Declaro ter sido informado sobre os objetivos e justificativa da pesquisa, e manifesto meu livre e esclarecido consentimento em participar como entrevistado. Estou ciente de que poderei desistir de participar a qualquer momento até o término da pesquisa.

Estou ciente de que não há qualquer valor econômico, a receber ou a pagar, devido à minha participação na entrevista.

**Em relação à autorização para a gravação,** permito que o pesquisador realize a gravação da entrevista e utilize a sua transcrição integral ou parcial na Tese de Doutorado. Estou ciente de que poderei solicitar uma cópia da transcrição e fazer correções, comentários suplementares ou supressões de informações, caso queira.

**Em relação à confidencialidade da entrevista,** o pesquisador preservará o sigilo da minha identidade e a minha privacidade, de modo que meu nome não será mencionado no trabalho final, mas tão somente a “profissão/cargo” indicada neste termo.

O trabalho final será disponibilizado no banco de teses na *internet* da Universidade de São Paulo ([www.teses.usp.br](http://www.teses.usp.br)) e uma versão será depositada na biblioteca da Faculdade de Direito da USP.

Este documento foi elaborado em duas vias de igual teor, que serão assinadas, sendo uma para o pesquisador e outra para o participante.

....., ..... de ..... de 2019.

**Assinatura do Participante**

**Assinatura do Pesquisador**

Em caso de dúvidas e demais esclarecimentos, favor entrar em contato com o pesquisador Caio Santiago Fernandes Santos ([caio.santiago.santos@usp.br](mailto:caio.santiago.santos@usp.br)) e com a Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP ([comissaoposfd@usp.br](mailto:comissaoposfd@usp.br) e demais contatos disponíveis em [www.direito.usp.br](http://www.direito.usp.br)).

## **APÊNDICE B – ROTEIRO DE ENTREVISTA**

Estudo de caso sobre o HC 126.292 e ADCs 43 e 44

### I – O Habeas Corpus 126.292

1. Em fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência sobre presunção de inocência no HC 126.292. Como explicar essa mudança?
2. Houve pressões de grupos profissionais, políticos ou econômicos para alterar essa jurisprudência? Ou foi uma postura mais autônoma dos ministros?
3. Como vê a justificativa dos ministros que compuseram a maioria para alterar a jurisprudência?

### II – As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

4. Em linhas gerais, existiram pressões sobre o STF no julgamento dessas ADCs?
5. Nas ADCs 43 e 44, a Associação dos Juízes Federais do Brasil manifestou apoio à restrição da presunção de inocência. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público atuou no mesmo sentido na ADC 54. Como analisar a posição dessas associações de juízes e integrantes do Ministério Público?
6. Em janeiro de 2018 a Presidente do STF se reuniu com empresas internacionais, comprometendo-se a não incluir as ADCs na pauta do Plenário do STF, segundo notícia em portal da internet. Além disso, existiram reuniões também com grandes empresas nacionais e participação em eventos da mídia, segundo sua agenda oficial. Como analisar essas reuniões?
7. Em 2018, houve uma atuação judicial mais direta de partidos políticos sobre o tema. O Partido Social Liberal se manifestou a favor da restrição da presunção de inocência nas ADCs 43 e 44. O Partido Comunista do Brasil ajuizou a ADC 54 em defesa da necessidade do trânsito em julgado para execução de sentença condenatória. Como analisar a atuação desses partidos? Quais são os interesses envolvidos?
8. Em 2018, houve também manifestações de integrantes de Forças Armadas de “repúdio à impunidade”. Como analisar esse tipo de atuação?
9. Entre 2015 e 2018, alguns ministros mudaram de posição sobre a possibilidade de execução de decisão judicial condenatória em segundo grau. Essas mudanças foram determinantes para as decisões do STF. Como analisar os comportamentos individuais desses ministros?
10. Em linhas gerais, como os ministros do STF reagiram a pressões sobre esses processos?

### III – As consequências do HC 126.292 e das ADCs 43 e 44

11. Em geral, quais foram as consequências dessa mudança de jurisprudência do STF?

12. Nos seus memoriais nas ADCs 43 e 44, as Defensorias Públicas do Rio de Janeiro e de São Paulo afirmaram que seus atendidos seriam “vítimas colaterais” da mudança de jurisprudência do STF. Concorda com essa afirmação? As decisões do STF prejudicaram pessoas de baixa renda atendidas pela Defensoria?

13. Como transparece no voto de alguns ministros, essa decisão do STF visava a fortalecer o combate a corrupção. Isso ocorreu?

14. Essa mudança de jurisprudência influenciou o processo eleitoral em 2018?