

04/05/2018 - 05:00

Os atropelos da história empurrada

Por **Maria Cristina Fernandes**

Oscar Vilhena jantava sozinho num restaurante em Londres na primavera de 2015 quando uma mensagem de Luis Roberto Barroso entrou em sua caixa postal. Em anexo, o ministro submetia o artigo de 52 páginas ("A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria") ao seu crivo. Barroso, professor de direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, queria publicá-lo na revista da escola de direito da Fundação Getúlio Vargas.



"O que acha?", perguntou o ministro ao amigo, hoje diretor da escola. A resposta não era fácil. Autor da tese da supremocracia, com a qual reconhece os poderes exacerbados da Corte, mas os atribui às ambições do texto, Vilhena tem intimidade com as provocações de Barroso, a quem chama de Luís.

Desde a publicação de sua tese de livre-docência ("O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas"), logo depois da Constituinte de 1988, Barroso se tornara um dos expoentes em defesa do que o diretor da FGV chama de direito responsivo - "ativista é pejorativo".

Fizera-se conhecido pela tese de que é preciso dar mais eficácia à pretensão constituinte de mudança social. Aquele artigo, porém, parecia ir além. Nele, a vanguarda iluminista do colega adquiriu luzes de neon e, certamente, encandiará o debate acadêmico.

No texto, Barroso se valeria da clareza habitual de seus votos, com citações ao alcance do leitor leigo - "A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará a seu tamanho normal" (Albert Einstein) ou "creia nos que procuram a verdade, duvide dos que a encontraram" (Andre Gide).

A linguagem, sem rodeios, não permitia dúvidas sobre onde pretendia chegar. Ministro havia três anos do Supremo, Barroso parecia ter ido longe demais. Sustenta que o processo político está paralisado e cabe ao Supremo assegurar a vontade da maioria, tese que põe em xeque as bases da separação e do equilíbrio entre os Poderes.

Num habeas corpus preventivo contra aqueles que questionariam a legitimidade da Corte para exercer um poder majoritário sem votos para tanto, Barroso argumentava que o acesso ao Congresso tem um custo financeiro alto, que obriga alianças com interesses particulares. Já os juízes, selecionados pela meritocracia, representariam melhor a vontade da sociedade. A elitista composição da Corte que integra, solitariamente quebrada pelo ex-ministro Joaquim Barbosa, estava ali para mostrar os limites de seu argumento.

Contra a supremacia da legitimidade eleitoral, Barroso diria que esta não basta para a representatividade democrática, e lançaria mão da ascensão do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, ambos com respaldo popular, para escorar sua tese.

Acrescentaria ainda a imagem, recorrente em textos e votos, de uma Corte a empurrar a história quando esta emperra. Os julgamentos, na Suprema Corte americana, que fizeram rolar a segregação racial ladeira abaixo é seu maior paradigma - na advocacia exercida até a toga, na causa do direito ao aborto de fetos anencefálicos e no reconhecimento das relações homoafetivas, até seu voto pela constitucionalidade da Lei de Cotas.

Vilhena propôs e Barroso topou, na hora, submeter o artigo ao crivo de estudiosos de teoria constitucional, alguns dos quais, ex-alunos do ministro. Não vetou nomes e indicou poucos debatedores. Demonstrou algum receio de que um ou outro da lista selecionada poderia vir a chutar abaixo da cintura, mas não recuou.

O artigo foi distribuído a vinte professores de seis universidades (Uerj, PUC-SP, PUC-RS, UFPR, FGV Direito Rio e FGV Direito SP) que enviaram seus comentários para o autor. Não houve reverência ao meritíssimo. Marcada a data da acareação, no dia 28 de agosto de 2015, num seminário a portas fechadas no prédio da escola de direito da FGV, em São Paulo, Barroso enfrentou uma maioria franca e acirradamente crítica ao artigo. Estava ali a origem de "A Razão e o Voto: Diálogos Constitucionais com Luis Roberto Barroso" (Editora FGV), compilação de artigos organizada por Vilhena e Rubens Glazer, lançada no mês passado.

Foi em ritmo de "câmara de gás", e não de "Jardim do Éden", como ficaram conhecidas as duas turmas do Supremo, que se processou o debate ao longo de todo o dia. Naquele dia, o então vice-presidente Michel Temer fazia saber à titular do cargo que seu partido não apoiaria a volta da CPMF. Os ecos da Lava-jato espalhavam pixulecos gigantes do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelas grandes cidades com a roupa de presidiário que, efetivamente, viria a ser, com a anuência do Supremo.

Se aquele auditório fosse um júri, o ministro dificilmente escaparia de uma condenação. Depois da apresentação de seu artigo, chegara a hora de ouvir os comentários dos presentes. O mais duro de seus juizes foi um jovem professor da FGV Rio. A época com 33 anos, Diego Arguelhes, num texto intitulado "O Supremo que Não Erra", começou por expor seu incômodo com a visão de que o ministro trata a independência dos juizes da legitimidade eleitoral como solução e não como uma limite relevante para seu papel.

Em contraposição à atuação majoritária do Supremo, advogada por Barroso, disse que uma instituição não pode se legitimar por ignorar o clamor popular e, ao mesmo tempo, por atender esse mesmo clamor. E citou a forma de ingresso no Supremo e as regras de permanência e remoção como agravantes para os limites de um Poder que, ao invadir as prerrogativas dos demais, assume-se como instância decisória acima de erros - um grupo de sábios não eleitos que permanecem no cargo por décadas sem qualquer tipo de controle.

Arguelhes indagou se o Supremo, a exemplo do Congresso, também não corria o risco de ser capturado por interesses particulares. E questionou as consequências, para a democracia, de um Judiciário que se legitima pelo resultado. É um desenho institucional que, na dose errada, pode levar a que o cumprimento da Constituição se torne uma ameaça à própria Carta: "Temos o STF, como instituição independente, com vantagens comparativas sobre o Congresso em tudo o que importa: protege direitos por não precisar atender à maioria, representa a vontade geral sem risco de captura por interesses minoritários e, como "vanguarda iluminista", sabe quais são as reformas morais e sociais que precisam ser promovidas - inclusive quando a própria população ainda não formou opinião a seu respeito.

Ao ler os textos antes do debate, Vilhena surpreendera-se com a contundência e perguntou a Barroso se ele gostaria, de fato, de prosseguir. Ponderou que uma pessoa, na posição de autoridade de que desfruta um ministro do Supremo Tribunal Federal, não costuma se expor tanto, a não ser para receber elogios. Mas o ministro não

esmorecera. Arguelhes seria aquele que mais perto chegaria de destruir a tese de "A razão e o Voto", mas, em momento algum, o debate resvalaria para golpes abaixo da cintura.

Ex-aluno de Joaquim Falcão, que dirigiu a escola de direito da FGV do Rio e fundou o projeto "Supremo em Números", primeiro vigia da atuação da Corte na academia, Arguelhes não era o único dos presentes a bater de frente com o debatedor exímio a quem o Brasil se acostumara ver, ao vivo e em cores, enfrentar o ministro Gilmar Mendes.

Barroso e Edson Fachin, hoje seu parceiro de toga, e, à época, colega de academia na Universidade Federal do Paraná, marcaram o debate nos anos 1990 com a ideia de um Judiciário que devia atuar fora da caixinha. Influenciaram a geração de juízes que fez de Sérgio Moro um expoente.

A geração de Arguelhes formula a reação da academia à invasão do Judiciário pelas teses de Barroso e Fachin. Seria seguido, no seminário, por dois colegas da FGV, Ivar Hartmann e Daniel Chada. A dupla mostrou que se Barroso advogava um papel para o Judiciário que desse mais eficácia para a Constituição, a falta de transparência e previsibilidade do Tribunal punha em xeque esta prerrogativa.

Os jovens debatedores citaram o prazo médio de cinco anos para uma resposta do Tribunal a ações diretas de inconstitucionalidade, missão principal da Corte. Mencionaram ainda o percentual de meros 5% de decisões colegiadas por ano, o que agrava a legitimidade da função representativa do Tribunal reivindicada por Barroso.

Na comparação com outras cortes do mundo, nenhuma, com a provável exceção do México, é vista por Arguelhes como tão poderosa. O poder de pauta, de pedidos de vista e a autonomia orçamentária, por exemplo, não têm paralelos na Suprema Corte americana.

Rubens Glazer, parceiro de Vilhena na escola e na organização do livro, investiu contra o eixo do artigo, o de que a prudência política, e não a gramática e a lógica dos direitos, é a origem da legitimidade da atuação dos ministros: "Será que isso é saudável e, especialmente, compatível com a agenda de constitucionalização defendida pelo próprio Barroso? Creio que a tese apenas fragiliza a cultura de direitos do país".

Dos 20 debatedores, apenas três saíram em sua defesa incondicional. Se dependesse daquele júri, era preferível que o fusquinha da história permanecesse emperrado a sair do atoleiro atropelando a democracia.

Ao longo dos quase três anos desde a realização do debate, o ministro Luis Roberto Barroso aproximou-se ainda mais do acadêmico. Os pesos e as medidas do Supremo da Lava-jato alargaram o déficit de legitimidade. O mesmo Tribunal que recusou o HC de Lula foi o que criou, do nada, uma solução para manter Renan Calheiros na condição de réu e ocupante da linha sucessória da Presidência.

Ao responder aos debatedores, no entanto, Barroso não recuaria de nenhuma de suas posições. No posfácio, não passaria recibo: "Foi um dia de deleite intelectual e de grande proveito pessoal".

Maria Cristina Fernandes, jornalista do Valor, escreve neste espaço quinzenalmente

E-mail: mcristina.fernandes@valor.com.br