

ENTREVISTA

Conhecendo o Professor e Pensador Marcelo Neves

A Revista de Estudantes de Direito da UnB teve a honra de entrevistar um dos maiores juristas brasileiros da atualidade. É o recém-nomeado professor titular de Direito Público da UnB: Marcelo da Costa Pinto Neves. Procuramos mostrar um pouco da impressionante trajetória acadêmica do professor e de suas principais ideias, as quais são tão amplamente difundidas no mundo acadêmico, alcançando, inclusive, reconhecimento internacional.

O professor Marcelo Neves é bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), tendo se graduado em 1980 e obtendo o título de mestre na mesma instituição em 1986. Exerceu, por um tempo, o cargo de Procurador Judicial da Prefeitura da Cidade do Recife, antes de decidir dedicar-se exclusivamente à carreira acadêmica. Fez, então, doutorado na Universidade de Bremen, na Alemanha, com bolsa do DAAD, em 1991; dois pós-doutorados, um na Universidade de Frankfurt (1998) e outro na *London School of Economics and Political Science* (2007) – com bolsa da Fundação Alexander Von Humboldt; além de ter defendido a sua Livre-Docência pela Faculdade de Direito de *Fribourg*, na Suíça, em 2001.

Nosso entrevistado foi professor da Faculdade Direito da UFPE (1983-2002), professor visitante da Universidade de Fri-

bourg, na Suíça (2001) e professor catedrático substituto da Universidade de Frankfurt (2001-2002), além de ter trabalhado como pesquisador de diversas fundações.

Marcelo Neves também exerceu o cargo de Conselheiro do CNJ, sendo, desde 2011, Professor titular de Direito Público da Universidade de Brasília. Como se pode perceber, sua carreira é bastante rica, o que nos levou a tentar conhecer um pouco mais esse grande pensador. Temos certeza de que a entrevista fará com que os leitores tenham uma melhor compreensão das ideias construídas por esse acadêmico exemplar e como ele orientou a sua monumental carreira.

Eis nosso convidado desta edição.

REDUnB: Quais foram as suas motivações para cursar Direito. Como foi a juventude e a escolha pela vida acadêmica?

Prof^o Marcelo Neves (MN): *Eu nasci no Recife, Pernambuco. Quando era novo tinha interesse em algumas áreas, como Filosofia, História. O Direito surgiu no contexto familiar. Meu pai era ligado ao Direito e convivia com o mundo jurídico brasileiro. Isso sempre foi um estímulo para o interesse que eu passei a ter pelos temas jurídicos. No momento do vestibular, a Faculdade de Direito do Recife era forte, representativa. Então, decidi cursar Direito, embora tivesse dúvidas: não seria melhor cursar Filosofia, História ou Sociologia? Dentro do Direito, procurei um caminho mais dirigido à Teoria – enfatizei muito esse lado – e, a partir daí, fiquei muito vinculado à vida acadêmica. Já tive uma posição na prática jurídica, como Procurador municipal do Recife, mas eu deixei o cargo para me dedicar apenas à vida acadêmica. E, assim, com esse ponto de partida, envolvi-me com a pesquisa, o que se tornou muito relacionado à minha própria identidade. Ensinei na Universidade Federal de Pernambuco. Também lectionei na Europa e em universidades de São Paulo. Fiz mestrado em Pernambuco, doutorado na Alemanha e pós-doutorado na Alemanha e na Inglaterra. Posteriormente, fiz livre-docência na*

Suíça. Portanto, minha carreira foi rica em experiências internacionais, principalmente na Europa. Realmente, tenho um tipo de motivação especial pela vida acadêmica.

REDUnB: Qual é a função de um acadêmico de direito no mundo jurídico?

MN: *Acho que, no mundo jurídico, o acadêmico pode ter um papel importante. Em primeiro lugar, no estágio, pode contribuir para o desenvolvimento da prática jurídica. Quanto à sua atuação na universidade, é importante que possa participar de jornais, de revistas universitárias e de debates acadêmicos que levem à crítica da ordem jurídica, especialmente à crítica do Judiciário, para o aperfeiçoamento da função jurisdicional. Nesses casos, ele pode contribuir apresentando discussões e propostas que surjam da própria comunidade universitária, dos centros acadêmicos, dos espaços de debates, de revistas acadêmicas. Então, o que eu diria: tanto na prática dos estágios quanto na extensão, assim como na emissão de opinião em veículos da faculdade, os acadêmicos de direito podem ter influência no mundo jurídico, contribuindo para transformações e reorientações.*

REDUnB: Professor, a Faculdade de Direito da UnB está passando por uma reforma do projeto pedagógico. Tendo como parâmetro a sua carreira, quais são os pontos que o senhor indicaria como importantes para um projeto pedagógico? O que deveria ser fundamental na formação de um aluno de Direito de qualidade?

MN: *Veja bem, eu acho que o fundamental para o aluno é ser preparado para pensar e refletir de forma autônoma sobre questões jurídicas e também interdisciplinares vinculadas ao Direito. Então, esse tem que ser o nosso ponto de partida. Daí por que entendo que, em uma reforma pedagógica, nós deveríamos promover certa compatibilização entre aulas expositivas e oficinas com seminários, discussões sobre textos ou temas jurídicos rele-*

vantes, análises de casos etc.. Trata-se de criar uma dinâmica permanente de relação entre aquilo que é expositivo e aquilo que é dialogado em oficinas, com nexos os mais diversos. Quer dizer, a oficina pode consistir em um seminário, utilizar o método socrático, constituir debates simulados sobre temas relevantes, na forma de role playing, etc. Essa dinâmica promove a capacidade de refletir sobre problemas práticos e também teóricos. Entendo que deve haver uma conexão equilibrada entre aquilo que é expositivo e aquilo que implica a participação dos alunos, porque estes precisam estar preparados para argumentar, seja na prática jurídica, seja se seguirem carreira acadêmica posteriormente. Esse é um ponto fundamental.

O outro aspecto que eu gostaria de enfatizar refere-se à possibilidade de as turmas não serem imensas, para que não seja prejudicada uma dinâmica participativa e maior integração. Acho que, quando as turmas começam a passar de cinquenta dificulta-se uma maior integração. Portanto, entendo que esse é um ponto que deve ser considerado.

Penso também que o modelo didático deve dar muito valor à interdisciplinaridade. Não devemos estimular estruturas estanques. Dessa maneira, não se constitui uma comunidade acadêmica discutindo os temas que são lecionados. Então, eu acho que, no projeto pedagógico, devem ser estimulados programas anuais ou semestrais que sejam preparados com um olhar recíproco para saber das possibilidades que uma disciplina pode oferecer na compreensão das outras disciplinas. Portanto, compreendo que o projeto pedagógico deve enfatizar essa conexão entre disciplinas, eliminando o caráter estanque na relação entre elas.

REDUnB: Qual é a perspectiva do senhor sobre a prática da extensão universitária em uma Faculdade de Direito?

MN: Acho que a extensão pode ter duas vertentes. Ela pode ser uma extensão que aponta no caminho que, muitas vezes, é assisten-

cialista – por exemplo, os escritórios-modelo que atuam mais de maneira assistencial. Não nego que isso possa ter uma importância, porque o aluno aprende também envolvido em práticas dessa natureza. E pode também ser uma extensão que sirva para fortalecer a capacidade de pensar sobre problemas nacionais, internacionais. Por exemplo, a extensão pode consistir em um trabalho social que seja levado à favela pela Universidade, para uma região mais pobre, oferecendo cartilhas e orientações jurídicas fundamentais, escritórios-modelo, clínicas jurídicas. Esse é um caminho. Outro caminho seria também a participação em grandes processos, com os próprios alunos apresentando-se como amici curiae e a própria Universidade ou Faculdade servindo como esteio e meio para a atuação dos alunos em casos do Supremo. Pensemos no caso da interrupção do parto em caso de anencefalia. O próprio Centro Acadêmico, com o apoio da Faculdade, entraria como interessado, como amicus curiae, e os alunos teriam de preparar a peça com a orientação de professores, em um debate dialogado. Acho que isso seria um tipo de extensão muito positivo, porque não é ensino nem pesquisa. Estão envolvidos, é claro, a pesquisa e o ensino, mas sairíamos dos limites da nossa Faculdade, no sentido não físico, mas no sentido do espaço social.

REDUnB: Qual é a função de um professor titular em uma faculdade de direito no nosso modelo de ensino?

MN: *Um professor titular deve ser a pessoa que pode dar um tom de orientação para os colegas mais jovens. Ele pode oferecer sugestões programáticas relevantes e ter a responsabilidade nos concursos importantes. Então, a função dele não é de ter mais poder do que os outros ou ter mais influência interna nesse sentido de relação de poder. Entretanto, com a experiência maior que ele possui, pode servir como alguém que seja um intermediador e uma pessoa que possa contribuir para os demais docentes construírem uma universidade mais produtiva academicamente, mais adequada didática-*

mente e na extensão. É um papel mais disseminador e também de buscar, fora da universidade, recursos, porque, tendo mais experiência, um currículo melhor, ele pode trazer mais verbas para a universidade, para a pesquisa e para as outras áreas. Nesse sentido, ele tem um papel para dentro, o de ser um tipo de coordenador informal da atividade daquele grupo ligado à sua área de pesquisa e de ensino; e para fora, o de divulgar, além de tentar trazer recursos para a Universidade.

REDUnB: Quais são os planos do senhor para a UnB?

MN: *Eu gostaria muito de ter condições de, no plano didático, na parte de ensino, lecionar na graduação e na pós-graduação. E, na graduação, eu gostaria de ter certa flexibilidade para não ficar, por exemplo, só com Direito Constitucional, no sentido positivo, mas poder ministrar matérias relativas à Teoria Constitucional. Estou disposto também a dar matérias introdutórias, como Introdução ao direito ou Teoria do Estado. Posso também flexibilizar conforme o semestre, para variar a temática. Então, quero, em primeiro lugar, definir essa questão do ensino.*

Na pesquisa, vou dar continuidade aos meus estudos. Pretendo procurar o apoio de agência institucional para uma pesquisa que planejo desenvolver. Publiquei Transconstitucionalismo pela Martins Fontes e, em breve, vai sair Entre Hidra e Hércules, a tese que apresentei à UnB, mas estou com idéia de montar um grupo de trabalhos sobre o tema “world society and its Law”. Quero refletir sobre as condições de reprodução do direito e da Constituição na sociedade hodierna em geral. Então, esse grupo, essa linha de pesquisa, esse tipo de projeto que poderia ser encaminhado a agências de pesquisa, voltar-se-ia para a idéia de tentar definir um centro vinculado à Fundação Humboldt. Isso significa tentar um apoio de um centro de excelência aqui [na FD/UnB], financiado com verba da Fundação Humboldt. Poderíamos buscar esse apoio para criar um ambiente em que houvesse pesquisadores envolvidos em um projeto de excelência de nível internacional.

A esse respeito, gostaria de participar do PET, ter grupos de estudo e também ter um grupo de monitores que não fosse simplesmente para estar lá na hora da aula, mas que atuasse no sentido de construir uma dinâmica de debate, de discussão de obras e análise de casos e problemas jurídicos. Talvez possamos ter grupos de leitura dirigida, e o professor participaria semanalmente ou quinzenalmente para trazer elementos, esclarecimentos.

Também tenho a idéia – que pretendo apresentar oportunamente, não de imediato – de um programa de pós-doutorado, porque as Universidades brasileiras não oferecem estímulos a pós-doutorandos. Nesse sentido, pode-se propor um programa de pós-doutorado para estimular pesquisadores da América Latina que queiram vir aqui formar grupo. Como seria esse programa de pós-doutorado? Serviria para pessoas virem e passarem de seis meses a um ano pesquisando e tendo reunião semanal. Toda semana, uma pessoa ou grupo apresentaria a sua pesquisa. Há isso na Alemanha: você apresenta a sua pesquisa e pode não ser um pós-doutorando, pode ser um professor que queira participar. Nesse contexto, surgem debates interessantes. É claro que o aluno de graduação pode estar presente como ouvinte. Isso estimula o intercâmbio com outros países. Aberto, por exemplo, para a América Latina, tenho certeza de que teria muita gente disposta a participar. A pessoa viria ou com bolsa do seu país ou tentaria, por meio da CAPES ou do CNPq. A Universidade daria estímulo para que a pessoa pudesse vir.

REDUnB: Como surgiu a tese do transconstitucionalismo?

MN: *Comecei a refletir sobre essa tese quando fui “Jean Monnet Fellow”, que é uma posição de pesquisador do Instituto Universitário Europeu, localizado em Florença e sustentado pela União Européia. Ele é um centro de excelência. Ganhei uma bolsa e passei uma temporada lá, pesquisando. Nessa época (de 2000 a 2001), discutia-se, abundantemente, União Européia, constitu-*

cionalismo, constituições européias, constituição dos direitos humanos, constituição global. Esse debate parecia-me tender para simplificações. Comecei, então, a indagar como, realmente, questões constitucionais devem ter uma nova leitura nesse contexto. Mas desconfiava de um ponto: as pessoas exageravam ao referir-se sempre à necessidade de uma Constituição. Surgia uma organização como a OMC, falava-se de “Constituição” da OMC; surgia um tratado de direitos humanos, afirmava-se a “Constituição” européia dos direitos humanos, porque há o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Para tudo que surgia como instituição/organização, aplicava-se o conceito de Constituição. Assim, perdia-se o significado histórico e funcional de Constituição. Nesse contexto, comecei a refletir sobre transconstitucionalismo, porque percebi que a questão não é propriamente de Constituição, no sentido de que aqui há uma Constituição, ali vigora outra Constituição. Procurava uma orientação: onde está o problema? Fixado o problema, você tem que enfrentá-lo. Então, na relação entre o problema e a busca de solução adequada ou inadequada desses problemas, coloquei a pergunta: para que o constitucionalismo moderno veio à luz? Observei que o constitucionalismo moderno surgiu em face de dois problemas fundamentais: o problema do limite e da organização do poder contra o absolutismo e, correlativamente, o problema dos direitos fundamentais ou direitos humanos. Essas duas questões – direitos fundamentais ou direitos humanos, de um lado, e organização do poder, de outro – foram os fatores que levaram ao surgimento das Constituições liberais modernas. Elas vieram para responder a esses problemas. No fim do século XX, principalmente, eles se tornaram problemas que ultrapassam fronteiras, porque os Estados não podem responder a esses problemas isoladamente. Portanto, os problemas constitucionais passaram a ser problemas além das fronteiras nacionais. Mas a questão básica reside no fato de que, na solução desses casos, desses problemas, há a inserção de várias ordens que procuram dar uma solução ao mesmo tempo. Então,

por exemplo, no caso do pneumático [ADPF 101], encontram-se decisões da OMC, do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal do Mercosul, das Cortes do Uruguai e do Paraguai. Nesse caso, várias ordens jurídicas foram envolvidas concomitantemente em torno do mesmo problema constitucional.

Defini transconstitucionalismo não só no sentido bilateral de uma interconstitucionalidade, de que tratou o professor Lucas Pires lá em Portugal. Em uma conferência que fiz no Tribunal Constitucional português, discuti-se exatamente se não se tratava da tese do interconstitucionalismo. Argumentei que não, sustentando que, no interconstitucionalismo, supõe-se que as duas ordens são orientadas a buscar soluções para a proteção dos direitos fundamentais e a organização (limitação e controle) jurídica do poder. Há bilateralidade. Por exemplo, a ordem européia e a ordem portuguesa, ambas fundadas em parâmetros constitucionalistas. A interconstitucionalidade para mim é apenas um dos casos de transconstitucionalidade. O transconstitucionalismo, muitas vezes, enfrenta ordens que não admitem os pressupostos do constitucionalismo. É o caso dos índios Suruahá, que matam crianças quando estas nascem com deficiência física. Se fôssemos unilaterais, partindo exclusivamente do conceito de direito à vida previsto na nossa Constituição e no direito internacional público, teríamos de prender todos os membros adultos dessa comunidade e colocá-los num desses Carandiru da vida, como se tivéssemos tal legitimidade. Não se trata de querer que continuem matando. O tratamento do caso não pode ser assim, de maneira simplista. Tem que haver uma capacidade da ordem constitucional em relação a questões que vão além da própria ordem. Aqueles grupos eram isolados, não faziam parte da nossa sociedade e, quando tivemos o encontro, tornou-se imprescindível uma calibração do modelo constitucional, uma releitura desse tipo de conflito, pois há pressupostos totalmente diversos. Por exemplo, naquela comunidade, a vida é um conceito sócio-cultural. O filho só nasce

se a mãe não o deixar lá no mato. A mãe prestes a dar à luz vai para o mato, para um lugar bem calmo. Se deixar o filho no chão, ele não nasceu; se ela o trouxer no braço, ele nasceu. O conceito é social, não é o nosso conceito biológico de vida. Você pode até dizer que é mais “avançado” que o nosso, se você observar, hoje, a luta pela legalização do aborto. Trata-se de um modelo que não compartilha essa visão de vida que nós temos. E, como observou a antropóloga Maria Rita Segato, professora da UnB, eles tinham a idéia de que o deficiente e os gêmeos sofrerão, conforme uma concepção antropológica singular do significado do sofrimento. O que se constatou nos Suruahá é que 56% das pessoas morrem de suicídio, porque, pela filosofia Suruahá, a vida só vale à pena se não houver sofrimento. Então, eles matavam também pensando neste sofrimento que aqueles seres (deficientes e gêmeos) poderiam ter. Portanto, trata-se de um conjunto de elementos bem diversos dos nossos. Não dá para tratar conforme uma linearidade constitucional, uma otimização de princípios à maneira de Alexy, impondo o otimizado nos termos de nossa ordem constitucional. Eu diria que o transconstitucionalismo vem enfatizar que os problemas constitucionais, hoje, envolvem mais de uma ordem, concomitantemente, em vários casos. É claro que vai continuar a haver o constitucionalismo que eu chamei de “provincial”, usando uma expressão de Ackerman. Há um constitucionalismo que não tem nada a ver com transconstitucionalismo, do cotidiano do direito, referente a questões internas. Não obstante, as questões mais relevantes tendem a ser questões que envolvem problema de transconstitucionalidade. Veja a questão da lei da anistia, que tende a envolver uma relação conflituosa entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Observe também o caso Battisti, que talvez siga para o tribunal de Haia. São questões constitucionais e internacionais, estando ainda em andamento o debate. O número desses casos tende, cada vez mais, a aumentar. Mas, é claro, assim como o surgimento da televisão não levou ao fim do rádio e o surgimento da internet não levou ao fim da tele-

visão, os casos “provinciais” de constitucionalismo não desaparecem nem deixam de ser importantes. Apenas se quer dizer que, dentro do constitucionalismo atual, os problemas mais complexos são os problemas transconstitucionais.

REDUnB: Está em discussão uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal a respeito da omissão no caso do aviso prévio dos trabalhadores (os Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090). Como o senhor ver a influência da universidade em discussões como esta e como entende a posição do Supremo a respeito da separação de poderes?

MN: *Eu acho que esta questão do aviso prévio é importante, porque realmente o legislador foi omissivo e há elementos na Constituição que permite uma atuação do Supremo em casos de omissão constitucional, seja a ação de direta por omissão, seja o mandado de injunção. Pode o Supremo, é claro, atuar em casos de omissão deste tipo com base na proporcionalidade e na reiterada omissão do legislador. É claro que é muito delicada essa situação, porque a forte presença do Supremo atualmente no Brasil se deveu a certa inércia, incapacidade de atuação do legislativo. Então, por um lado, é controverso se o Supremo deve expandir-se em temas políticos tão relevantes, porque o fundamento democrático fica jogado de lado, pois os ministros são pessoas escolhidas pelo presidente da República e, em mera formalidade, confirmadas pelo Senado. Eles não têm legitimidade política para estar legislando. Isso, de certa maneira, é problemático. Por outro lado, porém, o legislativo não tem atuado adequadamente de acordo com as expectativas populares e as exigências constitucionais. Isso é um paradoxo: quer dizer que, ao mesmo tempo em que é negativa uma expansão política do Supremo (uma “judicialização” que limita o espaço da política democrática), é negativo também o fato de o legislativo não atuar adequadamente. Considere, por exemplo, o caso do*

direito de greve dos servidores públicos. Não havia regulação. Sem a interferência do Supremo, teríamos, ou um direito de greve livre totalmente, quando se partisse de uma norma que se considerasse de eficácia plena e imediata (e inclusive partisse de uma norma de eficácia “contida”, antes da regulação pelo legislador); ou estaria proibido o direito de greve dos servidores, por falta de regulação legal. O Supremo aguardou por muito tempo a ação do legislador, mas chegou um momento em que não era mais suportável esperar. Eu penso que o caso da fidelidade partidária foi mais problemático. Não é que eu não concorde que deva haver fidelidade. O que quero dizer é que o Supremo não tinha a legitimidade política para uma decisão daquele nível. Eu acho que, neste caso, houve excesso, porque são os partidos que devem definir essa questão no embate político, mediante legislação ou reforma constitucional. A maturidade tem que vir da política e não paternalmente de um poder superior, de um superego da sociedade, como disse a professora Ingeborg Maus em referência à Corte Constitucional alemã. Se os partidos não amadurecem num processo social complexo, esta decisão do Supremo termina ficando esvaziada. Veja agora o surgimento do PSD. Procuram-se formas alternativas para burlar a exigência de fidelidade. A fortificação partidária não vem por decreto, por decisão do Supremo, vem por um processo social mais amplo. Essa crença do Supremo de que ele pode ser realmente, de maneira paternal, capaz de transformar a cultura política é uma ilusão, uma ilusão que faz parte da composição atual do Supremo. É uma crença da qual discordo. Mas também permanece o problema paradoxal de que se precisa, muitas vezes, de uma regulação.

REDUnB: O senhor entende que existe abuso no uso da técnica de ponderação no sistema jurídico brasileiro?

MN: *Eu acho que há abuso realmente, mas a ponderação não pode ser excluída totalmente, pois até a criança sopesa: ‘Você quer a*

bala ou você quer passear'. Em relação ao direito, especialmente o constitucional, haverá ponderação quando houver normas incompletas que permitam o sopesamento. O problema, no Brasil, é que se abusou dessa técnica. No meu livro Entre Hidra e Hércules, faço uma crítica sobre o tema. A ponderação tem um significado, mas não se pode acreditar que se superem sempre regras claras, precisas, com o emprego do sopesamento. Existem casos do Supremo em que regras constitucionais claras são desprezadas em nome de uma vaga ponderação com princípios também vagos, que ninguém sabe se servem no contexto em que estão sendo utilizado. De fato, está havendo abuso de ponderação e abuso de princípios. Não estou dizendo que o sopesamento não possa existir. Estou afirmando que o excesso constitui um fascínio doutrinário e uma confusão jurisprudencial no Brasil.

Há casos, por exemplo, da anencefalia, em que o antigo procurador, o Fontelles, preparou uma peça com o seguinte teor: 'tendo em vista que existe o princípio da solidariedade, a mãe fica obrigada a esperar os nove meses para usar os órgãos do bebê para doação'. Evidentemente, essa aplicação da solidariedade não é adequada ao caso, mas, com o emprego abusivo de princípios, você faz o que quiser. Solidariedade, na Constituição, refere-se aos fins do Estado Social. Nesse sentido, não é princípio de solidariedade de uma moralidade individual. Mesmo assim, usou-se o princípio da solidariedade para se dizer que a mãe teria que aguentar os 9 meses da gestação. Esse argumento do procurador-geral constitui um típico abuso de princípio.

O grande problema na principiologia e na ponderação é que as coisas podem ir para lados diversos. A respeito do princípio da dignidade humana, no caso Ellwanger, o Min. Marco Aurélio usou para um lado e o Min. Gilmar usou o mesmo princípio para o outro lado, totalmente oposto. E, no Supremo, você encontra situações bem interessantes. No caso da liberdade de imprensa, a vigência da lei foi negada totalmente. É interessante,

*cortaram a lei dizendo que ela foi criada na ditadura. Mas, no mesmo momento em que se diz que uma lei criada na ditadura para liberdade de imprensa não pode vigorar, o Min. Carlos Brito afirma que quem quisesse deveria recorrer ao Código de Processo Civil e ao Código de Processo Penal, criados em ditaduras. O princípio do contraditório, por exemplo, uma regra processual, é uma questão fundamental do Estado de direito. Mas, com base no argumento utilizado, o Ministro teria que revogar todo o Código de Processo Civil, porque foi criado em uma ditadura. Havia normas na lei de imprensa que protegem o cidadão contra as grandes corporações midiáticas, que – me parece – não poderiam ter sido simplesmente rejeitadas, pois elas foram recepcionadas pela regime constitucional de 1988. O direito de resposta, por exemplo, constitui, hoje, um grande problema, ficou sem regulação específica. Nesse caso da lei de imprensa, o Min. Carlos Brito argumentou que prevalecia a liberdade de expressão como imponderável. Por essa perspectiva, a liberdade de expressão seria um princípio absoluto, mesmo que contra a honra e a dignidade. No caso Ellwanger, o Supremo teve outro entendimento. Venceu a tese de que prevalecia a proteção da honra e da dignidade humana dos judeus sobre a liberdade de expressão. Desse modo, observa-se que há uma fragilidade da aplicação dos princípios. Não há uma consistência na atuação do Supremo e eu procuro mostrar isso no livro *Entre Hidra e Hércules*.*

A ponderação sempre existe, o que ocorre hoje é uma pretensão de ponderação otimizante. Isso, no entanto, é uma ilusão, porque a ponderação sempre é comparativa. É possível haver mais de uma norma aplicável ao caso (em choque) e será necessário saber qual é a mais adequada e qual é a que tem o peso mais relevante no caso. Isso pode sempre ocorrer. O problema é que praticamente toda questão jurídica está sendo colocada agora como em termos de sopesamento. Muitas vezes, porém,

já existe a regra clara a aplicar e se busca um princípio para afastar aquela regra. A esse respeito, o próprio Alexy admite que, definida a regra completa a aplicar, não se pode trazer um princípio para descaracterizá-la, porque se perde toda a legitimidade democrática do legislador.

REDUnB: O senhor entende que isso ocorreu nos julgamentos da marcha da maconha e da união civil entre casais homoafetivos?

MN: *Eu acho que as decisões não foram erradas nesses casos, mas a forma como foram postas – às vezes, excessivamente vaga e principiológica – fragiliza os seus próprios fundamentos. O Supremo poderia ser muito mais claro e dizer simplesmente que a norma está prevista e que se trata de uma aplicação consistente e adequada de regras constitucionais. No entanto, recorre-se a uma discussão vaga e principiológica sem necessidade. Isso reduz a legitimidade da decisão, porque, assim, abre-se espaço para que se diga: ‘mas isso não está na Constituição, eles estão recorrendo a princípios vagos’. Não é que não esteja na Constituição, mas é porque quem se manifesta fala muito em princípio de maneira vaga, o que abre a possibilidade dessas críticas. Não digo que as decisões não teriam fundamentos, mas que esses foram postos de maneira muito vaga e imprecisa.*

REDUnB: Hoje é o último dia do senhor como conselheiro do CNJ, gostaríamos que o senhor fizesse um apanhado desta experiência.

MN: *Houve um primeiro período do meu mandato, no qual o presidente era o ministro Gilmar Mendes. Nós tivemos uma postura muito ativa e muito dinâmica de controle e de punição de magistrados, assim como de planejamento estratégico do judiciário. Houve um avanço muito grande. Foi uma experiência gratificante.*

Entretanto, na atual gestão, iniciou-se um retrocesso decorrente de um corporativismo excessivo e em razão da falta de interesse na

atuação do CNJ. O presidente passou a procurar controlar o Conselho para viabilizar decisões que servem basicamente para prejudicar a função constitucional do CNJ e, dessa maneira, bloquear o caminho para o aperfeiçoamento da função judicante. É um retrocesso que está ocorrendo em vários setores, seja nas políticas públicas do CNJ, que estão esvaziadas, seja na questão do controle disciplinar, no controle da magistratura.

Nós nos deparamos com uma corrupção sistêmica no judiciário. O judiciário vive à margem da lei e da Constituição neste país. Se o CNJ não tiver uma posição ativa, principalmente por meio de representantes externos da sociedade civil, o Judiciário não se transformará.

E também o Supremo teve dificuldade de compreender o papel do CNJ. Muitas liminares de decisões unânimes do Conselho foram dadas destruindo-se todo um trabalho árduo no sentido da melhoria do Judiciário. Por exemplo, nós aposentamos compulsoriamente, por unanimidade, dez magistrados do Mato Grosso que promoveram e envolveram-se em relações financeiras estranhas entre o Tribunal e a maçonaria. Mas veio uma liminar monocrática do STF afirmando que o princípio da subsidiariedade deve prevalecer. Esta é a posição que defende o atual Presidente. Subsidiariedade, nesse contexto, significa que, em primeiro lugar, a corregedoria do respectivo Tribunal deve decidir. Só após essa decisão, o CNJ terá competência. O problema é que as corregedorias quase nunca condenavam seus Magistrados. Especialmente no referido caso do Mato Grosso, em que um número significativo de magistrados, inclusive o Presidente do Tribunal, estava envolvido, como é que poderíamos esperar pela abertura do processo e pelas devidas punições? Esperaríamos em vão, viabilizando a prescrição. A noção de subsidiariedade, nesse contexto, além de ser contrária à Constituição, é um retrocesso total e acaba com o CNJ em termos de controle disciplinar. Quer dizer, se prevalecer essa tese, é mais consequente fechar o CNJ.