

Não cabe comparação de riscos entre indicação de Fachin e Bork

16/06/2015

A posse do ministro Luiz Edson Fachin no Supremo Tribunal Federal revela que o Senado do Brasil não fez com Fachin o que o Senado americano fez com Bork; não cabia a comparação sobre os riscos de uma e de outra indicação, por conta das diferenças entre ambos os indicados.

Conforme nos advertiu o saudoso cientista político Robert Dahl, não se deve utilizar os “*Federalist Papers*” para a tentativa de análise crítica e objetiva da Constituição, pois eles representam algo que poderíamos chamar de propaganda. [1] Assim, definições e mensurações sobre perigos dos (e entre os) poderes carecem de uma análise empírica e constitucionalmente adequada. O poder é uno e indivisível, e a sua repartição em funções (ou ramos do governo) não têm o condão de tornar algum deles mais ou menos perigoso do que o outro.

Circulou com alguma repetição nos meios acadêmicos uma discreta tentativa de percepção de que o processo de indicação do professor Luiz Edson Fachin para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, e sua confirmação perante o Senado Federal, seria algo parecido com o caso de Robert H. Bork, indicado para o cargo de *Associate Justice* da Suprema Corte Americana, e rejeitado pelo Senado em 1987. Essa é uma comparação possível em alguns termos, mas não em todas as qualidades dos juristas, nem no modo do processo de sabatina. Por muitos e variados motivos, a comparação poderia ser um mero apelo à propaganda.

Robert H. Bork foi um engajado partícipe dos desdobramentos do escândalo relativo ao caso Watergate, durante a administração Richard Nixon. Importante recordar que em outubro de 1973, na qualidade de *Solicitor General*, Robert Bork atuou naquilo que ficou conhecido como “*Saturday Night Massacre*”, termo cunhado por analistas e comentadores do cenário político sobre o episódio da altamente controversa demissão de Archibald Cox, então designado promotor especial para a investigação do caso Watergate.

Quando Archibald Cox solicitou as famosas cópias das gravações das conversas registradas com finalidade de instrução probatória, que poderiam instrumentar e robustecer o pedido de impeachment, o presidente Richard Nixon ordenou que Elliot Richardson, então *Attorney General*, demitisse Archibald Cox, mas houve recusa, sendo então ordenado que o seu adjunto, William Ruckelshaus, realizasse a tarefa, também recusada. A ordem então foi passada para o terceiro no comando, Robert Bork. Atrelado a esse pedido vinha a promessa de que Robert Bork seria indicado futuramente como um Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, e então Robert Bork executou a ordem de demissão do promotor independente. [2] Houve uma tentativa de troca, escusa, com a promessa do alto cargo de juiz da Suprema Corte Americana a um jurista que já exercia relevante função no governo, e era extremamente vinculado ao partido Republicano, conservador e considerado o representante da direita norte-americana.

Eis é o primeiro motivo pelo qual não há similitude possível entre Robert Bork e Luis Edson Fachin. Existem outros. Na realidade, poderíamos fazer uso de instrumental metafórico para

observar que assim como já se referiu que a Ação Direta de Inconstitucionalidade seria uma Ação Declaratória de Constitucionalidade com sinal trocado, o mesmo podemos dizer em relação a Robert Bork e Luiz Edson Fachin. Mas são em tudo diferentes.

E isto porque se o Senado Federal reprovasse Luiz Edson Fachin, estaria dizendo que preferia no STF um jurista com as características de Robert Bork, vale dizer, alguém que representasse inequivocamente o sentimento do conservadorismo de valores tão retrógrados de uma sociedade americana que não existe mais, a não ser nos livros de história dos séculos XVIII e XIX, há muito ultrapassados.

E não é apenas isso. Escrevendo sobre o que considerou o declínio da cultura americana, Robert Bork disse, após afirmar que a cultura popular é um desastre, pois legitima valores decadentes, que:

“Há um sentimento difuso na América de que alguma coisa está indo muito mal em nossa cultura. Um comentarista se refere ao buraco em nossa camada de ozônio moral. Da alta cultura à cultura popular, a politização é impactante e a padronização está em declínio. A propósito, é difícil dizer que ainda exista algum padrão restante que poderia ser implementado pela comunidade, seja através do Direito ou mesmo através da desaprovação social.

Os desastres, moral e intelectual, primeiro nos atingiram, como parece óbvio, no final dos anos 1960 quando estudantes radicais paralisaram e aterrorizaram variados campus de universidades (...). Neste meio tempo, olhe para o que temos. As escolas de direito são típicas: admissões por cotas em contratações, ofertas curriculares, vagas nas revistas de direito e aceitação de artigos para publicação estão fazendo cair a qualidade acadêmica e fragmentando a faculdade em grupos hostis. Esses grupos são definidos pela raça, etnicidade, gênero, orientação sexual e o que mais você quiser. Um dos aspectos mais perigosos é a tentativa de usar a raça como arma para atacar a cultura burguesa e seus padrões tradicionais.” [3]

Como parece intuitivo, no Brasil, no final dos anos 1960, o que tínhamos era uma ditadura que emudecia os estudantes e trazia o medo à população e às universidades. Sem mencionar que é em tudo diferente o passado racial brasileiro e norte americano, observa-se que Robert Bork era um ferrenho opositor ao sistema de cotas, e para quem uma camada em particular da sociedade não deveria poder ter legitimada sua produção cultural.

Ainda, Robert Bork era um defensor de algo que poderíamos chamar de “superpoderes” do executivo, chegando ao limite de sustentar opiniões radicais que reforçariam ainda mais a hipertrofia e a centralização inerentes ao já superpotente poder executivo. E em termos de uma constituição originalmente escravista, defendia a intenção original dos constituintes do Século XVIII, ao tempo em que também afirmou, desprezando a dimensão protetiva dos direitos fundamentais inerentes ao Controle de Constitucionalidade, que:

“Devido à complexidade e a opacidade do fenômeno social, entretanto, casos frequentemente irão parar naquilo em que a Corte é insegura. Ela deve então decidir em favor do governo, desde que o perigo esteja em errar para qualquer dos dois lados, a Corte não tem base para decidir fora do julgamento político.”[4]

Recorde-se que Robert Bork também parecia ser alguém que achava que os tribunais devem julgar por classe, sendo mais severos com uns do que com outros, e, no limite, deveria deixar de proteger alguns direitos, como na entrevista abaixo, em que fica patente a defesa que faz de um americano poder tentar matar alguém em caso de furto, e de que o criminoso não deveria ter direito a qualquer proteção judicial:

“Pergunta: Porque as Cortes estão aumentando o declínio da proteção dos direitos das pessoas, para protegerem a si mesmas e sua propriedade? Por exemplo, algumas Cortes estão sustentando direitos de assaltantes, batedores de carteiras e outros criminosos que processam por ferimentos que sofreram enquanto estão cometendo crimes.

Resposta: Isso me deixa confuso. Eu não entendo isso. Quando um assaltante fere a si mesmo quando está invadindo uma casa e então processa, eu acho isso um absurdo. Eu não entendo como uma Corte pode manter um processo como esse nem por um minuto.” [5]

Como notou a presidente da República e o Senado, este modelo de pensar o direito não tem nada que se assemelhe com o de Luiz Edson Fachin, pois este não foi sequer um servidor público que guardasse proximidade de subordinação passada com quem o nomeou, e diferente de Robert Bork, não negociou a sua vaga na *mesa das imoralidades* à custa de demitir um promotor que demonstrava desassombrada independência numa investigação contra o presidente americano, envolvido numa das tramas políticas considerada das mais ultrajantes nos Estados Unidos.

Ademais, de tudo que se discutiu publicamente sobre a indicação brasileira, salta aos olhos que as alegações contra sua indicação eram basicamente de 4 tipos, vale dizer: a) que teria manifestado apoio à candidatura de Dilma Rousseff em 2010; b) que seria contra os valores da família, em favor dos direitos da amante e da poligamia; c) seria contra a propriedade privada em favor do MST; d) teria supostamente mantido relação imprópria de advocacia privada enquanto era procurador de Estado. Todas elas foram afastadas na longa sabatina do Senado.

Das críticas realizadas, absolutamente nenhuma adveio de algum jurista especialista na longa, densa e profunda obra doutrinária de Luiz Edson Fachin. Todas as críticas realizadas estão a cargo de alguns poucos jornalistas que, bem ou mal, exercem o seu legítimo direito à crítica e a liberdade de imprensa. Diferentemente do caso de Robert Bork, que em 1987 viu contra si esse papel ser exercido especialmente por Ronald Dworkin[6], que capitaneou uma verdadeira cruzada pela rejeição de Robert Bork, sendo de se notar que ambos foram colegas na faculdade de Direito de Yale, numa relação comparativa pouco conhecida e divulgada.[7]

Sobre as críticas a Luiz Edson Fachin, imperioso observar que ele apresentou suas observações na rede mundial de computadores, através do site YouTube, respondendo de maneira respeitosa e compreensivamente ampla a todas às críticas ([aqui](#), [aqui](#), [aqui](#) e [aqui](#)). Ponto positivo! Pois não se escondeu, demonstrando coragem e caráter, serenidade que também teve frente aos senadores, essenciais para quem pretendia exercer o cargo máximo da magistratura em República.

No limite, o modelo de sabatina dos pretendentes ao cargo de juiz da Suprema Corte Americana não pode ser tomado como modelo a ser seguido, ou padrão a ser observado no Brasil. Basta observar que após a rejeição do nome de Robert Bork, os demais candidatos procuraram se esconder atrás de metáforas (como a metáfora do “árbitro imparcial” de baseball) que traz muito de caricatura ao modelo, mas diz muito pouco sobre o que a sociedade precisa saber sobre os candidatos.

Observe-se também que o atual presidente da Suprema Corte Americana, John Roberts, indicado por George W. Bush, do partido Republicano, segue a linha “originalista” de Robert Bork, e que durante a sua sabatina perante o senado, o então Senador pelo estado de Illinois, Barack Obama anunciara que votaria contra a confirmação de John Roberts, com a seguinte e importante manifestação:

“Enquanto a aderência ao precedente e as regras da construção constitucional ou do estatuto responderão por 95% dos casos que são apresentados diante da Corte, e então ambos, Scalia e Ginsburg chegarão no mesmo lugar na maioria das vezes nesses 95 por cento dos casos – o que importa na Suprema Corte, nestes 5 por cento restante dos casos são realmente difíceis... nestes 5 por cento dos *hard cases*, o texto constitucional não será o ponto principal. A linguagem do estatuto não estará perfeitamente clara. O processo legal por si só não o conduzirá a regra de decisão. Nestas circunstâncias, ... o ingrediente crítico é fornecido pelo que se encontra no coração do julgador ...”[8]

É ainda mais interessante observar que foi John Roberts, já juiz da Suprema Corte, embora não com o voto do senador Obama, quem pesou a favor do mais ambicioso programa político da Administração Obama, quando votou a favor da manutenção do Obamacare (*Affordable Care Act*), em votação apertada na Suprema Corte (5 votos a 4) [9], mencionando que a norma era em parte constitucional e em parte inconstitucional, mas concedendo uma deferência ao legislador, votou pela manutenção da norma, ou seja, o coração do julgador talvez importe mais do que os 5% sugeridos por Obama.

Vale recordar ainda que o fundamento utilizado no julgamento do caso Obamacare (*Affordable Care Act*) de deferência, é justamente o fundamento pelo qual Robert Bork era um dos mais conhecidos e ardorosos defensores, pois ao lado do originalismo, era adepto da “*judicial deference to the democratic process*”[10], uma segunda ironia no caso!

Isso quer dizer apenas que paixões políticas pouco dizem sobre um candidato ao cargo de juiz da Suprema Corte. Mais do que isso, também há de ser observado que desde 1828, quando se

chamava Supremo Tribunal de Justiça, até os dias de hoje, muitos dos candidatos ao cargo possuíam alguma ligação efêmera, outros uma ligação mediana [11] e ainda alguns com uma ligação intensa com a política [12], mas a partidarização do indicado não quis dizer partidarização do juiz, pois as relações se rompem com a posse, e não raro os juízes indicados costumam votar muitas vezes contra o governo ou governante que os indicou. É a história quem diz.

Por tais considerações, Robert Bork não pode ser comparado a Luiz Edson Fachin, e nem a sabatina daquele primeiro norteou a deste segundo. O Senado Federal fez justiça às suas boas e centenárias tradições — com uma sabatina penosa e dura, enfrentada de maneira serena e altaneira, com desassombro e sem prevenções oriundas de parte da sociedade, que representa a principal razão de ser da democracia representativa, em sua função contramajoritária, procurando sublimar as paixões da turba, muitas vezes impregnada de motivos inconfessáveis.

A posse indica apenas que o Senado não o viu como um Robert Bork. Sua atuação dirá mais, mas para isso teremos de esperar.

[1] DAHL, Robert. *How Democratic Is the American Constitution?* Second Edition. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 63-64.

[2] Associated Press. TPM. Bork: Nixon Offered Me SCOTUS Seat for Firing Archibald Cox. Disponível em: <<http://talkingpointsmemo.com/news/bork-nixon-offered-me-scotus-seat-for-firing-archibald-cox>>, Acesso em: 10.05.2015.

[3] BORK, Robert. *Is American Culture Subverting The American Way?* The American Legion, vol. 133, n. 3, september 1992, pp. 41, 78. (Tradução livre do original)

[4] BORK, Robert. [Entrevista]. *An Interview with Judge Robert H. Bork*. Judicial Notice, june 26, 1987. (Tradução livre do original)

[5] BORK, Robert. [Entrevista]. *The Tempting of American Courts*. Jurist Robert Bork on our judicial system. The American Legion, vol. 129, n. 6, *december* 1990, p. 22.

[6] DWORKIN, Ronald. *Bork Nomination*. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13, 1987

[7] CHIRELSTEIN, Marvin A. *Bork, Dworkin, and the Constitution*, 17 Green Bag 2D 17, 2013.

[8] TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013, p. xi.

[9] *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), 132 S.Ct 2566.



[10] SOMIN, Ilya. The Borkean Dilemma: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 80, (2013), p. 243.

[11] *Ligações políticas medias*: **Alfredo Pinto**, *deputado federal, ministro do STF (1921-1923)*, **Otávio Kelly**, *deputado na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ministro do STF (1934-1942)*, **Leitão de Abreu**, *secretário de Estado, ministro da Casa Civil, ministro do STF (1974-1981)*; **Eloy da Rocha**, *deputado federal, secretário de Estado, ministro do STF (1966-1977)*; **Prado Kelly**, *deputado constituinte, presidente da UDN, ministro da Justiça, ministro do STF (1965-1968)*; **Maurício Correia**, *senador da República, ministro do STF (1994-2004)*;

[12] *Ligações políticas intensas*: **Epitácio Pessoa**, *deputado constituinte, ministro da Justiça e Negócios Interiores, procurador-geral da República, ministro do STF (1902-19012)*, depois senador da República e presidente da República; **Carlos Maximiliano**, *deputado federal, ministro do STF (1936-1941)*, **Cândido Motta Filho**, *ministro da Educação e Cultura, presidente do PR, ministro do STF (1956-1967)*, **Oswaldo Trigueiro**, *prefeito de João Pessoa-PB, fundador da UDN, ministro do STF (1965-1975)*, **Aliomar Baleeiro**, *deputado estadual constituinte, deputado federal constituinte em 1946, secretário de Estado da Fazenda, ministro do STF (1965-1975)*; **Bilac Pinto**, *deputado federal constituinte em 1946, líder da Bancada da UDN, presidente da UDN, presidente da Câmara dos Deputados, ministro do STF (1970-1978)*; **Hermes Lima**, *deputado federal, chefe da Casa Civil, ministro de Estado da Previdência e Trabalho, ministro das Relações Exteriores, primeiro Ministro, ministro do STF (1963-1969)*; **Paulo Brossard**, *deputado estadual, líder do PL, secretário de Estado, deputado federal, senador da República, consultor-geral da República, ministro da Justiça, ministro do STF (1989-1994)*; **Nelson Jobim**, *deputado federal, ministro da Justiça, líder do PMDB, ministro do STF (1997-2006)*.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jun-16/nao-cabe-comparacao-riscos-entre-indicacao-fachin-bork/>