Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Felipe de Melo Fonte

A sociedade aberta de telespectadores: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional

Rio de Janeiro
2016

Felipe de Melo Fonte

A sociedade aberta de telespectadores: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F682 Fonte, Felipe de Melo.

A sociedade aberta de telespectadores: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional / Felipe de Melo Fonte. - 2016.
333 f.
Orientador: Prof. Dr. Luis Roberto Barroso

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Opinião pública- Teses. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal.–Teses. 3.. Transparência – Teses. I. Barroso, Luis Roberto. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Felipe de Melo Fonte

A sociedade aberta de telespectadores: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 01 de abril de 2016.

Banca examinadora:

_____
Prof. Dr. Luís Roberto Barroso – Presidente da Banca Examinadora
Faculdade de Direito da UERJ

_____
Prof[a]. Dr[a]. Ana Paula de Barcellos
Faculdade de Direito da UERJ

_____
Prof[a]. Dr[a]. Jane Reis Gonçalves Pereira
Faculdade de Direito da UERJ

_____
Prof. Dr. Joaquim Falcão
Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas

_____
Prof. Dr. Eduardo Mendonça
Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília

DEDICATÓRIA

À Paola Enham Dias, pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

A realização da presente tese de doutorado somente foi possível graças ao apoio de muitas pessoas e instituições. Agradecer é buscar retribuir, de modo muito singelo e comedido, uma parte da generosa contribuição que elas têm dado à construção dos meus sonhos. Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ser uma presença constante em minha vida: dando forças e abrindo caminhos. Meus pais, Celso e Luciene, sacrificaram muito de suas vidas para me ajudar a ser quem sou. Meu irmão, Thiago, e minha avó, Isabel, são figuras que me acompanham desde pequeno, e não conseguiria imaginar a vida sem eles por perto. Meus sogros, Inês Enham e Octacílio, são minha família por eleição, e a eles sou grato pelo apoio e carinho certos nas horas incertas. Sei que o doutorado é tão meu quanto deles.

O Estado do Rio de Janeiro tem sido fundamental na minha vida acadêmica e profissional. Primeiro, pela educação pública, gratuita e de qualidade, oferecida por meio da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A Faculdade de Direito da UERJ me proporcionou algo que toda instituição séria deveria oferecer aos alunos: modelos profissionais. O meu, em particular, é o professor, Ministro e orientador da presente tese, Luís Roberto Barroso. Trata-se de uma destas pessoas cativantes que nos fazem lembrar que é possível vencer pelo trabalho e pelo talento, e de que ainda há esperanças de construir um futuro melhor aqui e agora. Sua inspiração está no tema do presente trabalho e também no próprio texto, eis que muitas das minhas próprias visões sobre as funções do Direito e do Supremo Tribunal Federal foram talhadas sob a leitura de seus textos, ao longo dos treze anos em que estive formalmente ligado à UERJ.

Segundo, por ter ingressado nos quadros da Procuradoria Geral do Estado, em 2008, instituição de primeira grandeza em todos os aspectos, que me tem dado múltiplas oportunidades de crescimento acadêmico e profissional. Registro meu agradecimento à Procuradora Geral do Estado, Lúcia Léa Guimarães Tavares, simplesmente por ser quem é. Agradeço, ainda, aos demais colegas da Procuradoria Previdenciária (PG-7), que me substituíram nas oportunidades em que estive ausente para estudos, e em especial às Procuradoras Juliana Cabral Benjó e Júlia Carneiro.

O Master of Laws (LL.M.) na Harvard Law School somente foi possível graças à licença para estudos que me foi concedida pela PGE, em 2014. A temporada de estudos no exterior me permitiu aprofundar o tema discutido na presente tese, seja pelo tempo disponível, seja pelo acesso ao material necessário à produção do trabalho. O ambiente intelectual de

Harvard é inigualável e certamente terá impactos pelo resto da minha vida. Sou particularmente grato ao professor Mark Tushnet pelas conversas sobre o tema da tese. Andréa Lavourinha, Débora Martins, Daniela Gueiros, Eduardo Oliveira, Guilherme Falco, Gabriela Conca e Lúcia Bizikova, são amigos novos e valiosos, que tornaram possível a vida na solidão e no frio mortal (literalmente) de Cambridge.

O escritório de advocacia Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & associados, sucessor do Luís Roberto Barroso & Advogados, foi a minha escola de advocacia, pelo que sou grato, e tem sido lugar onde se combinam leveza e profissionalismo, tornando o trabalho um fardo bem menos pesado. Eduardo Mendonça, Rafael Barroso Fontelles, Felipe Monnerat, Thiago Magalhães Pires e Karin Basílio Khalili são amigos-sócios. Eles carregaram (e carregam) o piano nas minhas ausências eventuais, para a realização dos meus projetos acadêmicos. Sou grato, ainda, a André Tostes, a Felipe Albuquerque e a Antônio Tiburcio que, em diferentes momentos, discutiram e leram algumas partes do presente trabalho.

Os comentários das professoras Ana Paula de Barcellos e Jane Reis Gonçalves Pereira, que compuseram a banca de qualificação ao lado do professor Luís Roberto Barroso, foram decisivos para que simplesmente houvesse tese. Sou muito grato à leitura atenta e às críticas que fizeram, ressalvando, sempre, a minha a responsabilidade pessoal pelos defeitos. Ainda no âmbito da Faculdade de Direito, registro meu agradecimento aos professores Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm e Patrícia Baptista, por tudo que me ensinaram e representam.

Registro, ainda, meu agradecimento a Joaquim Falcão e Thiago Bottino do Amaral, que abriram as portas da FGV Direito Rio para mim. O grupo de pesquisa sobre televisionamento de cortes constitucionais, envolvendo alunos da graduação em Direito, colaborou decisivamente com a realização desta tese. Registro, nominalmente, minha gratidão a Ana Carolina Santos, Caio Giusti, Eduardo Soares, José Luiz Nunes, Júlia Faver, Nathalia Gasparini e Túlio Miranda, que ajudaram graciosamente, em troca apenas de conhecimento. Em diferentes momentos, Mayara Vidal Carneiro e Alice Brenner Muller contribuíram com pesquisas para que o trabalho pudesse ser feito, e também sou grato a elas pelo enorme esforço e pelas descobertas valiosas que fizeram.

A correria do cotidiano faz com a gente pense muito nos resultados e se esqueça de que o importante mesmo é o percurso. Agradeço, então, pela amizade e pela interlocução valiosa a Thiago Cardoso Araújo, Ivana Junqueira, Pedro Loula, Bruno e Lívila Bodart, Rodrigo Naumann, Carlos Eduardo Frazão, Irapuã Santana, Daniel e Ivana Peralta, Fábio

Macedo, Nathalie Giordano, Cláudia Türner, André Duarte e Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

A tese somente foi possível graças à oportunidade de trabalhar ao lado do Ministro Marco Aurélio Mello, como seu assessor, no Supremo Tribunal Federal. Foi a possibilidade de ver "de perto" e "ao vivo" o tribunal em funcionamento que inspirou o tema da presente tese e muitas das ideias aqui desenvolvidas. Afinal, não custa lembrar que o próprio Ministro foi o idealizador da TV Justiça (então, literalmente, sem ele não haveria tese *mesmo*). Sou grato, ainda e em especial, a Carlos Darwin de Mattos, pela ajuda inestimável no levantamento de dados, e a Adriana Callado Henriques, pela doçura com que sempre me tratou.

Uma humorista americana, já falecida, dizia que, quando uma mulher se casa, ela troca a atenção de muitos homens pela desatenção de um só. Suspeito que ela tenha se casado com um doutorando. Em certo ponto da redação desta tese, Paola Enham Dias, amor da minha vida, ameaçou colocar uma foto minha "sentada" no sofá, para me representar. Sei que atravessar o doutorado não foi fácil, e é por isso que essa tese é também sua. A dedicatória não compensa tudo aquilo que deixamos de ser, mas é minha singela declaração de amor e de fé em tudo que ainda seremos juntos. Obrigado por fazer parte da minha vida.

Acho que a televisão é muito educativa. Todas as vezes que alguém liga o aparelho, vou para a outra sala e leio um livro.

Groucho Marx

O Supremo está julgando o Presidente da República e a Câmara dos Deputados. Tudo bem. Mas quem julga o próprio Supremo? Aparentemente ninguém. Inexiste poder superior. Na verdade, todo mundo vai julgá-lo.

Joaquim Falcão

RESUMO

FONTE, Felipe de Melo. *A sociedade aberta de telespectadores*: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional. 2016. 333 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O presente estudo tem por objeto o televisionamento de tribunais. Ele está dividido em três partes. A primeira parte, de cunho descritivo, descortina os argumentos favoráveis e contrários ao uso de câmeras em julgamentos. Em seguida, são analisadas as experiências dos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, México e tribunais internacionais, envolvendo a transmissão de casos. O encerramento da terceira parte é realizado com revisão de estudos empíricos e comportamentais sobre o impacto das câmeras. A segunda parte da tese dedica-se à análise da TV Justiça. O estudo quantitativo realizado demonstra o crescimento expressivo do tamanho dos acórdãos do STF quando são comparados os períodos anterior e posterior ao advento do televisionamento. A comparação dos dados com o uso dos acórdãos proferidos em *habeas corpus*, julgados pelas Turmas, sem televisionamento, reforça a correlação estabelecida. Do ponto de vista qualitativo, identificou-se a importância da *dimensão social* dos votos no tribunal, manifestada pela (i) preocupação pedagógica da corte, (ii) pelo uso de argumentos extrajurídicos nas fundamentações, e (iii) pela sensibilidade à opinião pública. A terceira parte da tese elabora uma defesa do televisionamento no âmbito da jurisdição constitucional, fazendo-o por quatro razões: (i) a obtenção de lealdade do público, (ii) a possibilidade de obtenção de ganhos hermenêuticos, (iii) a criação de um novo microespaço cívico e, (iv) a importância e necessária consolidação da democracia, por meio da difusão de seus valores essenciais. A conclusão é que o televisionamento de tribunais é uma opção política de cada sociedade, que deve sopesar os argumentos contrários e favoráveis. Contudo, o televisionamento de cortes constitucionais parece ser um avanço importante para todas as sociedades. Nesse sentido, a TV Justiça pode ser encarada como a grande contribuição do constitucionalismo brasileiro ao mundo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Transparência. TV Justiça. Opinião pública. Publicidade processual.

ABSTRACT

FONTE, Felipe de Melo. *The open society of spectators:* broadcasting, public opinion and legitimacy of judicial review. 2016. 333 f. Thesis (Doctorate in Public Law) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This study's purpose is televising courts. It is divided into three parts. The first part of a descriptive nature, reveals the arguments for and against the use of cameras in trials. Then analyzes the experiences of the United States, UK, Canada, Mexico and international courts, involving the transmission of cases. The closure of the third part is performed with review of empirical and behavioral studies on the impact of the cameras. The second part of the thesis is dedicated to the analysis of TV Justice. The quantitative study demonstrates the significant growth in the size of the Supreme Court judgments when comparing the periods before and after the advent of televised. The comparison of the data with the use of judgments in habeas corpus, trial by classes without televising reinforces the established correlation. From a qualitative point of view, it identified the importance of the social dimension of the vote in court, expressed by (i) pedagogical court concern, (ii) the use of extrajurídicos arguments in reasoning, and (iii) the sensitivity to public opinion. The third part of the thesis develops a defense of televising within the constitutional jurisdiction, doing it for four reasons: (i) obtain public loyalty, (ii) the possibility of obtaining hermeneutical gains, (iii) the creation of a new civic microgap and (iv) the importance and necessary consolidation of democracy through the dissemination of its core values. The conclusion is that the televising of courts is a political decision of each society, which must weigh the contrary and favorable arguments. However, the televising of constitutional courts appears to be an important step forward for all societies. In this sense, the Justice TV can be seen as the great contribution of the Brazilian constitutionalism to the world.

Key-words: Supremo Tribunal Federal. Transparency. Justice TV. public opinion. publicity.

RÉSUMÉ

FONTE, Felipe de Melo. *La société ouverte de téléspectateurs:* télédiffusion, l'opinion publique et la légitimité de la compétence constitutionnelle. 2016. 333 f. Thèse (Doctorat en droit public) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Le but de cette étude est la télédiffusion des tribunaux. Il est divisé en trois parties. La première partie de nature descriptive, révèle les arguments pour et contre l'utilisation de caméras dans les essais. analyse ensuite les expériences des États-Unis, Royaume-Uni, le Canada, le Mexique et les tribunaux internationaux, impliquant la transmission des cas. La fermeture de la troisième partie est réalisée avec examen des études empiriques et comportementales sur l'impact des caméras. La deuxième partie de la thèse est consacrée à l'analyse de la Justice TV. L'étude quantitative démontre la croissance significative de la taille des arrêts de la Cour suprême lorsque l'on compare les périodes avant et après l'avènement de la télévision. La comparaison des données avec l'utilisation des décisions en habeas corpus, le procès par les classes sans télédiffusion renforce la corrélation établie. D'un point de vue qualitatif, il a identifié l'importance de la dimension sociale du vote au tribunal, exprimé par (i) concernent la cour pédagogique, (ii) l'utilisation de extrajurídicos arguments dans le raisonnement, et (iii) la sensibilité à l'opinion publique. La troisième partie de la thèse développe une défense de la télédiffusion de la compétence constitutionnelle, le faire pour quatre raisons: (i) d'obtenir la fidélité du public, (ii) la possibilité d'obtenir des gains herméneutiques, (iii) la création de une nouvelle microgap civique et (iv) l'importance et nécessaire consolidation de la démocratie à travers la diffusion de ses valeurs fondamentales. La conclusion est que la télédiffusion des tribunaux est une décision politique de chaque société, qui doit peser au contraire et les arguments favorables. Cependant, la télédiffusion des cours constitutionnelles semble être une étape importante pour toutes les sociétés. En ce sens, le téléviseur Justice peut être considérée comme la grande contribution du constitutionnalisme du Brésil dans le monde.

Mots-clés: Supremo Tribunal Federal. Transparence. TV Justice. opinion publique. publicité.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AP	Ação Penal
CF88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MC	Medida Cautelar
MS	Mandado de Segurança
P	Página
POS	Posição (*kindle*)
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....16

1 **O DEBATE SOBRE CÂMERAS NOS TRIBUNAIS**.....28

1.1 **Judiciário: o poder menos compreendido**.....28

1.2 **Argumentos favoráveis às câmeras**.....28

1.2.1 A proteção contra a arbitrariedade.....33

1.2.2 A legitimação da jurisdição.....36

1.2.3 A educação do público.....38

1.2.4 Os efeitos preventivos.....41

1.3 **Argumentos contrários às Câmeras nos tribunais**.....43

1.3.1 Os efeitos adversos desconhecidos.....43

1.3.2 A transformação da justiça em entretenimento.....46

1.3.3 A proteção da intimidade das partes.....48

1.4 **Estratégia de enfrentamento**.....50

1.5 **Conclusões parciais**.....53

2 **CÂMERAS NOS TRIBUNAIS: EXPERIÊNCIAS CONCRETAS**.....55

2.1 **Introdução**.....55

2.2 **Televisionamento de cortes nos Estados Unidos**.....56

2.2.1 De Hauptmann ao banimento das câmeras em tribunais.....56

2.2.2 As câmeras no banco dos réus: Estes v. Texas (1965).....58

2.2.3 Estes superado? Chandler v. Florida (1981).....66

2.2.4 Câmeras na berlinda novamente? Hollingsworth v. Perry (2010).....73

2.2.5 O televisionamento na Suprema Corte dos Estados Unidos.....78

2.3 **Suprema Corte do Reino Unido**.....79

2.4 **Suprema Corte do Canadá**.....83

2.5 **Corte Constitucional do México**.....86

2.6 **A Experiência de Tribunais Internacionais**.....87

2.7 **Conclusões parciais**.....89

3 **CÂMERAS NOS TRIBUNAIS: PESQUISAS E EXPERIMENTOS**.....91

3.1 **Introdução**.....91

3.2 **Estudos empíricos**.....93

3.2.1 O estudo da Conferência Judicial dos Estados Unidos em 1990.....94

3.2.2 O estudo do Estado de Nova York em 1997.....97
3.2.3 Estudos específicos relevantes.....100
3.2.4 Críticas aos estudos de opinião.....103
3.3 **Estudos comportamentais**.....104
3.3.1 O experimento da Universidade de Wisconsin.....104
3.3.2 O experimento da Universidade de Minnesota.....106
3.3.3 O experimento da Universidade da Flórida.....107
3.3.4 Críticas aos estudos experimentais.....108
3.4 **Estudos de Eye tracking**.....110
3.5 **Conclusões parciais**.....111
4 **TELEVISIONAMENTO DE JULGAMENTOS NO BRASIL: VISÃO GERAL**.....114
4.1 **Introdução**.....114
4.2 **TV Justiça: criação e funcionamento**.....116
4.3 **Televisionamento no Brasil: questões jurídicas**.....118
4.3.1 O quadro normativo atual.....118
4.3.2 O caso *Suzane von Richthofen*.....122
4.3.3 Publicidade processual, televisionamento e Constituição.....124
4.4 **Conclusões parciais**.....129
5 **AS MUDANÇAS QUANTITATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.....131
5.1 **Introdução**.....131
5.2. **Estudo principal: a produção do STF em ADI**.....131
5.2.1 Aspectos metodológicos.....131
5.2.2 Dados e discussão.....133
5.3 **Grupo de controle: a produção do STF em HC**.....138
5.4 **A produção total do STF**.....141
5.5 **Conclusões parciais**.....143
6 **AS MUDANÇAS QUALITATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.....145
6.1 **Introdução**.....145
6.2 **Marcos teóricos**.....147
6.2.1 O modelo de comportamento judicial orientado à audiência.....147
6.2.2 A argumentação jurídica: o direito orientado à audiência.....153

6.3 **A tridimensionalidade do voto no Supremo Tribunal Federal**.....157
6.3.1 Dimensão interna (agregativa).....158
6.3.2 Dimensões externas.....161
6.4 **Manifestações específicas da (nova) dimensão social**.....167
6.4.1 A função pedagógica da corte.....167
6.4.2 O recurso à argumentação extrajurídica.....171
6.4.3 A importância da opinião pública.....174
6.5 **Requalificação dos filtros tradicionais de diálogo entre a Corte e a sociedade**.....178
6.5.1 A fragmentação das narrativas no discurso constitucional: *internet* e TV Justiça.....178
6.5.2 Mídia convencional e discurso constitucional: limites e possibilidades.....182
6.6 **Conclusões parciais**.....185
7 **O ARGUMENTO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL**.....188
7.1 **Introdução**.....188
7.2 **O enigma da permanência das constituições**.....189
7.2.. O valor da estabilidade constitucional.....189
7.2.2 A estabilidade constitucional na perspectiva comparada.....193
7.2.3. O *insight* da lealdade constitucional.....196
7.3 **Exposição pública e legitimidade constitucional**.....198
7.3.1 A teoria do viés da positividade.....201
7.3.2 Suporte difuso e função contramajoritária das cortes constitucionais.....204
7.4 **Televisionamento, legitimidade e o Supremo Tribunal Federal**.....207
7.4.1 O Supremo Tribunal Federal e o apoio popular.....207
7.4.2 O Supremo Tribunal Federal contra as maiorias.....210
7.5 **Conclusões parciais**.....217
8 **O ARGUMENTO DO PLURALISMO HERMENÊUTICO**.....217
8.1 **Introdução**.....217
8.2 **A constituição como "obra inacabada"**.....218
8.3 **Pluralidade hermenêutica e interpretação constitucional**.....224
8.3.1 O argumento do "estoque de ideias".....224
8.3.2 O argumento da "intuição coletiva".....229
8.4 **Participação pública e Supremo Tribunal Federal**.....233
8.4.1 Métodos formais de participação constitucional: esboço de uma crítica.....234

8.4.2 Métodos informais de participação constitucional: esboço de uma agenda.....239
8.5 **Conclusões parciais**.....241
9 **O ARGUMENTO CÍVICO**.....243
9.1 **Introdução**.....243
9.2 **As virtudes cívicas revisitadas**.....245
9.3 **O declínio da participação popular no espaço público**.....251
9.4 **A teoria da ignorância racional**.....255
9.5 **Ativismo cívico, televisionamento e jurisdição constitucional**.....259
9.6 **Conclusões parciais**.....265
10 **O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO**.....267
10.1 **Introdução**.....267
10.2 **A democracia e suas condições de existência**.....268
10.2.1 O problema da igualdade política.....268
10.2.2 A cultura de tolerância como pressuposto democrático.....275
10.2.3 A democracia como projeto educacional.....279
10.3 **O papel de reforço democrático das Cortes constitucionais**.....282
10.3.1 Pedagogia com um plus.....282
10.3.2 A difusão de uma gramática cívica.....285
10.4 **Crítica ao papel de reforço democrático**.....288
10.5 **Conclusões parciais**.....291
CONCLUSÃO.....292
REFERÊNCIAS.....310

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema[1]

Rumo à sociedade aberta de telespectadores?

Era um almoço de domingo em família como qualquer outro. À mesa, estávamos sentados eu, minha esposa e respectivos familiares dela. Entre um e outro assunto, surgiu o tema do mensalão (Ação Penal nº. 470). O mérito do caso já havia sido julgado, e a questão do momento era o cabimento dos embargos infringentes. Minha sogra queria saber porquê o recurso fora recebido e a discussão girava em torno desse ponto. Como profissional do Direito, expliquei que o recurso não tinha previsão legal, mas que, à época em que fora criado, competia ao Supremo Tribunal Federal o poder de legislar sobre o tema, e que este o fazia por meio do próprio regimento interno. Por não ser materialmente incompatível com a nova Constituição, haveria de ser considerado como recepcionado. Disse também que houvera iniciativas parlamentares sem sucesso no sentido de retirar o recurso do sistema jurídico. Por fim, por se tratar de uma garantia processual penal, defendi que o recurso deveria ser visto como um direito fundamental dos réus no processo. Tentei reduzir o "juridiquês" ao mínimo, mas o semblante dela denunciava o insucesso da minha argumentação.

Em contraposição ao que eu dissera, minha sogra rememorou um artigo da Constituição que dizia ser dever do Estado promover o julgamento célere das demandas judiciais (trata-se do art. 5º, inciso LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional n° 45/2004). Defendeu, ainda, que não fazia nenhum sentido lógico ter o mesmo órgão julgador apreciando idêntico caso duas vezes. Aliás, o risco de manipulação do resultado e/ou contradição seria grande, nessa hipótese. Ela concluiu dizendo que concordava inteiramente com o voto do Ministro Luiz Fux, que vira pela TV Justiça durante aquela semana e de quem extraíra toda a fundamentação mencionada anteriormente. A despeito do meu esforço argumentativo, não foi possível convencê-la do acerto da minha solução.

---

[1] Todas as citações em língua estrangeira foram livremente traduzidas pelo autor. As citações de obras eletrônicas para *kindle* contém referência à posição do conteúdo (abreviatura: *pos.*), e não à página (*p.*).

Minha sogra, registre-se, é uma professora da história aposentada, que eventualmente assiste à TV Justiça, especialmente por ocasião de julgamentos momentosos. Aliás, ao longo dos últimos anos tivemos outros debates, nos almoços de domingo e em outros eventos familiares e sociais, que envolveram cotas raciais, uniões homoafetivas, interrupção terapêutica de fetos e outros temas de relevo para a sociedade brasileira. Essas discussões envolveram familiares, amigos e colegas de trabalho. É interessante registrar que, na maior parte dos casos, as pessoas tinham argumentos constitucionais colhidos dos votos e manifestações dos próprios Ministros – sólidos, portanto –, e não hesitavam em empregá-los nessa discussões. Como ela, muitas outras famílias passaram a discutir os méritos (e deméritos) da justiça constitucional nas suas reuniões, amigos transformaram o Supremo Tribunal Federal em, literalmente, *conversa de botequim*[2]. De certa maneira, o poder do discurso e do diploma atribuído aos "doutores do Direito" acabou fragilizado no âmbito social.

As decisões das cortes constitucionais causam repercussão em razão da importância que possuem nas sociedades contemporâneas. Tribunais que decidem questões morais e políticas complexas e divisivas serão, inevitavelmente, objeto de debate pela opinião pública[3]. Mas o fenômeno aqui detectado é mais profundo. A impressão é que, cada vez mais, pessoas sem educação jurídica formal vêm se sentido aptas a interpretar e discutir questões jurídicas, antes restritas aos iniciados. Elas simplesmente não encaram a opinião apresentada pelos "operadores do Direito" como um dogma que não pode ser discutido; não se rendem ao argumento de autoridade. Seja com argumentos colhidos em votos proferidos em sessões públicas e televisionados em tempo real, seja com utilização das mídias convencionais e eletrônicas, a *popularização da jurisdição constitucional* parece ser um caminho inevitável no

---

[2] A expressão foi empregada, com toda a conotação negativa que possui, pelo Ministro aposentado Carlos Velloso, um dos críticos do televisionamento, em palestra proferida na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, em 15 nov. 2015. A citação é feita de memória.

[3] Em 2015, poucos meses após as eleições presidenciais mais divididas da história brasileira, a indicação do professor Edson Fachin para uma das cadeiras no Supremo Tribunal Federal despertou uma batalhas nas redes sociais. Fachin foi acusado de ser comunista e liberal, do ponto de vista dos costumes. Os livros e artigos acadêmicos que produzira foram escrutinados por cidadãos comuns e debatidos na sessão de confirmação do Senado Federal. Seu passado foi esquadrinhado. Uma página eletrônica foi criada em favor da indicação. No *twitter*, foram criadas as hashtags #fachinsim e #fachinnão para distinguir apoiadores e detratores. Nunca ocorrera tamanha mobilização em torno da indicação de um ministro do Supremo Tribunal Federal, o que comprova a atenção social que a Corte tem recebido.

Brasil contemporâneo[4]. Se esta é, igualmente, uma evolução desejável, este é um tema aberto a disputas. A visão aqui defendida é que o diálogo entre a Corte constitucional e os jurisdicionados é essencial à legitimação, ao desenvolvimento da justiça constitucional e ao aprimoramento da democracia.

Enfim, foi naquele almoço de domingo que surgiu a ideia de escrever um texto que tivesse na TV Justiça o seu objeto principal. Curiosamente, há pouquíssimos trabalhos sobre televisionamento de cortes em língua portuguesa, nenhum deles abarcando a questão a partir da criação da TV Justiça e seus impactos sobre o Supremo Tribunal Federal. Uma versão preliminar do estudo, que buscou comparar as estatísticas do tribunal antes e após a TV Justiça, constituiu o *paper* final na disciplina "Interpretação constitucional", ministrada pelo professor e Ministro Luís Roberto Barroso, cursada no segundo semestre de 2012, na Universidade de Brasília. A decisão de explorar o tema com maior profundidade, e ampliá-lo para a publicidade de Cortes constitucionais, foi incentivada por ele, que é orientador da tese. Parte das pesquisas deste trabalho foi publicada na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, em 20 de maio de 2013[5].

Sobre o tema da tese

A radiodifusão[6] e a *internet* são os meios mais comumente empregados pelas pessoas para obter informações no mundo de hoje[7]. De acordo com a União

---

[4] Inevitável, neste ponto, a referência ao trabalho de HABERLE, Peter. *A sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Ministro Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1997. O texto será discutido ao longo da tese, e é uma influência inegável na jurisdição constitucional brasileira.

[5] FONTE, Felipe de Melo. "Votos do STF são cada vez mais para o grande público". *Consultor Jurídico*, 20 mai. 2013, disponível em: http://bit.ly/1GDkh04. O textou gerou algumas reações, v. MACHADO, Joana de Souza. "Luz, câmera, jurisdição: tecnologia de comunicação e o mito da justiça transparente no Brasil". *Boletim CEDES*, julho-setembro 2013, em especial p. 47. SANTOS, Daniele Martins dos. "TV Justiça: STF em cena". *Anais do VI Simpósio Nacional de Ciência, Tecnologia e Sociedade*, 2015, disponível em: bit.ly/1SCQQFr.

[6] A radiodifusão, segundo a legislação brasileira, compreende os serviços destinados a serem recebidos direta e livremente pelo público em geral e é dividida em radiodifusão sonora (rádio) e radiodifusão de sons e imagens (televisão). A tese centra seus argumentos em torno da transmissão, em tempo real, dos julgamentos ocorridos em tribunais, o que inclui não apenas a radiodifusão, mas também mecanismos de *internet*. Para uma discussão sobre os diversos modos de transmissão, v. LAMBERT, Paul. *Courting publicity: twitter and television cameras in Court*. West Sussex:

Internacional de Telecomunicações (ITC), os lares que possuem ao menos uma televisão alcançaram 79% em 2009, significando que **cinco bilhões de pessoas** hoje possuem acesso a essa forma de comunicação[8]. Nos Estados Unidos da América e na Europa, o grau de penetração das televisões é altíssimo, alcançando, respectivamente, 95% e 97% dos lares. O Brasil segue a tendência dos países desenvolvidos. Segundo o censo realizado em 2010, os domicílios contendo pelo menos uma televisão chegaram a 95,1%, ao passo que aqueles que contém um rádio correspondem a 81,4% do total da amostra[9]. A televisão tornou-se praticamente ubíqua.

Em 2020, especialistas preveem que dois bilhões de pessoas estarão conectadas à Internet. Dado este cenário, é de se esperar que mais atividades governamentais sejam transmitidas em tempo real pelos meios de comunicação de massa, destacadamente o rádio, a televisão e a Internet. Há muitas iniciativas nesse campo, todas com o propósito de aumentar os níveis de transparência de parlamentos e da administração pública ao redor do globo[10]. Todavia, no que diz respeito ao Poder Judiciário, tais iniciativas têm sido menos numerosas que aquelas envolvendo as outras funções do Estado, e têm encontrado feroz resistência dos profissionais do Direito[11]. Nos Estados Unidos, por exemplo, os juízes da Suprema Corte são tradicionalmente *contrários* às câmeras nos tribunais[12]. O exemplo mais

---

Bloomsbury, 2011, pp. 91-99. Registre-se que o uso de redes sociais em ambientes judiciais, como o *twitter* ou o *facebook*, como já tem ocorrido na prática, pode suscitar outros problemas.

[7] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom: Television and the Pursuit of Justice*. Lanham: Rowman & Littefield, 1998, p. 11.

[8] International Telecomunications Union, *Target 8: Ensure that all of the world's population have access to television and radio services*, 2015, disponível em: http://bit.ly/1GmcZ3W, acesso em 14.jun.2015.

[9] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Censo demográfico 2010*. Rio de Janeiro, p. 120.

[10] Nos Estados Unidos, a iniciativa mais importante é o Memorando sobre a Transparência e Governo Aberto (*Memorandum on Transparency and Open Government*), editado pelo Presidente Barack Obama em seu primeiro dia de governo. Em seguida, foi editada a Diretiva de Governo Aberto (Open Government Directive), data de 8 de dezembro de 2009. Os documentos estão disponíveis na página eletrônica da Casa Branca (https://www.whitehouse.gov/open/about). Uma visão geral sobre iniciativas em países desenvolvidos por ser vista no documento editado pela OECD, *Open government: fostering dialogue with civil society*, 2003.

[11] GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV: Television, Justice, and the Courts*. New York: New York University Press, 1998, p. xvii.

[12] Para uma análise detalhada sobre a opinião dos Ministros da Suprema Corte dos EUA contrários ao televisionamento dos julgamentos, ver McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis". *Brigham Young University Law Review*, v. 2012. Ver, também, PICCUS, Todd. "Demystifying the Least Understood Branch: Opening the Supreme Court to Broadcast Media". *Texas Law Review* v. 71, 1992-1993.

dramático vem do *Justice* Souter, que afirmou: "o dia em que vocês virem uma câmera no tribunal, ela irá rolar sobre o meu cadáver" [13].

Em palestra proferida na Universidade da Califórnia, transmitida pelo *YouTube*[14], Antonin Scalia contou que, antes de se tornar um juiz de Suprema Corte, advogara pelo televisionamento das sessões da Corte. Segundo sustentara, as mídias de massa poderia ser empregadas para educar a sociedade norte-americana sobre o papel da Corte. Após a nomeação, contudo, ele mudou de opinião. Na nova visão, os cidadãos comuns não teriam interesse em assistir a todos os procedimentos e casos submetidos à jurisdição do tribunal, mas apenas àqueles controversos. Todavia, disse ele, esses casos são minoria. Na maior parte do tempo, a Suprema Corte julga minúcias técnicas, assuntos sem qualquer apelo exceto para as partes litigando no caso concreto. Logo, tal nível de publicidade apenas contribuiria para disseminar equívocos sobre o que a Corte e seus juízes fazem. O *Justice* concluiu afirmando que é uma boa política insular a Corte das paixões e crenças sociais porque, ao fim e ao cabo, "a familiaridade gera o desprezo" (*familiarity breeds contempt*, no original). Em entrevista posterior, Scalia afirma que a Corte não pode se transformar em entretenimento público[15].

No Brasil, o Ministro aposentado Moreira Alves, cuja judicatura perdurou por vinte e sete anos, explicitamente condenou a transmissão de julgamentos. Em entrevista para a revista *Consultor Jurídico*, ele afirmou que "[f]ui contra o televisionamento justamente para não dar a impressão de que a corte é uma arena de discussões, até acaloradas, dando o ensejo, aos que não têm trato com a Justiça, que elas são contrárias à postura da magistratura"[16]. Sobre a postura dos atuais membros da Corte, Moreira Alves é direto: "Os julgamentos se prolongaram pela extensão dos votos. Na minha época, eram menores. Hoje falam para aparecer mais na televisão". Para o Ministro, que teve atuação decisiva na definição do papel da Corte na política brasileira enquanto nela esteve, o televisionamento prejudica a atividade jurisdicional.

---

[13] "On Cameras in Supreme Court, Souter Says, 'Over my Dead Body'", *New York Times*, 30 mar. 1996, disponível em: http://nyti.ms/1FFy469.

[14] University of California Television (UCTV), "Legally Speaking: Antonin Scalia", 17 mar. 2011, disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=KvttIukZEtM.

[15] MSNBC entrevista com Maria Bartiromo, "Justice Scalia Says 'Not a Chance to Cameras'", 10 out. 2005, disponível em: bit.ly/204TupT.

[16] CANÁRIO, Pedro. "Julgamentos do STF eram mais técnicos na minha época", *Consultor Jurídico*, 5 ago. 2012, disponível em: http://bit.ly/1JH0WPu.

Essa visão pessimista contrasta com o entusiasmo do Lord Neuberger of Abbotsbury, Presidente da Suprema Corte do Reino Unido[17]. Lord Neuberg afirma que o conhecimento público sobre os trabalhos realizados pela Corte contribui para a confiança no Poder Judiciário e, consequentemente, na própria democracia. Ele nota que a presença do público é cada vez menor nos tribunais, de modo que o Poder Judiciário tem a responsabilidade de fazer o que for possível para levar ao público a atividade dos juízes. Outro juiz de Suprema Corte a opinar sobre o tema é Beverly McLachlin, Presidente da Suprema Corte de Justiça do Canadá. Em conferência judicial sobre o assunto, a Ministra afirmou que as câmeras são discretas, e que não causam qualquer embaraço à atividade jurisdicional[18]. Ela menciona um caso em que certo advogado proferiu um discurso inflamado, aparentemente direcionado às câmeras. Contudo, afirma que apenas pediu para que ele parasse e isso prontamente ocorreu. Em mais de vinte anos de transmissões, a Corte canadense vem televisionando os debates orais sobre os julgamentos sem maiores incidentes, segundo registra.

Esse conjunto de declarações públicas, formuladas por Juízes posicionados nas Supremas Cortes de seus respectivos países, demonstram a completa discordância quando confrontados com a seguinte questão: ***deveriam as cortes permitir câmeras em seu interior?*** O objeto geral desta tese é analisar a questão da publicidade das cortes constitucionais à luz dessas críticas e da experiência registrada sobre o tema. A forma como as cortes transmitem ao público o conteúdo de suas decisões, e como este as percebe, é inequivocamente um elemento importante de legitimação institucional, que não pode ser negligenciado. A doutrina constitucional, especialmente a partir da obra de Peter Häberle, tem enfatizado a necessidade de abertura do processo decisório constitucional à participação pública, sem atentar, contudo, para outros aspectos da ideia: como a efetividade dos processos dialógicos e os resultados da interação entre corte e público.

Em última instância, ***o argumento central da tese é que o televisionamento agregou aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal uma***

---

[17] "Open justice unbound? Judicial Studies Board Annual Lecture", 16 mar. 2011, disponível em: http://netk.net.au/Judges/Neuberger2.pdf

[18] MAURO, Tony. "In Canada's Supreme Court, Cameras are No Big Deal". *The BLT: The Blog of LegalTimes*, 31 ago. 2010, disponível em: bit.ly/1P4EINT.

dimensão social, pouco relevante no passado da Corte, que se traduz na *consideração explícita de pontos de vista públicos* e na *tentativa de falar diretamente ao público jurisdicionado*, superando, assim, os filtros tradicionais de mediação entre público e tribunais. As consequências dessa mudança no discurso produzido pela corte é defendida a partir de diversos pontos de vista, conforme detalhado no plano de trabalho em seguida.

Plano de trabalho

A tese será dividida em três partes. Na primeira parte o objetivo é a revisão da literatura sobre publicidade nos tribunais e análise de experiências envolvendo o tema, com o propósito de mapear as discussões relativas à questão. Diversamente do que ocorre em relação aos demais poderes do Estado, sobre os quais há relativo consenso quanto à utilidade e à desejabilidade das câmeras, há um extenso debate entre acadêmicos, políticos e juízes sobre os benefícios e riscos de colocar câmeras em cortes. De um lado, entusiastas das transmissões afirmam que elas aumentam a confiança do público no Poder Judiciário e na administração da justiça, colaboram na coibição de arbitrariedades de juízes e criam uma cidadania mais bem educada. Por outro lado, críticos afirmam que as câmeras acabam por transformar as cortes em entretenimento público e prestam um desserviço à justiça ao afetar, negativamente, profissionais e auxiliares do judiciário[19].

Nessa linha, o primeiro capítulo apresenta os argumentos em confronto, fazendo uma breve apreciação crítica de seus méritos e deméritos. No momento inicial explica-se, em maior detalhe, o escopo do trabalho, que consiste em uma defesa específica do uso de tecnologias que permitam aproximar a sociedade e a Corte constitucional. No segundo capítulo serão analisadas as experiências concretas da Court TV, nos Estados Unidos, um canal privado dedicado à transmissão de julgamentos, as decisões judiciais oriundas da Suprema Corte dos Estados Unidos, bem como as experiências das Supremas Cortes do Reino Unido, Canadá e México, que também aderiram ao televisionamento, embora em termos diferentes do realizado no Brasil. Também no segundo capítulo são analisadas outras experiências brasileiras anteriores e concomitantes à TV Justiça. No terceiro capítulo, concluindo a primeira parte, o objeto será os estudos comportamentais e de opinião a respeito dos efeitos das câmeras sobre os participantes do processo judicial. A primeira parte do

[19] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom: Television and the Pursuit of Justice*, ob. cit., p. 11.

trabalho consiste, portanto, em avaliação de argumentos contrários e favoráveis ao televisionamento e revisão de literatura a respeito das experiências concretas e experimentais sobre a televisão e os tribunais.

A segunda parte diz respeito ao caso do Brasil, cuja corte constitucional vem sendo objeto de transmissões desde 2002. Ao dividir as atividades da corte em dois diferentes períodos de tempo, antes e depois do começo das transmissões, será possível observar suas mudanças quantitativas e qualitativas. Embora os experimentos com câmeras em tribunais estejam se tornando cada vez mais comuns, a experiência brasileira merece especial atenção devido à sua singularidade. Em primeiro lugar, porque se trata de uma corte constitucional em pleno funcionamento, e não de um órgão de primeira instância ou tribunal intermediário, como tem ocorrido nos Estados Unidos e em outras partes do mundo. Em segundo lugar, porque o Supremo Tribunal Federal tem transmitido não apenas as sustentações orais e eventuais audiências públicas, mas também a própria atividade decisória. Esta é uma importante diferença entre as experiências brasileira e estrangeira[20]. Outra importante distinção diz respeito ao controle da transmissão. No Brasil, um canal público (e não redes privadas), cuja administração é inteiramente realizada por empregados do tribunal, é responsável por transmitir e editar os conteúdos. Portanto, a corte tem inteiro controle da sua própria programação.

Nesse sentido, o capítulo quarto traça um perfil da criação da TV Justiça e de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal, bem como dos antecedentes e experiências paralelas de televisionamento no Brasil. Nele também são objetivamente discutidas questões envolvendo o princípio da publicidade processual, defendendo-se a necessidade de se avançar em uma compreensão mais nuançada a respeito do tema. O capítulo quinto apresenta os resultados da pesquisa quantitativa, com os dados públicos de julgamentos realizados pelo STF entre 1990 e 2010. O critério comparativo foi a extensão dos acórdãos em ações diretas de inconstitucionalidade, apreciadas pelo Plenário, e *habeas corpus*, julgados pelas turmas. As razões para tais delimitações serão explicitadas oportunamente. O capítulo sexto dedica-se à análise qualitativa das mudanças ocorridas no

[20] Além disso, diferentemente de outros tribunais, o Supremo Tribunal Federal não reconhece às partes um direito de proibir o televisionamento por razões de privacidade ou estratégia processual. Em casos em que há sigilo, a deliberação do tribunal ainda é televisionada, mas os nomes das partes envolvidas não são mencionados pelos Ministros. Essa é uma preocupação recorrente nos Estados Unidos e no Canadá, v. capítulo 2.

tribunal. Como registrado antes, o cerne da tese consiste no acréscimo da dimensão social na fundamentação das decisões. Na prática, essa dimensão se manifestou pela função pedagógica da Corte, o recurso à argumentação extrajurídica e a sensibilidade à opinião pública. Finalmente, discute-se a relação entre a mídia convencional e as Cortes constitucionais a partir dessa nova óptica.

A terceira parte constrói sobre a experiência brasileira e a teoria constitucional contemporânea para elaborar uma defesa do televisionamento de cortes constitucionais. Ela divide-se em quatro proposições ou argumentos. *A primeira proposição*, objeto do capítulo 7, refere-se à ***lealdade constitucional***. Suas premissas são que: (i) o sucesso de uma ordem constitucional depende da ligação entre a Constituição e as pessoas (legitimidade); e (ii) a exposição da corte constitucional ao público tem por efeito incrementar a adesão pública à justiça constitucional (teoria do viés da positividade). Nesta linha, conclui-se que os mecanismos de exposição são positivos para as cortes. O argumento foi intuído por diversos autores constitucionalistas, como Konrad Hesse e Pablo Lucas Verdú, e é discutido pela ciência política norte-americana. No capítulo também será enfrentado o argumento de que a excessiva publicidade poderia erodir a função contramajoritária própria à jurisdição constitucional. Na realidade, no texto defende-se que a TV Justiça pode ajudar a explicar a revolução dos direitos ocorrida no Brasil na última década.

A *segunda proposição*, que anima o capítulo 8, é ***hermenêutica***. Aplica-se aqui a premissa singela de que quanto maior for o "estoque de ideias" disponível sobre determinado tema, maiores são as chances de que os responsáveis pela decisão façam uma escolha correta e adequada. Do ponto de vista do processo judicial, quanto mais "pontos de vista" forem trazidos, menor será o "esforço hermêutico" que o julgador terá que realizar e maiores são as probabilidades de se encontrar uma resposta satisfatória. Mais do que isso, a partir dos *insights* de epistemologia institucional providos pelo teorema de Condorcet e por James Surowiecki, postula-se que a opinião pública pode servir como termômetro relevante para as decisões judiciais, especialmente as de cunho constitucional, que envolvem desacordos morais razoáveis. Portanto, a tese é que a pluralização de atores interessados nas decisões da corte produzirá decisões melhores, caso os juízes estejam dispostos a ouvir e se engajar com essas visões. A segunda parte do capítulo discute brevemente a insuficiência da doutrina da abertura constitucional materializada na Lei nº 9.868/99.

No capítulo 9 descortina-se a *terceira proposição*, denominada ***cívica***. O argumento principia com a ideia de que, em uma democracia genuína, as pessoas deveriam participar ativamente da tomada de decisões no espaço público. Contudo, a despeito de ser essa a percepção teórica – normativa – sobre as exigências do regime democrático, a prática real tem refletido enorme passividade das massas. A tese, então, adota a denominada teoria da ignorância racional para tentar explicar o descompasso entre teoria e prática, centrando-se no problema dos custos individuais de participação. Como solução, sugere-se que a combinação entre televisão e corte constitucional pode proporcionar um microespaço de engajamento cívico, em razão da redução dos custos de acesso ao conhecimento público e do caráter "quase" terminativo das decisões judiciais[21].

O capítulo 10 veicula o argumento ***democrático***, *quarta e última proposição* em defesa do televisionamento das cortes constitucionais. O ponto aqui é que a defesa puramente racional do regime democrático não é suficiente para a sua perpetuação. Na verdade, as democracias se assentam sobre uma cultura de tolerância, que está longe de ser um dado da natureza. Democracias também são um projeto educacional de longo prazo. A justiça constitucional pode ser defendida a partir da contribuição que oferece nesse esforço coletivo de convencimento sobre as vantagens e a relevância da cultura de tolerância. O televisionamento, nesse sentido, amplifica a mensagem oriunda das cortes constitucionais – que são fontes especiais deste discurso essencial à democracia –, reforçando-a. Por fim, defende-se que o tipo de discurso empregado na justiça constitucional, centrado em razões públicas, pode contribuir para a formação de uma gramática cívica.

Finalmente, a conclusão desenvolve a ideia de que a TV Justiça, por sua singularidade e pelos impactos que vem causando no Supremo e na sociedade, pode ser a grande contribuição da jurisdição constitucional brasileira para o mundo. Como já se pode antecipar, a tese não cuida apenas da experiência televisiva, mas expressa diversas concepções materiais a respeito da justiça constitucional e da democracia no Estado contemporâneo. Espera-se, contudo, convencer o leitor de que, a despeito das disfunções atualmente existentes na prática do Supremo Tribunal Federal, a transparência e a publicidade

[21] A despeito de todas as discussões recentes sobre os denominados diálogos institucionais, que serão brevemente aludidas no referido capítulo, prevalece no STF a ideia de que a palavra final sobre a constituição pertence à corte, o que torna muito difícil a superação de suas decisões por outras vias.

por ele aplicadas no exercício da *justiça constitucional* constituem um caminho essencial à legitimidade, à longevidade da ordem constitucional, ao desenvolvimento da democracia e da autonomia política dos cidadãos.

Parte I

TELEVISIONAMENTO DE CORTES: TEORIA E PRÁTICA

Capítulo 1

1. O DEBATE SOBRE CÂMERAS NOS TRIBUNAIS

SUMÁRIO: 1.1. JUDICIÁRIO: O PODER MENOS COMPREENDIDO. 1.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS CÂMERAS. 1.2.1. A proteção contra a arbitrariedade. 1.2.2. A legitimação da jurisdição. 1.2.3. A educação do público. 1.2.4. Os efeitos preventivos. 1.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS CÂMERAS NOS TRIBUNAIS. 1.3.1. Os efeitos adversos desconhecidos. 1.3.2. A transformação da justiça em entretenimento. 1.3.3. A proteção da intimidade das partes. 1.4. ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO. 1.5. CONCLUSÕES PARCIAIS.

1.1. JUDICIÁRIO: O PODER MENOS COMPREENDIDO

O Poder Judiciário, com seu linguajar e rituais peculiares, pode ser facilmente qualificado como "o poder menos compreendido"[22]. Embora a publicidade dos julgamentos seja uma garantia constitucional – admitida a restrição apenas no interesse de proteger a intimidade das partes[23] –, os rituais judiciais, por sua própria natureza, não costumam ser exatamente *acessíveis* ao público[24]. Para as pessoas sem educação jurídica, o

[22] A expressão é empregada por PICCUS, Todd. "Demystifying the Least Understood Branch: Opening the Supreme Court to Broadcast Media", ob. cit. Em 2005, a ordem dos advogados americanos (ABA – *American Bar Association*) lançou um projeto com o propósito de disseminar conhecimento sobre o sistema judiciário daquela país. A atividade foi denominada *The Least Understood Branch Iniciative* (a propósito, v. BARNES, Clifton. "Least Understood Branch – ABA Project Aims to Inform Public About Judicial System". *Bar Leader* n. 31, 2006-7, p. 14).

[23] CF88: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;". A matéria encontra-se regulada no art. 155, incisos I e II, do CPC. Segundo a doutrina, somente o interesse público excepcional justifica a restrição à publicidade, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 556. O tema será retomado.

[24] Em artigo publicado em jornal, Luís Roberto Barroso ("A revolução da brevidade". *Folha de São Paulo*, 17 jul. 2008) afirmou que o mundo jurídico padece de dois problemas graves: o uso de linguagem empolada e inacessível, e a prolixidade dos oradores e escribas. No referido texto, o autor considera o problema do hermetismo razoavelmente equacionado, concentrando suas críticas no (mau) uso do tempo, em especial nos julgamentos colegiados dos tribunais. De fato, quanto ao papel da linguagem, muito se avançou na perspectiva interna da comunidade jurídica. No passado, o uso de expressões rebuscadas e, em especial, do latim, era sinônimo de erudição; tal realidade ficou para trás. Na era dos processos massificados, em que juízes têm pouquíssimo tempo disponível para analisar cada demanda, a apresentação de postulações jurídicas diretas e objetivas é a regra de ouro a ser seguida. Uma petição excessivamente volumosa arrisca-se ao ineditismo ou, quando pior, a provocar uma ordem judicial determinando que seja reduzida. A hipótese já ocorreu mais de uma vez, v. "Juiz manda advogado reduzir petição de 162 páginas". *Consultor Jurídico*, 31 mai. 2001, disponível em: http://bit.ly/1lScUTp; "Juiz manda MP reduzir inicial com tamanho de 'livro'". *Migalhas*, 19 jul. 2012, disponível em: http://bit.ly/1VHu9QC.

emaranhado de expressões técnicas constitui uma barreira de difícil transposição. Incapaz de decifrar a linguagem empregada pelos juízes para decidir as pretensões que lhes são apresentadas, o público leigo tem que confiar na imprensa e nos advogados para compreender o funcionamento das instituições judiciárias[25]. A ausência de preocupação com a comunicação é tão evidente que a esmagadora maioria das cortes utiliza, ainda hoje, os mesmos instrumentos que empregavam há dois séculos: o voto escrito.

O distanciamento linguístico entre o público – destinatário das instituições jurídicas e usuário do judiciário – e os operadores do Direito é objeto de preocupação específica da técnica legislativa. No Brasil, a Lei Complementar n° 95/98, em seu art. 11, inciso I, alínea "a", determina a utilização das palavras em seu sentido comum, ressalvada a necessidade de regulação de alguma área técnica[26]. No âmbito da atividade interpretativa e prática judiciária, contudo, não há nada semelhante ao *Plain English Movement* (movimento do inglês simples, em tradução literal), que preconiza o uso de expressões coloquiais em atos do governo em geral. Embora as leis, ao menos em tese, sejam feitas para serem compreendidas por qualquer cidadão, o fato é que, ao ter seu caso julgado, ou simplesmente comparecer ao Judiciário para conhecer a instituição *em funcionamento*, é improvável que o leigo seja capaz de entender o que está acontecendo[27].

Além do hermetismo que caracteriza o funcionamento do judiciário, há o problema da solenidade. No âmbito judicial, os juízes vestem togas, os advogados usam

---

[25] Esse processo de intermediação, contudo, nem sempre é bem-sucedido. Os meios de comunicação de massa possuem interesses que, muitas vezes, podem resultar na modificação ou simples não-divulgação da mensagem judicial (*e.g.*, deturpando ou silenciando a respeito de uma condenação). Em um ambiente de concentração dos meios de comunicação em poucos grupos empresariais, como é o caso brasileiro, esse risco se torna ainda maior. Para uma crítica contundente ao papel da imprensa, v. MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em tempo real*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Sobre o papel da mídia em processos criminais, v. SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 365 e ss.. Relativamente aos advogados, os problemas normalmente cingem-se aos custos. Nem todo mundo pode ter acesso a um bom advogado para entender o que as Cortes decidiram. O tema será retomado no capítulo 6.

[26] LC nº 85/95: "Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I - para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;".

[27] Ao discorrer sobre a sociedade aberta de intérpretes, Peter Häberle defende o uso de linguagem acessível aos cidadãos comuns pela academia, sem, contudo, fazer o mesmo para as decisões judiciais, v.: "Constitui, porém, tarefa da Ciência formular suas contribuições de forma acessível, de modo que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública (*Öffentlichkeit*)" (*Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 35).

becas quando vão à tribuna, e há exigências quanto à vestimenta e conduta nas dependências de tribunais, mesmo que não se trate propriamente de parte em processo ou colaborador da justiça[28]. Não é incomum que a primeira experiência forense, mesmo quando se trata de estudante de direito, seja marcada pelo *temor reverencial* que cerca os diversos atores da justiça. A aura magnificente, embora talhada para engrandecer a atividade judicial, acaba por excluir os indivíduos comuns dos seus procedimentos[29]. Em síntese, embora formalmente os julgamentos sejam abertos ao público – o que se dá por exigência constitucional, como visto acima –, o *hermetismo* e a *solenidade* que normalmente cercam as instâncias judiciais são inegáveis obstáculos ao ideal de participação pública na realização da justiça[30].

Em comparação com outros poderes, enquanto candidatos aos cargos eletivos do poder executivo e do parlamento aparecem, ao menos, a cada 2 (dois) anos – intervalo dos ciclos eleitorais brasileiros –, preenchendo o espaço público com publicidade política e debates, os membros do Poder Judiciário raramente vêm a público para discutir ou explicar suas decisões[31]. Espera-se que as razões escritas apresentadas sejam suficientes para

---

[28] No Supremo Tribunal Federal, a Ordem de Serviço n° 11/99 determina, em seu art. 16, que "[n]ão são permitidos, a qualquer título, o ingresso e a permanência nas dependências do Tribunal de pessoas com trajes em desacordo com o cerimonial, a formalidade e o caráter solene da Corte, ou que sejam atentatórios ao decoro". A permissão para que as mulheres pudessem usar calças nas dependências do tribunal foi objeto de extensa controvérsia entre os Ministros, conforme relata a imprensa (MARQUES, Luciana. "STJ exige roupas formais e causa constrangimento". *VEJA.com*, 3 dez. 2011, disponível em: http://abr.ai/1ILlYta). A mesma reportagem informa que a exigência de roupas formais para acesso ao tribunal foi estendida, em 2011, ao Superior Tribunal de Justiça. Tais restrições, como registrado no texto, reforçam a mensagem de que as cortes – em especial as superiores – não são lugares para o cidadão comum.

[29] Promovendo, por outro lado, uma espécie de "preparação" do auditório para a aceitação do discurso que será proferido em seguida. V. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9: "Um dos fatores essenciais da propaganda (...) é o condicionamento do auditório mercê de numerosas e variadas técnicas que utilizam tudo quanto pode influenciar o comportamento. Essas técnicas exercem um efeito inegável para preparar o auditório, para torna-lo mais acessível aos argumentos que se lhe apresentarão". V. BOSMAJIAN, Haig. *Metaphor and reason in judicial opinions*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1992, p. 9.

[30] O ponto também foi captado por CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 24: "Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho". Registre-se que os autores se referem ao *litigante*, ou seja, aquele que precisou ir ao Judiciário obter seus serviços. Com maior razão as ponderações valem para o cidadão comum que quer assistir à jurisdição em ação.

[31] A rigor, trata-se de conduta vedada pela Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79): "Art. 36. É vedado ao magistrado: (...) III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras

convencer as pessoas de que o Direito foi aplicado corretamente. No exercício de suas funções ordinárias, ocupantes de cargos eletivos têm genuíno interesse em entrar em contato com o público e por ele serem conhecidos. Esses incentivos simplesmente não existem quando se trata da função judicial.

Pelo contrário, é frequente a afirmação de que o *distanciamento das paixões populares* é condição necessária para que os juízes possam exercer o seu mister com proficiência[32]. Neste ângulo, as visões da coletividade sobre a moralidade política contida no Direito em geral, e no texto constitucional em particular, devem ficar na porta do tribunal. Todo magistrado é um potencial porta-voz das minorias sub-representadas no processo político ordinário, e por isso deve ser insulado da influência popular. A *ignorância coletiva* é outra justificativa para que não se dê ouvidos ao que a opinião pública tem a dizer. Afinal, se a massa é composta majoritariamente por ignorantes – ao menos a respeito do Direito e das instituições judiciárias –, parece não só irrelevante, mas até mesmo perigoso, ouvir sua opinião[33].

O dito popular afirma que o contrário do amor não é ódio, mas sim a indiferença. A resposta do público ao inóspito ambiente judicial é com pura e simples apatia ou, quando muito, insatisfação[34]. Em pesquisa sobre o conhecimento do público a respeito da Suprema Corte, realizada nos Estados Unidos, 66% dos entrevistados não foram capazes de apontar o nome de sequer um magistrado daquele tribunal, ao passo que apenas 1% dos

---

técnicas ou no exercício do magistério". Tal situação está mudando, felizmente. O ponto será abordado no capítulo 6.

[32] Em *Estes* v. *Texas*, julgado da Suprema Corte dos EUA comentado no capítulo 2 da tese, o *Justice* Clark afirmou: "Os procedimentos judiciais foram estabelecidos com o propósito solene de esforçar-se na busca pela verdade o que é condição *sine qua non* para um julgamento justo. (...) Nós sempre mantemos que a atmosfera essencial à preservação de julgamento justo – a mais fundamental de todas as liberdades – deve ser mantida a todos os custos" (U.S. 551, p. 381).

[33] V. GIBSON, James L. e CALDEIRA, Gregory A. "Knowing the Supreme Court? A Reconsideration of Public Ignorance of the High Court", *The Journal of Politics* v. 71, 2, 2009, p. 429. Segundo Jeremy Waldron, o desapreço dos juristas pela função legislativa também seria uma consequência de seu batismo popular, cf. *A dignidade da legislação*, 2003, p. 37: "A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, produto de uma assembléia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). (...) Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne um juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westmister pensa em si como um legislador *nato*".

[34] MILLER, Arthur S. "Public Confidence in the Judiciary: Some Notes and Reflections". *Law and Contemporary Problems* n. 35, 1970, p. 71: "Nas décadas formativas da história constitucional americana o antagonismo entre o Direito e os advogados era prevalente, em larga medida por conta da herança da *common law* inglesa, que era considerada demasiadamente sofisticada e abstrusa para o homem comum, que era incapaz de usá-la como um guia para sua conduta".

entrevistados lembrou-se de todos eles[35]. À exceção do Supremo Tribunal Federal, sempre divulgado na TV Justiça e no noticiário nacional, é possível que índices semelhantes ou piores sejam encontrados no Brasil, se considerados outros tribunais superiores, cortes estaduais ou, ainda, juízes de primeiro grau.

Curiosamente, a ignorância coletiva sobre o funcionamento das instituições judiciais – e o consequente distanciamento do qual é concausa relevante – *não é* atribuída a um defeito de postura do Poder Judiciário e/ou dos profissionais que lhe orbitam[36], mas considerada um dado da realidade sem maiores consequências para o funcionamento das instituições públicas. Não há esforço genuíno dos atores que gravitam o judiciário para simplificar o linguajar ou reduzir a solenidade a fim de torná-lo mais acessível ao público-usuário. Mesmo no procedimento dos Juizados Especiais, marcado pela simplicidade, eis que dispensa a assistência do advogado até certo patamar econômico, a exigência legal de que seja utilizada linguagem simples abrange apenas o pedido deduzido pela secretaria (art. 14, § 1º, Lei nº 9.099/95)[37], mas não a sentença ou qualquer outro ato judicial. É dizer: é preciso que o cidadão comum seja capaz de entender o que está pedindo, mas não o que está recebendo.

Em grande medida, a tensão entre participação pública e insulamento judicial reflete-se na discussão sobre publicidade dos julgamentos com o uso de mecanismos de radiodifusão. Este debate, que considera todos os pontos de vista e se situa em um nível pré-legislativo da argumentação jurídica[38-39], será objeto de atenção no próximo tópico. O

---

[35] McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis", ob. cit., p. 1840, nota de rodapé n. 14. Outra pesquisa, com resultados semelhantes, é citada por GIBSON, James L. e CALDEIRA, Gregory A. "Knowing the Supreme Court? A Reconsideration of Public Ignorance of the High Court", ob. cit., p. 429. Os autores narram que 77% dos entrevistados foram capazes de identificar ao menos dois dos sete anões da Branca de Neve, mas apenas 24% foram capazes de dar os nomes de dois membros da Suprema Corte. Os autores, todavia, criticam a metodologia empregada na pesquisa, e sugerem que as pessoas comuns sabem mais sobre os tribunais do que normalmente supõem os cientistas políticos. O tema será retomado nos capítulos 7 e 8.

[36] McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis", ob. cit., p. 1838.

[37] Lei nº 9.099/95: "Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes; II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III - o objeto e seu valor".

[38] ATIENZA, Manual. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, ob. cit., p. 18: "Em princípio pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da *produção ou estabelecimento* de normas jurídicas. (...) Enquanto na fase pré-legislativa se pode considerar que os argumentos têm, em geral, um caráter mais político e moral que jurídico, na fase legislativa os papéis se invertem, passando para o primeiro plano as questões de tipo 'técnico-jurídico'".

tópico final deste capítulo desenvolve um plano de enfrentamento das objeções ao televisionamento de cortes, que justifica a abordagem a ser desenvolvida nos demais capítulos que compõem a tese.

1.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS CÂMERAS

1.2.1. A proteção contra a arbitrariedade judicial

A primeira razão para a natureza pública nos julgamentos está na proteção das partes em geral, e dos acusados, em particular, contra o risco de arbitrariedade judicial. A prática de julgamentos secretos, combinados com a tortura, era comum na Europa continental antes das revoluções liberais[40]. Na Inglaterra, a experiência da *star chamber*, deliberadamente empregada para perseguir adversários do poder monárquico, deflagrou a criação dos mecanismos que hoje caracterizam o *due process of law* (devido processo legal) no direito inglês[41]. Nos Estados Unidos, a sexta emenda assegura a publicidade dos julgamentos como direito dos acusados em processos criminais[42], sendo certo que a Suprema Corte reconheceu o direito de acesso aos tribunais com fundamento na primeira emenda[43]. Assim, sob a perspectiva histórica, a publicidade processual está ligada, de maneira mais direta, à proteção dos indivíduos contra os riscos de abuso estatal.

---

[39] LAMBERT, Paul. *Television courtroom broadcasting*. Bristol: Intellect, 2012, p. 111: "Os argumentos básicos sobre o uso de cameras em tribunais permanecem largamente os mesmos desde 1865 (Stewart 1998: 9)".

[40] O modelo processual romano-germânico admitia o processo secreto e o juízo das ordálias. Na Inglaterra, todavia, o julgamento público é uma tradição de tempos imemoriais. Cf. "Legal History: Origins of the Public Trial". *Indiana Law Journal,* v. 35, 2, 1960, pp. 252-253. GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., p. 41.

[41] POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic W. *The history of English law before the time of Edward I*. 2a. Ed., v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, pp. 563-565. GOLDFARB, Ronald. *TV or not TV*, ob. cit., pp. 42-46.

[42] Constituição dos EUA, 6ª. Emenda (1791): "Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado".

[43] Este ponto foi reconhecido pela Suprema Corte no julgamento *Richmond Newspapers Inc. v. Virginia*: "Julgamentos abertos têm um papel fundamento na promover os esforços do sistema judicial para assegurar que os réus em casos criminais tenham um julgamento justo e acurado" (J. Brennan, *concurring*). 448 U.S. 555 (1980).

A ideia que subjaz à publicidade processual consiste em que a realização de julgamentos em locais acessíveis ao público tem o condão de evitar que os membros do Poder Judiciário sejam parciais ou arbitrários, eis que sujeita os juízes e participantes do processo ao escrutínio popular[44]. Há razoável consenso que julgamentos secretos têm altíssimo potencial para a injustiça[45]. O julgamento público surge, portanto, como uma relevante garantia individual e coletiva: a um só tempo, protege os interesses das partes no processo e da coletividade. Obviamente, para que a garantia seja eficaz, o público deve ter acesso tanto ao local de julgamento quanto aos atos e fatos processuais nele praticados.

Contudo, a natureza pública do processo fica prejudicada pelas dificuldades atualmente existentes para acesso às sessões de julgamento e aos autos físicos do processo. A informatização tem um papel relevante a desempenhar na redução desses custos. Por seu turno, o televisionamento de julgamento apresenta-se como uma boa ideia por diversas razões. Primeiro, nas sociedades contemporâneas, os indivíduos não têm tempo disponível para ir às cortes e acompanhar os debates e deliberações que lá ocorrem[46]. Como é sabido, os tribunais normalmente operam em dias úteis e em horário comercial. Alguns debates podem tomar horas, às vezes dias. Para os membros da classe trabalhadora – ou seja, a grande maioria da sociedade –, parece ser virtualmente impossível assistir ao governo em ação em tais condições.

Segundo, mesmo que as pessoas consigam contornar os problemas relatados e encontrar tempo para comparecer aos tribunais, há outra barreira. O espaço destinado à presença do público em tribunais, em especial nas cortes de cúpula, é bastante limitado[47]. A situação revela-se dramática no julgamento de casos socialmente relevantes.

---

[44] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, ob. cit., p. 556.

[45] Os julgamentos secretos realizados no âmbito da luta contra o terror, nos Estados Unidos, foram objeto de profundas críticas acadêmicas e decisões judiciais. V. COLE, David. "Secret trials". *Human Rights* n. 28, 2001, pp. 8-9. SILKENAT, James. R. e SHULMAN, Mark R. "The imperial consequences of 09/11 – Lawyers react to the global war on terrorism", vol. 1, Prager Security International – Westport, Connecticut, 2007, pp. 20-21.

[46] TUMA, Clara. "Open courts: how cameras in courts help keep the sy-stem honest". *Clev. St. L. Rev.* v. 49, 2001, p. 420.

[47] De acordo com PICCUS, Todd ("Demystifying the Least Understood Branch", ob. cit., p. 1090), citando Gregory E. Maggs, um ex-assessor da Suprema Corte, há apenas 300 lugares disponíveis na Suprema Corte, mas a maioria deles é reservada para os convidados dos juízes, advogados e membros da imprensa especializada. McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis", ob. cit., p. 1862, nota de rodapé n. 148, citando o *Visitor's Guide to the United*

Nos Estados Unidos, cuja Suprema Corte desperta interesse mundial, assistir aos debates é uma missão muito difícil e penosa. Lisa T. McElroy afirma que *"[a]mericanos visitando a Suprema Corte (...) têm que ficar na fila durante toda a noite no frio para ver o governo em ação"* [48]. Os governos teriam que realizar mudanças físicas de grandes proporções para arrumar espaço para todas as pessoas interessadas em assistir aos seus procedimentos.

Terceiro, a cobertura televisiva tem vantagens sobre outros tipos de publicidade, como o rádio ou as opiniões publicadas. A televisão oferece *vivacidade*. Como Sonja West registra, "*uma coisa é ler ou ouvir algo sobre a matéria. Outra coisa é experimentar a matéria vendo ou ouvindo enquanto ela se desenrola*" [49]. Daniel Stepniak argumenta que "*ao invés de distorcer a função dos tribunais para determinar a verdade, o televisionamento oferece ao público a habilidade de usar os mesmos sentidos que as Cortes usam, e avaliar por si próprios se a justiça é realmente cega*" [50]. Essa é uma distinção essencial entre os modelos informativos editados – como ocorre com a mídia tradicional – e o televisionamento direto das sessões, sobre o qual se falará adiante.

De acordo com o relatório do Comitê do Estado de Nova York para a revisão da cobertura audiovisual nos tribunais locais, os advogados que foram submetidos a julgamentos televisionamentos relataram uma diminuição nas decisões que percebiam como arbitrárias[51]. Sendo assim, não há dúvidas que a transmissão de julgamentos contribui com o objetivo de reduzir os riscos de arbitrariedade judicial.

States Supreme Court, afirma que, pelo menos, 50 lugares são disponibilizados para os visitantes (menos de 20%, portanto). Na Suprema Corte do Canadá, de acordo com Micheline Allam (Registry Officer of the Court, e-mail em arquivo com o autor), a galeria pública comporta 70 pessoas. No Supremo Tribunal Federal há espaço para 200 pessoas.

[48] McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis", ob. cit., pp. 1862. É possível pensar em realizar uma análise custo-benefício aqui. De um lado ficam os custos de manutenção do canal de televisão e, de outro, os custos de expansão física das áreas destinadas aos visitantes nos tribunais. Para registro, os custos de manutenção da TV Justiça foram de aproxidamente R$ 15 milhões por ano até 2014. A nova licitação para o ano de 2015 estimou os custos em R$ 25 milhões por ano. Portal da Imprensa, "Mudança de gestão na TV Justiça deve subir custos do canal em R$ 10 milhões por ano", 12 mai. 2014, disponível em: http://bit.ly/1uVfhBx.

[49] WEST, Sonja. "The Monster in the Courtroom, *Brigham Young University Law Review* n. 6, 2012, p. 1967.

[50] STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts: a comparative analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 394.

[51] *An open courtroom: cameras in New York Courts*, New York State Committee to Review Audio-Visual Coverage of Court Proceedings, 1997, pp. 64-65. O estudo será discutido em detalhes no capítulo 2.

1.2.2. A legitimação da função jurisdicional

A segunda razão para a publicidade dos julgamentos está relacionada à legitimidade para o exercício das funções governamentais. O exercício legítimo de poder em Estados democráticos requer algum grau de aquiescência dos governados[52]. Para que a democracia funcione, é preciso que os cidadãos tenham informações sobre o que ocorre dentro das instituições de governo, é o que Norberto Bobbio denomina *poder visível*[53]. Assim, se a percepção pública é que o Congresso Nacional ou a administração pública funcionam mal, cabe aos eleitores escolher novos parlamentares e gestores públicos com propostas de modificação do sistema. A disponibilidade de informação acurada é essencial para que esse julgamento político possa ser adequadamente efetuado pelos cidadãos comuns. A lógica vale também para o Judiciário[54]. Por um lado, a percepção de que a justiça funciona bem é fundamental para manter a confiança no sistema, do qual depende a observância das decisões judiciais[55]. De outro lado, a abertura do judiciário é importante para fomentar no público o desejo de reformas[56]. Se a sociedade percebe como insuficiente, por exemplo, a punição fixada em lei para a violência doméstica, para o racismo, homofobia, etc., é normal que esse sentimento motive modificações no sistema legislativo pertinente.

---

[52] Sobre democracia e legitimidade da função jurisdicional, V. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo* – A Questão Fundamental da Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

[53] BOBBIO, Norberto. *Democrazia e segreto*. Torino: Einaudi, 2011, pp. 13 e ss.. É também famosa a passagem do autor segundo o qual "a democracia é o governo do Poder Público em público". BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 86.

[54] Embora o princípio da separação de poderes seja cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4°, inciso III, da CF88, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que a imutabilidade se restringe ao seu núcleo essencial (v. STF, ADI n° 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 17 mar. 2006). Isso significa que o modelo *atual* não é imodificável.

[55] HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System", *Arizona Law Review* n. 35, 1993, p. 790: "Ademais, a aparência da justiça irá afetar a percepção pública sobre a legitimidade do sistema. Um sistema consistentemente considerado injusto irá eventualmente perder a aliança dos cidadãos. Se o povo perceber as cortes como tomadores de decisões menos que justos, a força moral de que as cortes dependem para assegurar observância às suas decisões diminui".

[56] HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System", ob. cit., p. 791: "Isto é, se as pessoas pensam que o sistema de justiça criminal funciona bem e corretamente, mas isso não ocorre, elas podem falhar em reconhecer a necessidade crítica para mudanças ou reformas importantes".

Há, ainda, outras razões para a abertura no Poder Judiciário. Ao desempenharem suas funções ordinárias, os órgãos judiciais exercem parcela do poder político estatal. O magistrado pode determinar o uso da força pública para que seja observada a solução jurídica fixada em sua sentença. É essencial que esse poder não seja empregado de modo abusivo. Ademais, consoante destaca Valéria Caldi Magalhães, o regime jurídico dos magistrados torna muito mais dificultosa a responsabilização por eventuais desvios, o que deveria servir de argumento de reforço ao dever de publicidade[57] (*i.e.*, transparência em troca de proteção institucional). Uma terceira razão diz respeito aos custos econômicos. No ano de 2014, por exemplo, o Poder Judiciário brasileiro custou ao contribuinte 74 bilhões de reais[58]. Como tais despesas são arcadas com o dinheiro dos impostos e taxas pagos pela sociedade, a publicidade em geral, e o televisionamento em particular, pode ser considerada uma fiscalização quanto ao uso apropriado deste montante monumental de dinheiro pelos juízes[59].

A necessidade de legitimação cresce, ainda, com a ascensão institucional do Poder Judiciário, ocorrida nos últimos anos[60]. Além de decidir questões morais complexas a partir do texto constitucional, os juízes não têm se furtado a intervir no campo das políticas públicas, fenômeno que tem sido designado de "judicialização da política e das relações sociais" [61]. Ora, um poder que interfere de modo mais intenso nas outras funções estatais e emprega a burocracia para transformar a sociedade tem um dever maior de buscar legitimação[62]. Em síntese, o conhecimento sobre as instituições públicas é, em si, um

---

[57] MAGALHÃES, Valéria Caldi. "Segredo de justiça: a publicidade dos atos processuais e a proteção do direito à intimidade". *Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2006, p. 25.

[58] BRASIL. *Relatório anual do Conselho Nacional de Justiça*, 2014, p. 37, disponível em http://bit.ly/1Noi1AY.

[59] O televisionamento permite aos jurisdicionados conhecer, por exemplo, a assiduidade dos juízes de uma determinada Corte, como eles se comportam no trato com o jurisdicionado e advogados presentes às sessões, se eles apenas leem os votos prontos ou se participam de debates, enfim, amplia sobremaneira o controle social sobre os juízes.

[60] V. BARROSO, Luís Roberto. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". *Revista de Direito do Estado*, v. 21, 2011, pp. 82-122. VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". *Revista de Direito do Estado nº. 12*, 2008, pp. 55-75. CITTADINO, Gisele. "Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia". *ALCEU Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RJ*, v. 5, nº. 9, 2004, p. 105: "A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas.

[61] VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Resende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Para uma abordagem global, v. TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

[62] HABERMAS, Jurgen. *Legitimation crisis*. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975, p. 91: "(...) a expansão da atividade estatal produz o efeito colateral de um aumento desproporcional na

mecanismo de autogoverno social. Isso significa levar aos cidadãos informações a respeito do que está ocorrendo nos tribunais, e bem como fornecê-los os meios para que verdadeiramente sejam capazes de entender o tipo de serviço que o Judiciário fornece à sociedade. Mais transparência tem sido demandada dos tribunais como forma de torná-los mais democráticos e responsáveis por seus atos[63].

1.2.3. A educação (jurídica) do público

Outro argumento favorável à radiodifusão de julgamentos consiste na ***educação do público*** a respeito de seus direitos e deveres jurídicos[64]. Segundo Stephen Gilles, citado por Ronald Goldfarb, julgamentos televisionados são como "*classes de aula cívicas (...) cada veredito tem um valor educacional além do impacto nos litigantes (...) reforçando as normas sociais*"[65]. Não há dúvidas que julgamentos realizados em público e com transmissão têm esse *potencial* educativo. Casos recentes apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, como a marcha da maconha[66], união homoafetiva[67] e o estado de coisas inconstitucional nos presídios[68], alertaram a população para valores relevantes do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a liberdade de expressão, a tolerância com a diversidade, a repressão à corrupção e a dignidade da pessoa humana.

A televisão pode ser um meio importante de fornecer às pessoas em posição socialmente desprivilegiada acesso ao Direito. No Brasil e em países em desenvolvimento, a ignorância sobre o conteúdo da ordem jurídica tem sido um fator

---

necessidade de legitimação. Eu considero um aumento desproporcionado provável, não somente porque a expansão dos assuntos tratados administrativamente faz necessária lealdade em massa para as novas funções da atividade estatal, mas por causa dos limites do sistema político vis-à-vis a mudança de sistema cultural, como resultado dessa expansão".

[63] McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis", ob. cit., pp. 1870-71.

[64] BRAVERMAN, Nathan; ALVES, Krystal; BARON, Jean; GROTON, Thomas; LEASURE, Diane; PLITT JR., Emory, *Report of the Committee to study extended media coverage of criminal trial proceedings in Maryland*, mimeo, 2008, p. 22: "O argumento mais significativo apresentado em defesa da transmissão de julgamentos é o de que ela tem o potencial para educar o público e restaurar a confiança em nosso sistema jurídico".

[65] *apud* GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., p. xxi.

[66] STF, ADPF n° 187, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*e 29 mai. 2014.

[67] STF, ADI n° 4.277 e ADPF n° 132, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*e 14 out. 2011.

[68] STF, ADPF-MC n° 347, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9 set. 2015.

impeditivo ao acesso à justiça. O ciclo é vicioso: quando menos educação formal as pessoas têm, menos elas buscam a jurisdição para resolver seus problemas. Esse ponto foi destacado no clássico trabalho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao abordarem a denominada "aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação em sua defesa"[69] como um problema de acesso à justiça. Registram os autores: "Essa barreira [reconhecimento de um direito exigível] é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos"[70]. Quando os juízes estão imediatamente acessíveis, há o potencial para que se diminua esse fosso que separa o ordenamento jurídico formal e a realidade das pessoas[71].

A transmissão de julgamentos reais tem, ainda, o poder de corrigir distorções causadas por filmes, novelas e séries de televisão a respeito do funcionamento do Poder Judiciário[72]. A ficção normalmente não observa, de modo rígido, as regras jurídicas

---

[69] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, ob. cit., pp. 22-5. No mesmo sentido, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 57-58. Contudo, v. GOMES, Andrea Lacerda. LUIZ, Simone Oliveira Dorneles. ALBUQUERQUE, Núbia Ramos. "Democratização da justiça e acesso aos juizados especiais". *Dat@ venia*, v. 0, n. 1, 2008, pp. 75-87: as autoras do estudo empírico, realizado no Juizado Especial Misto de Campina Grande, no Estado da Paraíba, verificaram que a maior parte da clientela do juízo cível é composta por pessoas de baixa escolaridade e renda. Contudo, é possível que os resultados tenham sido prejudicados em razão do tamanho da amostra (apenas 40 litigantes). Deste total, 55% revelou ter apenas o ensino fundamental e 59% ganhavam até 3 salários-mínimos.

[70] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, ob. cit., pp. 22-3.

[71] Esse ponto também foi desenvolvido por BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327. A autora identifica dois obstáculos físicos ao Judiciário: o *custo* e a *desinformação*. A Constituição de 1988 teria enfrentado o problema dos custos com a criação das defensorias públicas e dos juizados especiais. O problema da desinformação, segundo a autora, é muito mais complexo. Ela sugere a universalização do ensino fundamental, a inclusão de disciplinas jurídicas nos currículos básicos e a realização de campanhas de conscientização pelos órgãos públicos como remédios (p. 332). O citado projeto da ABA, nos Estados Unidos, envolveu a distribuição de kits ao público, cf. BARNES, Clifton. "Least Understood Branch – ABA Project Aims to Inform Public About Judicial System", ob. cit., p. 15.

[72] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 55. KOHM, Steven Arthur. "I'm not a judge but I play one on TV: American reality-based courtroom television". *Tese de doutorado* (Simon Fraser University), 2004. HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System", ob. cit., p. 786: "A *aparência da justiça*, acurada ou não, pode ser mais importante que a própria justiça. Essa ideia é especialmente significativa hoje, quando a cultura popular virtualmente criou a imagem que as pessoas têm da justiça criminal. Porque poucas pessoas têm experiência direta com o sistema, um enorme número de cidadãos obtém seu conhecimento sobre as cortes e os crimes pela mídia. Essa informação vem pela televisão sob a forma de notícias, programas de entretenimento orientados à temática criminal, e o assim chamado '*infotainment*'". Elayne Rapping afirma que os dramas criminais têm importante papel ritualístico: todas as noites somos expostos ao caos que a violência simboliza, e a prisão do culpado, seguida de realização da justiça, reafirmaria a fé da sociedade no sistema (*apud*

reais, criando no público falsas impressões sobre a justiça. No caso brasileiro, isso é ainda mais relevante, eis que a maioria das séries envolvendo tribunais *são importadas* dos Estados Unidos, que possui um sistema jurídico completamente diferente daquele adotado no Brasil. Porém, e de modo ainda mais relevante, o conhecimento real sobre o judiciário pode desfazer preconceitos. Cohn e Dow afirmam, por exemplo, que as vítimas de crimes nos programas televisivos ficcionais apresentados no horário nobre são desproporcionalmente brancas[73].

Além disso, a televisão alcança um público diferente quando comparada com outros meios de comunicação de massa. Opiniões publicadas em jornais e revistas, oficiais ou não, têm impacto apenas limitado sobre o grande público. Se os indivíduos têm que pagar assinaturas (de jornais ou revistas) para ter acesso às decisões significativas das cortes, este é um modo óbvio de excluir um contingente relevante de pessoas desta esfera da democracia. A televisão ajuda a remediar limitações econômicas, dando à cidadania uma oportunidade de ver o governo em ação incorrendo em custos significativamente menores do que aqueles impostos pelos meios tradicionais de divulgação dos casos julgados.

Embora os estudos empíricos tenham demonstrado pouca eficácia da transmissão de julgamentos para a educação da população, tema que será abordado no capítulo 3, nenhum deles considerou o uso de um canal dedicado exclusivamente às atividades judiciárias e tampouco a sua associação com comentadores ou programas educacionais. Por outro lado, não se pode perder de vista que a transformação do potencial em realidade depende também da atitude dos espectadores. Após assistir ao debate oral e à leitura dos votos na televisão, espera-se que os cidadãos comuns busquem mais informações sobre o tema jurídico debatido. Como registrado acima, dificilmente o linguajar adotado por tribunais é imediatamente acessível ao público leigo, o que, sem dúvida, reduz a efetividade do televisionamento como meio educacional. A mídia especializada exerce um importante papel na intermediação entre tribunais e cidadãos. Contudo, os riscos de uma compreensão deficiente sobre o julgamento podem ser minimizados com o uso de outros mecanismos,

---

SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word: media coverage of the Supreme Court of Canada*. Vancouver: UBC Press, 2006, p. 18).

[73] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 55. Segundo os autores, 43% das vítimas de crimes são negros, sendo que este percentual não é reproduzido, nem de forma aproximada, nas séries de TV. Outro problema, segundo os autores, é demonstrar a polícia violando direitos dos investigados em geral de maneira absolutamente impune.

como a programação educativa sendo transmitida conjuntamente com as reuniões do tribunal, se houver um canal público disponível para essa finalidade.

1.2.4. Os efeitos preventivos

Um último argumento empregado em defesa da publicidade ampla de julgamentos ***consiste nos seus supostos efeitos preventivos***[74]. Como se sabe, uma das razões para a existência do sistema jurídico é a prevenção de comportamentos nocivos à coletividade[75]. A eficácia com a qual o sistema jurídico opera na realização deste objetivo depende de um conjunto de decisões legislativas e executivas, que contemplam, ao menos, quatro dimensões: o sistema de responsabilidade adotado (objetiva ou subjetiva), o tipo de sanção (monetária ou à liberdade), a magnitude da sanção e o aparato de aplicação da legislação, que tem relação direta com a probabilidade de detecção do ilícito[76].

A lição tradicional na análise econômica do direito consiste em afirmar que o efeito preventivo da legislação é uma função da *magnitude da sanção* e da *probabilidade de detecção* correspondente. Consoante a lição clássica de Gary Becker[77], como a probabilidade de detecção envolve custos diretos para a coletividade – como a contratação de policiais e agentes administrativos –, ao passo que a magnitude da sanção não produz despesas[78], seria racional aumentar ao máximo a magnitude e reduzir ao mínimo a detecção. Essa combinação seria capaz de gerar um nível ótimo de efeito preventivo e, portanto, de redução de comportamentos indesejados. A aplicação da tese de Gary Becker

---

[74] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 60. BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom: a free press – fair trial debate*. Norwood: Ablex Publishing, 1987, pp. 96-97.

[75] REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 332-333. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª. Ed. São Paulo: Atlas, pp. 55-57. RAZ, Joseph. *The authority of the law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 169-172.

[76] SHAVELL, Steve. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, pp. 271-272. POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 4a. Ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 90. SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino. "Análise econômica do crime". In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2a. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 296-317.

[77] V. BECKER, Gary. *The economic approach to human behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1976.

[78] Em se tratando de pena de *encarceramento*, a premissa precisa ser modificada, já que, como é óbvio, a prisão traz custos econômicos elevadíssimos para a coletividade. SHAVELL, Steve. *Foundations of economic analysis of law*, ob. cit., p. 492.

pressupõe, ainda, a verificação de duas condições empíricas, a saber: (i) os indivíduos devem se guiar por certo padrão de racionalidade, consistente na maximização de utilidade, e (ii) a existência de informação disseminada sobre as sanções existentes, suas magnitudes e riscos de detecção. O indivíduo racional da análise econômica efetuará cálculos do tipo custo-benefício antes de iniciar certa atividade, seja ela lícita ou ilícita. Para que essa apreciação seja possível, as probabilidades envolvidas devem ser conhecidas.

O ser humano real certamente não é o denominado *homo economicus* de Becker e dos economistas neoclássicos[79]. Ele não detém a totalidade das informações disponíveis, sua capacidade de processamento é limitada e, muitas vezes, não opta pelo tipo de conduta racional utilitarista. A despeito disso, há uma importante intuição implícita na racionalidade econômica: *a percepção do público sobre o risco da punição em decorrência de um comportamento ilícito é decisiva para o efeito preventivo da lei*, como demonstram estudos recentes[80]. Nesse sentido, o estímulo à publicidade e, em especial, o uso da radiodifusão, é computado nessa propagação da informação. As pessoas naturalmente tenderão a cometer menos atos ilícitos ao ver os tribunais agindo na sua coibição. Como Cohn e Dow afirmam: "*quando as pessoas veem com os próprios olhos que o culpado foi trazido à justiça, isso tem efeitos terapêuticos, prevenindo o exercício do vigilantismo*"[81].

---

[79] SIMON, Herbert A. "A behavioral model of rational choice". *Quarterly journal of economics* v. 69, n. 1, fev 1955, p. 99: "A teoria econômica tradicional postula um 'homem econômico', o qual, no curso de ser 'econômico' é também 'racional'. Assume-se que este homem tenha conhecimento dos aspectos ambientais relevantes, o qual, se não absolutamente completo, é pelo menos, de modo impressivo, claro e volumoso. Assume-se que ele tenha um sistema bem-organizado e estável de preferências, e uma habilidade de raciocínio que o permita calcular, entre todas as alternativas disponíveis a ele, aquela que o permitirá alcançar o maior ponto possível em sua escala da preferência. Os desenvolvimentos recentes em economia, em particular na teoria da empresa, têm lançado dúvidas se este modelo esquematizado de homem econômico é uma fundação adequada para se erigir uma teoria (...). Colocado de modo amplo, a tarefa é substituir a racionalidade global do homem econômico por um tipo de comportamento racional que seja compatível com o acesso à informação e a habilidade de raciocínio que são de fato possuídas pelos organismos, incluindo o homem, nos tipos de ambientes que estes organismos existem". É do autor a expressão *bounded rationality* (traduzida, aqui, por racionalidade limitada), tanto empregada nos estudos comportamentais.

[80] JOLLS, Christine, "On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors". In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon l. (eds.), *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University press, 2005, p. 276: "Como descrito anteriormente, a percepção de atores limitados racionalmente (*boundedly rational*, v. nota de rodapé anterior) sobre probabilidades de eventos incertos são fortemente influenciadas pela disponibilidade do evento em questão, ou sobre quão instantaneamente outros exemplos do mesmo evento vêm à mente dos autores".

[81] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 60.

1.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS CÂMERAS NOS TRIBUNAIS

1.3.1. Os efeitos adversos desconhecidos

O primeiro conjunto de razões contra as câmeras em tribunais está relacionado aos *efeitos adversos desconhecidos* que elas podem causar sobre os participantes do processo judicial. O argumento assim se desenrola: câmeras afetam o comportamento das pessoas, não importa se estão dentro de uma empresa, um show de televisão ou um prédio do Poder Judiciário. Há estudos científicos indicando que o simples fato de ser observado por terceiros afeta o comportamento individual. É o que se chama, nas ciências sociais, de *efeito Hawthorne* ou, nas ciências duras, de *efeito do observador*[82].

No fundo, o argumento é que a introdução das câmeras em um ambiente judicial poderia afetar adversamente juízes, advogados, testemunhas, jurados e partes, de diversas maneiras e graus, trazendo um risco desproporcional às garantias de um processo justo. Por exemplo, após haver presenciado um dos julgamentos mais importantes da história – o de Adolf Eichmann – Hannah Arendt fez uma dura avaliação do evento, que fora altamente publicizado: "A Justiça não admite coisas desse tipo; ela exige isolamento, admite mais a tristeza do que a raiva, e pede a mais cautelosa abstinência diante de toso os prazeres de estar sob a luz dos refletores"[83]. Argumenta-se que, por força das câmeras, os juízes poderiam sentir-se impelidos a atuar com maior preocupação na sua reputação pública do que na aplicação do Direito, causando o consequentemente enfraquecimento das garantias individuais[84].

---

[82] O efeito Hawthorne (the Hawthorne effect, no original) consiste na modificação comportamental que os participantes de um experimento sofrem quando têm consciência de que fazem parte dele. HARRIS, John; WHITE, Vicky. *A Dictionary of Social Work and Social Care*, obra eletrônica, 2013: "A origem do termo foi Hawthorne, um subúrbio de Chicago onde a Western Eletric Company tinha uma fábrica que foi um local de pesquisa, nos anos 1920, sobre os efeitos na produtividade de variações nas condições de trabalho, como a mudança de iluminação, as horas de trabalho, ou o valor do pagamento. A despeito das mudanças realizadas, e de quando eram revertidas, a produtividade aumentou. Os pesquisadores concluíram que a atenção dada por eles aos trabalhadores teve o efeito de incrementar a moral e a produtividade". A ideia de um efeito do observador é mais comum na física, devido aos trabalhos de Werner Heisenberg, segundo o qual a mera observação teria o condão de alterar o estado de um sistema.

[83] ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. 10ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 16.

[84] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A justiça no Limiar de Novo Século". *Temas de Direito Processual - Quinta Série*. São Paulo: Saraiva: 1994, p. 158: "(...) No caráter secreto da deliberação costuma enxergar-se uma proteção dos juízes contra pressões exteriores: sem ela, com maior facilidade os induziriam a tomar esta ou aquela posição – eventualmente diversa da que lhes

Quanto aos demais participantes do processo, outros riscos são apontados. Testemunhas poderiam deixar de comparecer aos julgamentos, com medo de sofrer com a represálias de terceiros, ou por pressão de familiares, vizinhos e amigos. Jurados poderiam ficar mais inclinados a condenar (ou absolver) determinado réu, em razão do maior conhecimento e pressão do mesmo público sobre eles, eis que passariam a ser reconhecidos nas ruas[85]. Além disso, as câmeras poderiam se tornar um fator de distração dentre das salas de julgamento, prejudicando a concentração, em especial, dos jurados, encarregados de formar convicção sobre os fatos em disputa. Em último grau, indivíduos poderiam sentir-se desestimulados a ajuizar demandas em razão da publicidade do foro[86]. Em suma, o televisionamento teria por consequência afastar eventuais colaboradores que, por pressão do meio social ou por razões psicológicas individuais, não queria ser objeto da publicidade gerada por esse meio de comunicação. Como se pode intuir, este risco é mais saliente no âmbito do processo penal, mas afeta outras áreas do Direito, como processos coletivos consumeristas, demandas envolvendo pessoas famosas, etc.

Outro potencial efeito adverso do televisionamento consiste na priorização dos casos rumorosos pelos tribunais, que poderiam deixar de lado as ações comuns e menos relevantes sob a perspectiva coletiva. A televisão produziria, assim, uma deturpação na formação da agenda do tribunal, em desfavor de pessoas que não sejam famosas ou que sejam parte em casos simples. Ainda no âmbito dos julgamentos colegiados, tem sido apontado um potencial "efeito silenciador", que prejudicaria a realização de um debate franco e desinibido[87], e certa dificuldade para que os julgadores revejam suas próprias

---

sugerisse a convicção racional- sentimentos como temor de uma vingança, o desejo de não desagradar um amigo, uma autoridade administrativa, a um magistrado de hierarquia superior, a um partido político. (...) Votando em público, o juiz pode sem dúvida ver-se tentado a 'jogar para a platéia' , a preocupar-se em excesso com a repercussão do voto junto aos assistentes – e, para além deles, junto à opinião pública, ou àquilo que passe por ser a opinião pública no dizer dos meios de comunicação social".

[85] A pressão da mídia externa já foi objeto de estudo empírico, que conclui pela improbabilidade de que ela tenha efeito sobre os vereditos proferidos pelos júris. V. GREEN, Edith. *Law and human behavior* v. 14, n. 5, 1990, pp. 439-450.

[86] Há indícios de que isto é verdade quanto aos julgamentos de crimes de estupro. V. SWIM, Janet; BORGIDA, Eugene. "Public opinion on the psychological and legal aspects of televising rape trials". *Journal of Applied Social Psychology* v. 17, n. 5, 1987, p. 515: "(…) os resultados descritivos indicam que se as mulheres souberem que outros julgamentos de estupro foram televisionados, elas se sentiriam menos impelidas a relatar a ocorrência de um estupro".

[87] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias". *Os constitucionalistas*, 31 out. 2012, disponível em: http://bit.ly/1Q7Hlzb:

posições, uma vez que eles as tenham declarados em público. A acusação contra o televisionamento é promover indevido desvio de foco, enfraquecendo as *condições institucionais* asseguradoras de um processo justo[88].

O uso dos julgamentos como meio educacional foi duramente criticado pelo *Justice* Warren, no julgamento de *Estes v. Texas*, caso discutido no próximo capítulo. Na opinião do juiz, não é função do processo penal educar o público sobre algo. O uso do processo com essa finalidade causaria suspeita na integridade do processo de julgamento[89]. O juiz faz referência aos julgamentos públicos realizados na antiga União Soviética e em Cuba para lançar dúvidas sobre o uso deles para funções que transcendem o próprio interesse das partes[90]. Outra crítica óbvia consiste em que a eventual falha das instituições judiciais em condenar alguém que é socialmente percebido como culpado poderá ter efeitos prejudiciais ao sistema: gerar grande insatisfação com a justiça pública e, por consequência, desestimular o cumprimento da lei e fomentar o vigilantismo[91].

O impacto comportamental decorrente do televisionamento de tribunais é algo além de qualquer dúvida e/ou discussão[92]. Afirmar que os estudos psicológicos e de opinião realizados até hoje não apontam quaisquer efeitos adversos seria, simplesmente, falso, como será discutido no capítulo 3. A verdadeira questão é, como colocam Cohn e Dow, "*se as câmeras mudam o procedimento para pior*"[93], considerados seus efeitos negativos e positivos sobre a atividade jurisdicional. Esse ponto remanesce sem uma resposta definitiva até o momento.

---

[88] A cláusula do *devido processo legal* (*due process of law*) tem sido invocada na discussão relativa ao televisionamento de tribunais. Nas palavras da Suprema Corte dos Estados Unidos, as câmeras poderiam afetar a "ordem nos julgamentos", trazendo risco à "integridade do processo". A passagem é do julgamento de *Estes v. Texas*, comentado no capítulo 2.

[89] *Estes v. Texas*, 381 U.S. 575 (1965)

[90] *Estes v. Texas*, 381 U.S. 575-6 (1965)

[91] O ponto foi abordado por NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2002, p. 45, ao comentar as críticas feitas à rede de televisão dedicada à transmissão de julgamentos Court TV (tema do capítulo 2): "Outra desvantagem, de acordo com alguns, é que a Court TV é creditada por incrementar o descrédito do público no sistema. Essa visão negativa ocorre porque, como o público vê o julgamento, ele pode alcançar suas próprias conclusões, as quais podem ser diferentes das do júri. Membros do público podem então acreditar que fariam um trabalho mais efetivo que o júri. A confiança do público no júri e no sistema de justiça criminal diminui".

[92] *An open courtroom*, ob. cit., p. 79; STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit., pp. 403-406.

[93] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 62.

1.3.2. A transformação da justiça em entretenimento

Outro conjunto de razões contrário ao televisionamento de tribunais diz respeito ao relacionamento entre o Poder Judiciário e o público em geral. O argumento consiste, basicamente, em afirmar que a conversão dos tribunais em um "*reality show*" diminuiria a sua dignidade. Como afirma Fragale Filho, "*o risco é a transformação deles* [do público] *em algum tipo de 'voyeur' judicial aguardando um rompante que transformaria a deliberação em um espetáculo valioso*"[94]. Daniel Stepniak pondera que "*a crença que o respeito e a confiança no Judiciário é promovida e protegida pela manutenção da mística e desapego judicial tem fornecido a razão para que seja negado o acesso da mídia eletrônica aos procedimentos, até mesmo quando os interesses de partes e participantes não pode ser afetado adversamente*"[95].

O ponto amplo da discussão consiste em saber se as câmeras, de fato, transformariam os processos judiciais em entretenimento popular e, em caso positivo, como essa consequência impactaria no cumprimento e respeito ao Direito. É intuitivo que, quanto mais os juízes e tribunais façam parte da vida cotidiana dos cidadãos, mais eles serão objeto de debate público e, eventualmente, de zombaria, desencantamento e rancor[96]. Inobstante isso, em um sistema democrático as instituições públicas têm que lidar com a ampla crítica decorrente de suas ações, primeiro porque eles precisam convencer os cidadãos que exercem o poder de modo legítimo, e também porque os cidadãos possuem liberdades de expressão e pensamento. A redução da publicidade para evitar a crítica pública parece ser um argumento incompatível com as premissas básicas dos sistemas democráticos ocidentais.

---

[94] FRAGALE FILHO, Roberto. "Courts on Screen". In: MANOHARAN, Aroon; HOLZER, Marc (org.). *E-governance and civic engagement: factors and determinants of e-democracy*. Hershey: IGI Global, 2012, p. 115.

[95] STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts: a comparative analysis*, ob. cit., p. 1.

[96] Recentemente, no programa de norte-americano TV *Late Week Tonight*, os juízes da Suprema Corte foram retratados como se fossem cachorros (disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=fJ9prhPV2PI). A zombaria resultou precisamente da proibição de tirar fotos dentro da Corte. É duvidoso se a opacidade tem mesmo a capacidade de evitar esse tipo de resposta social.

É certo que o convívio intenso em ambientes colegiados, nos quais a discordância entre opiniões é parte cotidiana das atividades do grupo, tem o efeito de gerar fricções, desentendimentos e, em alguns casos extremos, hostilidade[97]. Por outro lado, se a ideia é fomentar a cordialidade nos debates que ocorrem nos tribunais, como condição para que sejam mais efetivos, a publicidade televisiva pode ter o propósito de contribuir para este propósito. Sob as câmeras, espera-se que os juízes tenham muito maior comedimento do que em ambientes fechados ou com publicidade reduzida. A audiência do público tem aquilo que Jon Elster denominou de "efeito civilizatório da hipocrisia"[98].

Uma forma moderada deste argumento afirma que, ao televisionar os julgamentos, o público pode ter um senso equivocado do que os juízes fazem, minando a confiança coletiva no Poder Judiciário. Esse foi o ponto suscitado por Scalia, citado na introdução desta tese. Sonja West, refletindo sobre declarações públicas feitas pelos juízes da Suprema Corte, afirma "[eles] *têm vocalizado preocupações que se as câmeras ingressarem no tribunal deles, a mídia irá reduzir matérias complicadas em pílulas de informação de trinta segundos que irá ofuscar as sutilezas dos casos e o contexto amplo em que as questões jurídicas emergem*"[99]. O público pode estar apenas interessado em assistir a pequenas partes das longas sessões de debates e, assim, compreender equivocadamente o trabalho dos juízes[100]. Como será visto no capítulo 3, há indícios de que o televisionamento mediante uso de redes comerciais não parece ser um veículo efetivo de informação sobre o sistema judicial.

No mais, o risco de mal-entendido afeta todas as funções governamentais, não apenas o Poder Judiciário. Novas leis, novos regulamentos administrativos, novas políticas públicas, tudo precisa ser explicado ao público porque ele é o destinatário do governo. Não há razão para o Judiciário se considerar diferente neste particular. Se a atividade judicial é mais complexa que as outras atividades governamentais, o

---

[97] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 12: "Mesmo em uma era de limitado contato face a face entre os juízes da Suprema Corte, o processo decisório requer considerável interação entre eles. Fricções são inevitáveis. O potencial para hostilidade mais séria sempre existe e algumas vezes vem à fruição".

[98] ELSTER, Jon. *Reason and rationality*. Trad. Steven Rendall. Princeton: Princeton University Press, p. 63.

[99] WEST, Sonja. "The monster in the courtroom", ob. cit., p. 1953.

[100] PICCUS, Todd. "Demystifying the Least Understood Branch", ob. cit., p. 1088: "Advogados anti-televisionamento frequentemente sugerem que o entendimento público e a apreciação pela integridade dos processos judiciais não avançam se o público é somente exposto a excertos editados e segmentados dos procedimentos do tribunal".

que se admite por hipótese, a consequência deveria ser um *maior ônus de clareza* a ser imposto aos magistrados. Sonja West corretamente afirma que "*objetar às câmeras baseado na alegada falta de sofisticação do público é, na melhor hipótese, elitismo, e, na pior, profundamente perturbador*" [101]. O raciocínio é circular: a justificativa para impedir o escrutínio público sobre as atividades judiciais se baseia na presunção de que o povo não irá compreendê-la, enquanto a opacidade contribui para a ignorância generalizada sobre essas próprias funções[102].

1.3.3. A proteção da intimidade

Um terceiro argumento empregado contra a radiodifusão de julgamentos é a proteção da intimidade das partes[103]. O direito à privacidade é, ao um só tempo, um argumento metajurídico e jurídico em oposição à publicidade dos julgamentos. Aliás, esta é uma das razões constitucionais para a restrição à publicidade dos atos processuais, conforme explicitamente previsto nos arts. 5º, LX e 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988[104]. O televisionamento teria o condão de transformar qualquer cidadão comum em objeto de conhecimento e debate públicos, sendo certo que esse efeito não é desejado por aquele que ingressa com uma demanda judicial[105].

---

[101] WEST, Sonja. "The monster in the courtroom", ob. cit., p. 1985.

[102] WEST, Sonja. "The monster in the courtroom", ob. cit., p. 1985: "O vídeo cria um risco de compreensão equivocada pelo público? As circunstâncias atuais [em que não há televisionamento] apresentam o mesmo perigo. Reportagens feitas sem imagens apresentam as mesmas limitações que impedem uma cobertura completamente abrangente. Então, por que tem havido tanta preocupação com o risco de incremento dos equívocos de compreensão do sistema judicial que o vídeo causaria?".

[103] BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom*, ob. cit., pp. 78-79. *An open courtroom*, ob. cit., pp. 43-44.

[104] CF88: "Art. 5º. (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...) Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;".

[105] Nesse sentido, v. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 70: "Aliás, toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas vêem-se submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de

Se houver consentimento dos envolvidos com o televisionamento, o argumento da proteção à intimidade se desfaz. Permitir que as partes se manifestem especificamente sobre a radiodifusão do julgamento é uma medida oportuna e que tem constado das recomendações para regulação do uso de câmeras em julgamentos. Em especial, solicitar que as partes apresentem suas razões de veto à transmissão gerará para elas um ônus de justificativa específica e, ao mesmo tempo, permitirá ao juiz efetuar o controle jurídico das mesmas. A opção pela via judicial inevitavelmente traz ônus para os demandantes, e um deles é o escrutínio público sobre assuntos que podem ser eminentemente privados. Por isso não se pode admitir que todos os processos tramitem em sigilo.

É importante observar que a proibição *tout court* do televisionamento não tem sido suficiente para resguardar a intimidade das pessoas nos casos de maior repercussão pública[106]. Isso porque a proibição ao televisionamento não é uma proibição à publicidade do julgamento. A ideia de que a imagem dos indivíduos envolvidos em processos públicos, de natureza criminal ou não, será poupada caso se proíba a presença de imprensa televisiva em julgamentos é, de modo geral, ilusória. Frequentemente a imprensa é capaz de obter as mesmas imagens por outras fontes.

No mais, a despeito de todos os riscos suscitados, o Supremo Tribunal Federal vem televisionando suas sessões desde 2002 sem maiores incidentes. A corte detém o poder editorial sobre a TV Justiça desde sua fundação, mas não há notícias de que tenha realizado edições dos programas transmitidos ao vivo. Como explicado anteriormente, analisar os dados empíricos é uma maneira atraente de avaliar a pertinência das críticas apresentadas neste tópico. Esta é uma agenda acadêmica importante, mas não pode ser inteiramente desenvolvida aqui. O objetivo do presente trabalho não é avaliar *se* todos os tribunais de um país devem ser televisionados, mas tratar especificamente do problema das cortes constitucionais e de suas relações com o público. O próximo tópico discute exatamente esta estratégia.

---

conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial".

[106] Veja-se o exemplo do caso de *Suzane von Richthofen*. Embora o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 11ª Câmara Criminal, tenha proibido a transmissão do julgamento, reformando decisão anterior proferida pelo Juízo de primeiro grau, isso não impediu que a vida da ré fosse devassada pela imprensa. V. TJSP, 5ª CCrim, Rel. Des. Damião Cogan, j. 22 jun. 2006.

1.4. UMA ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO

O televisionamento de julgamentos criminais tem sido objeto de intensas controvérsias públicas. No Brasil, a apreciação da Ação Penal n° 470, pelo Supremo Tribunal Federal, feita sob o escrutínio das câmeras, gerou intensas controvérsias sobre o papel da mídia nos processos criminais. Antônio Carlos de Almeida Castro, advogado de um dos réus do processo, afirmou que "*[h]á excesso de exposição para todos os envolvidos. No caso do mensalão houve ministro aplaudido na rua, outro vaiado em um bar. Esse excesso meio burlesco desvirtua o processo criminal*" [107]. Ele disse que, por culpa do televisionamento, "(...) *ocorre uma exposição excessiva do réu, o que equivale a uma condenação acessória, sem previsão legal. Pode-se publicar trechos e partes especificas, como normalmente já é feito, mas não a transmissão completa e ao vivo*". Em outro evento, o advogado asseverou que o Judiciário ouvir a mídia é algo contrário ao Estado Democrático de Direito [108]. Coligindo semelhantes argumentos manifestaram-se Gustavo Pedrina e Luiz Fernando Pacheco[109], este último também advogado no mesmo processo mencionado.

O problema é mais acentuado nos Estados Unidos, onde julgamentos espetaculosos como o de O. J. Simpson e Bruno Hauptmann causaram verdadeira comoção pública, criando reais embaraços ao processo de abertura dos tribunais ao televisionamento [110]. O ponto fulcral do problema é que, assistindo à televisão, os espectadores não conseguem ter acesso a todas as provas disponíveis aos juízes e jurados. A formação da convicção acaba ocorrendo pela intermediação da mídia e pelos fragmentos televisionados, o que seria prejudicial ao réu em muitos dos casos. Por outro lado, é preciso dar razão às vozes que afirmam que **um juiz preocupado com a reação pública após uma decisão criminal é um *enorme perigo* para a manutenção o Estado Democrático de Direito**.

---

[107] ROVER, Tadeu. "Mensalão mostra fracasso da transmissão de julgamento". *Consultor Jurídico*, 11 mar. 2013, Disponível em: http://bit.ly/1VQIhHl.

[108] LUCHETE, Felipe. "Advogados apontam influência da imprensa em decisão do STF". *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2013, disponível em: http://bit.ly/1OE0p2.

[109] PEDRINA, Gustavo. PACHECO, Luiz Fernando. "Mensalão é exemplo do mau trato à liberdade de imprensa". *Consultor Jurídico*, 14 fev. 2014, disponível em: http://bit.ly/1Mf5Zes

[110] V. GOLDFARB, Ronald. *TV or not TV*, ob. cit., p. 9, segundo o qual o comportamento dos meios de comunicação no julgamento de Hauptmann levou ao banimento das câmeras em tribunais pelos cinquenta anos subsequentes.

A discussão sobre o papel da mídia convencional tem se embaralhado com o televisionamento de julgamentos, mas se tratam de coisas distintas. Simone Schreiber, por exemplo, critica duramente o papel desempenhado pela mídia nos julgamentos criminais (*trial by media*)[111]. Nos Estados Unidos, há diversos mecanismos que são empregados para tentar reduzir a influência da mídia nos julgamentos, como a decretação de incomunicabilidade de jurados e o desaforamento do processo[112]. O que se percebe dos inúmeros meios empregados para *resguardar* os réus dos riscos da publicidade opressiva é que, em verdade, eles não *evitam* a publicidade. Os interessados eventuais ainda poderão se dirigir ao fórum e assistir ao julgamento pessoalmente. Eles tentam proteger os *responsáveis pela decisão* das versões sobre o crime formadas por terceiros, normalmente pela mídia, o que é coisa diferente.

O ponto aqui é singelo: o prejulgamento de réus pelos órgãos de imprensa é um problema independente do televisionamento de julgamentos. Não é a publicidade do julgamento a responsável por ele, mas a forma como os órgãos de imprensa apresentam os fatos ao público interessado[113]. No Brasil, o exemplo do casal Nardoni é emblemático: desde o primeiro momento a mídia os tratou como culpados. O casal acabou condenado pelo júri sem que tenha havido qualquer tipo de televisionamento de dentro do tribunal[114]. É possível até mesmo que a transmissão da sessão de julgamento desse ao advogado e aos réus a oportunidade de falar diretamente ao público e, assim, apresentar suas versões sobre os fatos disputados ou sobre o direito aplicável à questão. Nesse sentido, o televisionamento direto dos julgamentos poderia contribuir para a construção de uma visão pública mais imparcial. Ele seria antídoto, ainda que, realisticamente, pouco poderoso em

---

[111] SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*, ob. cit., p. 365: "É preciso desmistificar a atuação da imprensa que se apresenta como mediadora desinteressada, que paira entre a sociedade e o Estado, comprometida exclusivamente com a democracia e a cidadania, conferindo visibilidade e, ao mesmo tempo, repercutindo demandas da população perante os órgãos governamentais (incluindo do Judiciário)". A autora tem razão em afirmar que a mídia se move por interesses que transcendem o interesse específico do público, mas parece que o antídoto para esse problema é a disponibilização de *mais* informação. É o ponto de vista defendido aqui.

[112] GOLDFARB, Ronald. *TV or not TV*, ob. cit., pp. 25-40.

[113] Em sentido semelhante, v. MAGALHÃES, Valéria Caldi. "Segredo de justiça: a publicidade dos atos processuais e a proteção do direito à intimidade", ob cit., p. 29: "(...) as críticas que são feitas à publicidade dos processos decorrem muito mais da indevida utilização que se faz das informações nele contidas – criando uma 'publicidade' em sentido vulgar associada à divulgação pela mídia – do que propriamente da circunstância de ser público o processo (...)".

[114] PINHEIRO, Gabriel; MARCHEZI, Fabiana. "Casal Nardoni é condenado pela morte de Isabella". *Estadão*, 27 mar. 2010, disponível em: bit.ly/1JPBHPH.

certos contextos, contra a dominação do discurso exercida pelos órgãos de comunicação de massa ao público.

Essas ponderações, contudo, não impedem o reconhecimento de que o televisionamento de julgamentos traz riscos para a ideia de julgamento justo, sendo especialmente relevante no âmbito dos processos criminais. Assim, o verdadeiro argumento contra o televisionamento de tribunais é a **possibilidade de juízes e jurados esquecerem-se da sua missão de aplicar o Direito de modo desinteressado e passarem a atentar para as demandas do público (por razões de popularidade ou medo de sanções sociais)**. De fato, é possível imaginar que esses riscos surjam mesmo quando não haja o televisionamento de julgamentos, como visto acima. Contudo, enquanto pendentes estudos psicológicos mais profundos sobre os efeitos das câmeras em *processos criminais*, e considerando o bem jurídico envolvido aqui, talvez o ideal seja, por dever de cautela, não expandir o televisionamento, especialmente se houver requerimento do réu nesse sentido[115].

Os *casos cíveis* costumam afetar a coletividade de modo menos intenso e, por isso, seu televisionamento apresenta menos riscos. De todo modo, são pertinentes ponderações envolvendo os *direitos à privacidade e à intimidade*, no caso das pessoas físicas, e a proteção do sigilo sobre informações relevantes, quando se trata de pessoas jurídicas. A disciplina jurídica do sigilo processual parece conferir espaço relevante para a apreciação da situação concreta pelo juízo, que poderá decidir, empregando as mesmas bases argumentativas, sobre a impertinência do televisionamento[116]. O argumento da exposição pública foi central na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que proibiu o televisionamento do caso de Suzane von Richthofen, tema que será revisitado no capítulo 4.

Os *casos constitucionais*, que constituem o objeto de interesse da tese, possuem particulares próprias, por envolverem considerações sobre a natureza peculiar da *interpretação constitucional* e da *função que as Constituições* exercem nas sociedades contemporâneas. Cortes constitucionais são órgãos de governo e exercem juízos políticos

---

[115] O recente documentário *Making a Murderer*, disponível no *Netflix*, que conta a história do condenado Steven Avery nas cortes do Estado de Wisconsin, atesta o poder e a importância dos registros visuais dos casos criminais. Eventualmente, as gravações dos atos processuais (e sua transmissão a terceiros) podem até mesmo ser usadas em *benefício* dos réus.

[116] O segredo de justiça é tratado nos arts. 20; 201, § 6º e 792, do CPP; 155, do CPC, e 27, do ECA, e foi ampliado no novo Código de Processo Civil. O teor dos dispositivos será brevemente discutido no capítulo 4.

sobre a aplicação do texto constitucional. Assim, é possível afirmar que um juiz preocupado com a reação pública após uma decisão criminal é um perigo para a manutenção o Estado de Direito, mas a preocupação com as consequências é requisito ao exercício da jurisdição constitucional.

Além disso, nos casos julgados por tribunais superiores o argumento de proteção da intimidade fica esmaecido ante a função que aquelas cortes exercem. É dizer: é natural que o julgamento realizado por um tribunal superior seja cercado de maior publicidade, já que eles exercem a denominada *função nomofilácica*[117], *i.e.*, de orientação da aplicação do Direito por todas as outras instituições. Por fim, ao se ocupar exclusivamente de casos constitucionais, ficam esmaecidas as preocupações relativas à influência que as câmeras exercem sobre testemunhas e jurados, sendo relevante apenas aqueles que recaem sobre os próprios juízes e advogados. Assim, ao concentrar os esforços de análise e justificação da transmissão de julgamentos no STF, podemos afirmar que estamos preocupados com o televisionado de ***teses***, e não de pessoas (ou de casos particulares) [118].

1.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

O Poder Judiciário segue sendo o poder menos conhecido por parte da população, o que pode ser imputado ao hermetismo e à solenidade que o cercam. O distanciamento entre juízes e pessoas comuns tem sido defendido como um elemento importante ao exercício da função jurisdicional ao argumento de que a participação popular pode interferir negativamente na independência do magistrado. Logo, o debate sobre o

[117] STF, Rcl nº 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*e 22 out. 2014, voto-vista do Min. Teori Zavascki: "Esse entendimento guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilácica – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades 'que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente' (Calamandrei, Piero. La casación civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, t. II, p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes".

[118] A jurisdição constitucional brasileira tem passado por um processo de "objetivação" nos últimos anos, fruto da compreensão de que o Supremo Tribunal Federal não deve ser uma corte de casos, mas sim de teses.

televisionamento de Cortes envolve, inevitavelmente, a definição sobre o papel ***real e efetivo*** que o público deve ter na criação, interpretação e aplicação do Direito.

Entre os argumentos empregados em favor do uso da televisão em julgamento estão a prevenção do arbítrio e da parcialidade, a legitimação da função exercida pelo Poder Judiciário, a educação do público em geral, e os potenciais efeitos preventivos. Por outro lado, em sentido contrário à transmissão, tem sido afirmado que os efeitos do televisionamento sobre juízes não são conhecidos, sendo certo que pode haver prejuízo às partes – em especial em processos criminais – decorrentes das mudanças comportamentais geradas por ele, o televisionamento pode reduzir o respeito pela função jurisdicional, transformando-a em entretenimento público, e a intimidade das partes pode ser (ainda mais) comprometida com o uso da televisão.

Com a opção pelo *televisionamento de teses*, o que importa deixar de lado a discussão envolvendo o primeiro grau de jurisdição, tornando-se irrelevantes os argumentos relativos ao impacto sobre testemunhas e jurados, bem como reduzido o problema da privacidade. O impacto da opinião pública sobre os juízes passa a ter efeitos positivos, não puramente negativos. Por outro lado, passam a pesar mais na balança os argumentos favoráveis ao televisionamento: como as cortes constitucionais decidem questões de moralidade política, elas precisam de mais legitimidade, mais fiscalização pública, e suas decisões têm mais impacto na educação cívica e na prevenção de comportamentos nocivos à coletividade.

Capítulo 2

2. CÂMERAS NOS TRIBUNAIS: EXPERIÊNCIAS CONCRETAS

SUMÁRIO: 2.1. INTRODUÇÃO. 2.2. TELEVISIONAMENTO DE CORTES NOS ESTADOS UNIDOS. 2.2.1. De Hauptmann ao banimento das câmeras em tribunais. 2.2.2. As câmeras no banco dos réus: Estes v. Texas (1965). 2.2.2.1. Críticas à Estes e desdobramentos subsequentes. 2.2.3. Estes superado? Chandler v. Florida (1981). 2.2.3.1. Desdobramentos pós-Chandler: mais experimentos e a Court TV. 2.2.4. Câmeras na berlinda novamente? Hollingsworth v. Perry (2010). 2.2.4.1. Críticas e desdobramento pós-Hollingsworth. 2.2.5. O televisionamento na Suprema Corte dos Estados Unidos 2.3. SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO. 2.4. SUPREMA CORTE DO CANADÁ. 2.5. CORTE CONSTITUCIONAL DO MÉXICO. 2.6. A EXPERIÊNCIA DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS. 2.7. CONCLUSÕES PARCIAIS

2.1. INTRODUÇÃO

O uso de câmeras para o televisionamento de julgamentos não é uma exclusividade ou invenção brasileira. Diversos sistemas judiciários ao redor do mundo têm realizado experimentos com a transmissão, por rádio, televisão e internet, de suas salas de julgamento [119]. As experiências, que envolvem cortes responsáveis por julgamentos constitucionais, civis e criminais, de primeiro grau de jurisdição a tribunais internacionais, podem ser especialmente iluminadoras quanto aos problemas jurídicos e práticos envolvidos neste tipo de relacionamento entre o público e suas cortes de justiça. Elas podem ser úteis tanto para a tomada de decisões a respeito de políticas públicas envolvendo a participação do público em processos judiciais, bem como para o processo de interpretação de direitos constitucionais, tais como o direito à intimidade, à liberdade de imprensa e informação e à publicidade. Em síntese, elas oferecem modelos alternativos cujos méritos e deméritos podem ser empregados no aprimoramento do modelo brasileiro[120].

A escolha dos países sobre os quais recaiu a pesquisa teve em consideração dois fatores preponderantes: a familiaridade entre os sistemas jurídicos

---

[119] Para uma visão panorâmica e histórica sobre diversas experiências domésticas, com amplas referências bibliográficas, v. STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit..

[120] Sobre a função dos estudos constitucionais comparados, v. VERGOTINNI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madri: Espasa-Calpe, 1983, pp. 75-85. DANNEMANN, Gerhard. "Comparative Law: study of similarities or diferences?". In: REINMANN, Mathias. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 383-421.

estudados e o brasileiro e a disponibilidade de materiais para consulta[121]. Seguindo a estratégia de enfrentamento do problema delineada no primeiro capítulo, o foco são os tribunais de cúpula, responsáveis pelo julgamento de teses. O estudo começa com a experiência dos Estados Unidos, que vêm lidando, pioneiramente, com a questão do televisionamento de julgamentos desde 1935. Nos tópicos seguintes são analisadas as experiências das Supremas Cortes do Reino Unido, Canadá, México e os tribunais internacionais.

2.2. TELEVISIONAMENTO DE CORTES NOS ESTADOS UNIDOS.

2.2.1. De Hauptmann *ao banimento das câmeras em tribunais*

A presença de câmeras nos tribunais é um problema que cedo começou a despertar controvérsias nos Estados Unidos. O primeiro grande caso a suscitar discussão entre advogados, juízes e acadêmicos consistiu no julgamento de Bruno Richard Hauptmann, em 1936[122]. Bruno foi acusado de sequestrar e assassinar o filho de apenas dezoito meses de Charles Lindbergh, então uma celebridade por ter sido o primeiro homem a efetuar um vôo transatlântico. O caso despertou tanto interesse público que mais de setecentos representantes da imprensa internacional viajaram até a pequena cidade de Flemington, em New Jersey, para cobrir o julgamento. Registros de época relatam mais de vinte mil pessoas aguardando em filas ao redor do tribunal para ter uma chance de assistir ao julgamento. Houve tanto interesse no caso que os advogados intimaram amigos como potenciais testemunhas apenas para assegurar a presença deles na sessão. Cambistas cobraram entre cem e quinhentos dólares por um lugar na fila que assegurasse a presença no tribunal.

---

[121] VERGOTINNI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*, ob. cit., p. 70: "Para que a comparação tenha sentido deve dar-se, preferencialmente, entre ordenamentos que tenham 'elementos de identificação e qualificação comuns' e entre 'institutos análogos'. Em outras palavras, para que a comparação seja proveitosa, deve fazer-se entre *ordenamentos* e *institutos* que contem com alguns traços comuns que permitam compará-los".

[122] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., pp. 10-12. A autora registra que até 1935, quando do julgamento do caso Hauptmann, narrado no texto, o uso de câmeras em tribunais era amplamente aceito. Ela cita casos datados de 1924 e 1925. V., ainda, GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., pp. 8-9. COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., pp. 15-17. BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom*, ob. cit., pp. 3-8.

A intensa publicidade do caso fez com que o Juiz Thomas Trenchard banisse as gravações durante o julgamento, permitindo as filmagens apenas nos recessos da corte. Isso não impediu que cinegrafistas presentes despeitassem a ordem judicial, tal era o clima de balbúrdia. Ao término do julgamento, Hauptmann foi condenado à morte por eletrocussão. Em seu apelo, o réu alegou que as câmeras e a publicidade excessiva tinham prejudicado o seu direito de defesa. Embora o tribunal de apelações tenha rejeitado o recurso sob o argumento de que ele não objetara à presença da mídia em momento oportuno, o Governador do Estado sentiu-se particularmente sensibilizado com as alegações e assegurou ao réu um indulto de último minuto, suspendendo a execução. A resposta do público foi dura: prontamente fez-se um movimento de coleta de assinaturas para obter o *impeachment* do governador. Pressionado, ele acabou retirando o indulto e o destino de Bruno Richard Hauptmann restou definitivamente selado.

O caso Hauptmann gerou profunda comoção entre os juristas norte-americanos e acabou por determinar o destino das câmeras nos tribunais pelas décadas vindouras[123]. Desde 1932, a *American Bar Association* (equivalente à Ordem dos Advogados) opunha-se publicamente ao uso de câmeras em tribunais sob o argumento de que elas "chocam nossa sensibilidade"[124]. A execução de Hauptmann após um julgamento reputado "circense" acelerou o processo de banimento formal. Em 1937, o Cânone 35 dos Cânones de Ética Profissional e Judicial[125] proibiu as fotografias e filmagem durante as sessões judiciais, sob o argumento de que o uso de mecanismos audiovisuais "subtrairiam a dignidade essencial dos procedimentos", degradando a corte, além de deturpar o entendimento do público sobre o processo judicial[126]. Em 1952, o televisionamento foi adicionado ao rol de proibições, sob o argumento de que causaria distrações indevidas aos participantes do processo judicial.

---

[123] Hedieh Nasheri narra que o procurador geral do Estado de New Jersey optou por atuar no caso pessoalmente, tornando-se uma estrela na mídia nacional. O advogado responsável pela defesa de Hauptmann incorporou ao seu cartão e timbre do escritório a alusão ao fato de ter atuado no caso. (*Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 12).

[124] GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., p. 24. NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 12.

[125] O cânone dizia o seguinte: "Procedimentos em Cortes devem ser conduzidos com apropriados dignidade e decoro. Tirar fotografias nas salas de julgamento, durante as sessões da corte ou nos recessos entre os procedimentos, e transmissão dos procedimentos, são como detratores da dignidade essencial dos procedimentos, degradadores da Corte e criadores de concepções equivocadas a respeito disso na mente do público e não devem ser permitidos". Cf. NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 13.

[126] GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., p. 24.

Seguindo o movimento iniciado pela *American Bar Association*, o Congresso dos Estados Unidos alterou o Código de Processo Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), fazendo nele incluir a Regra n° 53, proscrevendo a transmissão de julgamentos em tribunais federais. Na década de 50, a proibição ao uso de câmeras era adotada em praticamente todos os Estados, à exceção de Colorado, Oklahoma e do Texas[127]. Foi exatamente nestes locais que foram surgindo casos em que se discutia o balanceamento adequado entre as garantias da primeira, sexta e décima quarta emendas, que preveem, respectivamente, os direitos à liberdade de imprensa, publicidade de julgamentos e o devido processo legal. A Suprema Corte dos Estados Unidos já havia discutido o papel da televisão em um julgamento criminal em *Rideau v. Louisiana*, embora tecnicamente não se tratasse de um problema de transmissão de julgamento, mas sim dos atos que lhe precederam[128]. Finalmente, para o termo de 1965, a corte decidiu selecionar um caso e se debruçar sobre o tema: *Estes v. Texas*.

2.2.2. As câmeras no banco dos réus: Estes v. Texas *(1965).*

Com o avanço dos meios de comunicação de massa, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria que enfrentar, em algum momento, o problema do televisionamento de julgamentos, em especial os de natureza criminal. O primeiro caso julgado por ela é *Estes v. Texas*, decidido em 7 de junho de 1965. O processo tem início com as acusações de fraude dirigidas a Billie Sol Estes, financista do Texas e amigo pessoal do Presidente Lyndon Johnson[129]. O julgamento recebeu intensa atenção do público e da mídia, tanto que teve que ser desaforado do Condado de Reeves para o Condado de Smith, distantes em 800 quilômetros (por consequência, inclusive, de *Rideau v. Louisiana*). O pedido de transmissão

---

[127] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 14.

[128] No referido caso, julgado em 1963, após cometer um assalto a banco com o sequestro de três empregados e assassinato de um deles, o suposto criminoso foi entrevistado pelas autoridades policiais locais. A gravação da entrevista, com a confissão do crime, foi divulgada à imprensa e retransmitida nas redes de TV locais. Ante o referido quadro, os advogados do réu solicitaram o desaforamento do julgamento, o que restou negado pelo juiz local, com a consequente condenação do réu à morte. A Suprema Corte anulou o julgamento, sob o argumento de que o indeferimento do desaforamento nas circunstâncias narradas viola o devido processo legal. *Rideau v. Lousiana*, 373 U.S. 723 (1963).

[129] De acordo com Cohn e Dow, Estes teria induzido fazendeiros texanos a comprar equipamentos de fertilização que não existiam e, posteriormente, realizado hipotecas sobre propriedades fictícias (*Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 19).

por rádio e televisão do julgamento, contestado pelo réu, acabou inicialmente deferido pelo juiz da causa.

Nos anais do caso, foram registradas a presença de doze cinegrafistas na sala de julgamentos, cabos e fios espalhados, três microfones na mesa do juiz e outros nas dos jurados e advogados. Em razão da grande algazarra instaurada no julgamento preliminar (*pre trial hearing*), o juiz do caso acabou por reconsiderar a decisão anterior e deferir o pedido para que as câmeras não fossem utilizadas durante todo o tempo do julgamento do mérito do caso. Por consequência da pressão pública ou não, o resultado foi a condenação de Billie Sol Estes em toda as instâncias ordinárias, o que motivou a interposição de recurso à Suprema Corte por violação à cláusula do devido processo legal, prevista na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos[130].

Para o *Justice* Clarke, representante da maioria, a garantia de publicidade dos julgamentos, prevista na sexta emenda, deve servir primariamente para evitar o uso de tribunais como instrumentos de perseguição e opressão contra réus pelo Estado. O voto expressa a visão de que a publicidade é uma garantia essencialmente dos réus, e apenas de modo mais tênue relacionada aos demais membros da coletividade. Clarke e seus seguidores defendem que o propósito do processo judicial é a ***descoberta da verdade***, condição *sine qua non* para um julgamento justo. Para que esta atividade seja realizada, é preciso que seja mantida uma *atmosfera adequada*, que entra em risco com a presença das câmeras.

Em sua defesa, o Estado do Texas afirmou que nenhum prejuízo concreto em razão do televisionamento fora demonstrado. Em corajosa passagem, sobre a qual se voltará adiante, afirmou que "considerações psicológicas são para psicólogos, não para os tribunais, porque elas são puramente hipotéticas". *Justice* Clarke refutou essa ideia asseverando que a corte pode realizar prognósticos e neles basear uma eventual declaração de inconstitucionalidade. Como não houve, no caso concreto, qualquer demonstração específica

[130] 14ª Emenda. "Seção 01. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado poderá fazer ou executar lei que restrinja os privilégios ou imunidades de cidadãos dos Estados Unidos; nem pode qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, da liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; e nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis".

de prejuízo por parte do recorrente, é exatamente com base nesse potencial impacto negativo da televisão sobre os atores do julgamento que Clarke baseará sua declaração de inconstitucionalidade.

Clarke aponta diversos riscos decorrentes do televisionamento de julgamentos à busca pela verdade, função primária do processo. Na opinião dele, é elevada a probabilidade de que o processo seja negativamente afetado pela *simples e mera* presença das câmeras. O primeiro desses riscos recai sobre os jurados. O júri pode acabar enviesado em decorrência da transformação de um processo em uma *cause célèbre*, seja por influência direta da mídia, seja pelo meio social em que vive. A publicização do nome e rostos de jurados pode torná-los objeto de críticas e comentários de jornalistas e da própria comunidade. O risco de ser reconhecido na rua e sofrer com o repúdio do público pode, em abstrato, impedir que o jurado tenha o equilíbrio e a imparcialidade necessários ao julgamento. Clarke também sugere que a presença das câmeras pode causar distrações indevidas nos jurados. O risco não é apenas a mesmerização causada pelo "ponto vermelho", que significa a gravação e transmissão da imagem local, mas também o desconforto decorrente da sensação de ser observado por uma plateia de desconhecidos, e a constante preocupação com a formação de uma imagem pública.

O segundo risco apontado pelo juiz é a degradação na qualidade dos testemunhos. A câmera, como registrado, teria o poder de causar embaraço pessoal, impedindo a adequada busca pela verdade. Tal como os jurados, a transformação de testemunhas em pessoas públicas poderia causar desincentivos à colaboração com a justiça. A possibilidade de acompanhar o julgamento pela televisão poderia influenciar no que elas têm a dizer em juízo. O terceiro ponto consiste na responsabilidade adicional que recai sobre o juiz. Ao invés de ocupar-se unicamente com o objetivo de realizar um "julgamento justo", ele também terá que disciplinar o uso adequado da câmera. Clarke reitera, nessa passagem, o risco de distrações causadas pela mera presença das câmeras em ambientes judiciais. Ele pondera, ainda, a pressão dos meios de comunicação para que os julgamentos sejam abertos, influenciando negativamente na delicada ponderação que compete aos juízes efetuar ao decidirem pela abertura das portas do tribunal. Os juízes de um Estado vão se sentir compelidos quando juízes de outros Estados abrirem suas cortes.

O último risco trazido pelas câmeras diz respeito ao impacto delas sobre o réu. As imagens divulgadas sobre os seus gestos podem atrapalhar a sua participação no procedimento. Um ambiente de tranquilidade, diz ele, é essencial para que o réu possa exercer sua defesa com proficiência. "Um réu em julgamento por um crime específico tem direito a seu dia em uma Corte, não no estádio, ou cidade ou uma arena nacional"[131]. O sentimento público, segundo Clarke, tem o poder de afetar o julgamento. Na medida em que a televisão tem o condão de afetar, e talvez até de definir, esse sentimento, ela pode retirar do acusado o direito ao julgamento justo. A pressão popular exercida sobre jurados e testemunhas para que promovam a condenação é algo que não pode ser provado processualmente, mas que é um dado da realidade, tanto que foi suficiente para convencer associações e órgãos públicos a banir as câmeras de cortes de justiça. Por todas essas razões, o voto do Justice Clark reconhece a incompatibilidade intrínseca entre o televisionamento de julgamentos criminais e o direito ao devido processo legal previsto na 14ª emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Chief Justice Warren, seguido pelos *Justices* Douglas e Goldberg, apresentou voto concorrente ao relator. O voto que profere é mais denso, sob o ponto de vista teórico, e menos ocupado dos efeitos empíricos das câmeras, analiticamente apreciados por Clarke. A conclusão pela incompatibilidade entre câmeras e cortes se assenta em três premissas: (i) as câmeras acabam por retirar dos julgamentos o seu propósito, com inevitáveis impactos sobre os participantes do processo; (ii) elas criam no público a impressão errada sobre os propósitos dos julgamentos criminais, afetando a dignidade da corte e reduzindo a confiabilidade dos julgamentos; e (iii) elas individualizam certos réus, submetendo-os a condições de julgamento muito mais duras e prejudiciais do que as experimentadas pelos demais. Warren recusa um teste de "prejuízo real" (*actual prejudice*) como parâmetro para que seja declarada a inconstitucionalidade de um julgamento específico, assim porque o prejuízo causado pela televisão "pode ser tão sutil que escapa aos métodos ordinários de prova"[132].

Warren enxerga a atividade jurisdicional como um sacerdócio. Ele sustenta que o ocorrido no Texas foi uma "dessacralização da corte" por câmeras e repórteres.

---

[131] *Estes v. Texas*, 381 U.S. 549 (1965).

[132] *Estes v. Texas*, 381 U.S. 578.

A transmissão de julgamento entremeada por comerciais é um atentado à dignidade da jurisdição, segundo ele considera. A forma de organização dos juízos e tribunais no sistema americano compõe o que considera o *conceito constitucional de julgamento justo*. O *Chief Justice* chega a comparar o julgamento de *Estes* aos julgamentos em massa ocorridos em regimes ditatoriais.

A parte final da opinião de Warren tem por objeto as garantias do julgamento público e das liberdades de expressão e de imprensa. Quanto à publicidade, Warren afirma que tal garantia pertence, primeiramente, ao réu, objetivando impedir que os tribunais sejam utilizados como instrumentos de perseguição. O público também pode se beneficiar da abertura dos julgamentos, mas ela não confere nenhum benefício especial à imprensa ou, em particular, à indústria da radiodifusão. Warren afirma que se a entrada de um membro da imprensa, assim como qualquer outro membro do público, é regularmente permitida no julgamento, não há supressão da liberdade de imprensa. Trata-se de uma concepção moderada sobre o princípio da publicidade processual.

Justice Harlan apresentou voto em separado, concorrendo com o resultado, mas por fundamento diverso. O voto de Harlan é essencial para a compreensão do *holding* fixado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. É a opinião dele que representa o voto médio que verdadeiramente exprime a opinião da Corte, eis que quatro juízes votaram pelo desprovimento do *writ of certiorari* – Clarke, Warren, Douglas e Goldberg – e outros quatro votaram pelo seu provimento – Stewart, Black, Brennan e White.

Harlan principia o voto reconhecendo que a televisão tem inegáveis potenciais perniciosos (*mischievous potentialities*, no original) para os processos judiciais. Todavia, ler na constituição norte-americana uma proibição *tout court* à transmissão de julgamentos seria inibir o potencial experimental dos Estados que compõem a federação. Em casos altamente notórios, *como o analisado*, as considerações contrárias ao televisionamento superam fatores em sentido oposto, razão pela qual é de ser reconhecida a violação ao devido processo legal.

Harlan se recusa a enxergar na sexta emenda – que prevê a publicidade dos julgamentos – um direito subjetivo ao televisionamento, em favor dos grupos de mídia. Na visão dele, um julgamento público requer apenas que a corte seja aberta àquele que desejar

entrar, sentar, se houver lugar disponível, observar e comportar-se com o decoro exigido pelo processo judicial. O potencial de ser espectador em um julgamento é o suficiente ao entendimento da garantia constitucional. Inexiste, portanto, um direito à transmissão, gravação ou de qualquer modo registrar o que lá acontece. O *Justice* anota que os direitos da imprensa estão limitados à porta da sala de sessões: uma vez no interior, os jornalistas têm os mesmos direitos e deveres que os demais membros do público.

Harlan afirma que os argumentos em favor do uso de câmeras não são especialmente persuasivos. A razão principal mais comum para o interesse do público em certo julgamento não é o eventual aprendizado, mas sim o drama humano e a curiosidade. Por outro lado, Harlan se refere ao amplo consenso existente entre as associações de juízes, advogados e nos Estados quanto ao banimento das câmeras em julgamento. Em conclusão, *ele afirma que a corte não deve evitar um juízo quanto à constitucionalidade do televisionamento simplesmente em razão da possibilidade de mudança fática no futuro* (*i.e.*, quando a tecnologia permitir que as câmeras não sejam um transtorno). Quando e se esse dia chegar, a matéria poderá ser revista à luz do devido processo legal.

A minoria composta pelos Justices Stewart, Black, Brennan e White se recusou a reconhecer a existência de uma regra constitucional proibitiva de televisionamentos de casos criminais. A opinião da minoria começa por reconhecer a mutabilidade das técnicas de comunicação com o público. Registra que a regra proibitiva resultante do julgamento em questão é profundamente perigosa à liberdade de imprensa e comunicação, vinculadas à primeira emenda. Assim, a primeira parte do voto minoritário é dedicada à demonstração de que nenhum prejuízo efetivo ocorrera à defesa do réu. A minoria reconhece que o televisionamento traz sérios riscos de ordem constitucional, mas afirma que nenhum deles se verificou no caso concreto. Assim porque, em razão da intensa publicidade, os juízes de primeiro grau optaram pelo desaforamento, pela prorrogação do julgamento e, finalmente, os jurados foram mantidos em um ambiente separado (*sequestration*), sem acesso ao rádio ou à televisão durante todo o período em que o caso esteve *sub judice*. Durante o julgamento, foi determinada a construção de uma cabine na parte de trás da sala de sessões, evitando-se assim que o aparato de televisionamento ocupasse espaço próximo às partes, jurados e juiz.

Embora inexista invocação da primeira emenda pelas partes, a minoria registra profunda preocupação com os impactos que a decisão poderá causar na livre

circulação de ideias e, mais especificamente, no direito do público de saber o que acontece nas cortes. Stewart afirma que impor aos meios de comunicação o ônus de justificar sua presença é um raciocínio estranho às liberdades da primeira emenda. Embora a minoria não reconheça um direito subjetivo ao televisionamento de julgamentos, ela também não reconhece uma proibição constitucional a tal atividade. Por este motivo, e pela inexistência de prejuízo específico demonstrado por Billie Sol Estes, desprovê o recurso.

2.2.2.1. Críticas à Estes *e desdobramentos subsequentes*

Como se vê, o tribunal trabalha com um *juízo de probabilidade*, baseado na *experiência ordinária*, quanto aos resultados produzidos pelas câmeras em relação aos julgamentos criminais [133]. A sua apreciação final é tremendamente negativa. Como somente três Estados da federação permitiam o televisionamento naquele momento histórico, e a tecnologia empregada para esta finalidade era bastante invasiva, somente casos problemáticos seriam capazes de alcançar a Suprema Corte. *Estes* reflete, portanto, o que deveria ser a exceção em se tratando de julgamentos televisionados: uma figura pública, amigo pessoal do Presidente, acusado de fraude financeira. É com base em um caso extremo e problemático que a Suprema Corte fez sua jurisprudência em 1965, o que lembra o velho ditado americano: *hard cases make bad law* (casos difíceis produzem jurisprudência ruim).

Vale registrar que a corte sequer considerou, em sua apreciação, outros modelos de televisionamento, como um realizado por televisões públicas. A maior parte das críticas dirigidas por Clarke e Warren se referem à forma como a mídia convencional trata os réus criminais – como mencionado antes, trata-se de um problema de *tratamento* das imagens e sons, e não algo intrínseco ao televisionamento – e à forma como a mídia se portou no interior dos julgamentos (desobedecendo às ordens judiciais, por exemplo). Regras claras sobre o comportamento de jornalistas e cinegrafistas no interior dos tribunais poderiam solucionar grande parte dos problemas apontados no julgamento de Billie Sol Estes. Uma

[133] BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom*, ob. cit., pp. 61-62. Em *Turney v. Ohio*, 273 U.S. 510, a Suprema Corte empregou inferência similar para declarar inconstitucional regra estadual que atrelava a remuneração dos juízes à condenação de réus. A corte considerou o procedimento tão inconsistente com a garantia do devido processo legal que optou por declará-lo inconstitucional, mesmo reconhecendo que os juízes norte-americanos, imbuídos de espírito público, não cederiam ao incentivo. É duvidoso que as câmeras tenham um potencial tão direto para desequilibrar a paridade de armas como o incentivo financeiro mencionado no caso.

simples constatação prova o ponto: o problema da publicidade opressiva em julgamentos criminais – o denominado *trial by media* – seguramente não se resolveu pelo banimento ocorrido em 1965.

A corte concluiu que o televisionamento do julgamento realizado *contra a vontade do réu* e em circunstâncias em que há intenso interesse público significa violação do direito ao devido processo legal, previsto na 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos. O voto do *Justice* Clark expressa uma opinião maximalista pela absoluta incompatibilidade entre câmeras e cortes de justiça; em síntese, pela priorização da cláusula do devido processo legal sobre os princípios relativos à publicidade processual e à liberdade de imprensa. A minoria defendeu concepção oposta: tal leitura não pode ser extraída do texto constitucional. O voto incerto do *Justice* Harlan, que ora parece estar tratando a proibição como uma regra constitucional *per se*, ora parece vincular-se às circunstâncias às quais fora submetido Billie Sol Estes, abriu margens para discussão se o banimento era definitivo ou dependente de demonstração de prejuízo no caso concreto.

Em 1972, o Cânone 3A(7) do Código de Ética Judicial substituiu o Cânone 35, mantendo a proibição de televisões em tribunais. A versão revisada do cânone dizia o seguinte:

> "Cânone 3A(7) do Código de Conduta Judicial da *American Bar Association*
> Um juiz deve proibir a radiodifusão, televisionamento ou a fotografia em salas de julgamento e em áreas imediatamente adjacentes a ela, durante julgamentos da Corte ou entre as sessões, exceto para autorizar:
> (a) o uso de meios eletrônicos ou fotográficos para a apresentação de provas, para a perpetuação dos arquivos, ou para os propósitos de administração judicial;
> (b) radiodifusão, televisionamento, gravação ou fotografia dos procedimentos apropriados em uma das seguintes condições:
> (i) os meios de gravação não causarem distração nos participantes ou reduzirem a dignidade dos procedimentos;
> (ii) as partes terem consentido, e o consentimento para que sejam retratados ou gravados ter sido obtido de cada testemunha que aparecer na gravação ou reprodução;
> (iii) a reprodução não será exibida até que os procedimentos tenham sido concluídos e todos os recursos judiciais tenham sido esgotados; e
> (iv) a reprodução será exibida apenas para propósitos educacionais em instituições de ensino"[134].

[134] JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings: an evaluation of the pilot program in six district courts and two courts of appeals*. Washington: Federal Judicial Center, 1994, p. 3.

A versão de 1972 atenuou a proibição absoluta levantada em 1937. Contudo, ao exigir o consentimento de todas as partes e testemunhas para que fosse possível a gravação de atos processuais, e impor limitações de tempo e finalidade para seu uso, a *American Bar Association* seguiu impossibilitando, em termos práticos, o televisionamento de julgamentos. A despeito da posição firme do órgão de classe dos advogados e da decisão em *Estes*, em 1978 a Conferência dos Presidentes de Tribunais Estaduais adotou uma resolução advogando pela experimentação nos Estados.

A dúvida sobre o alcance de *Estes* perdurou por longos dezesseis anos. De fato, em razão dos termos ambíguos do voto do Justice Harlan, grande parte dos tribunais interpretou o julgamento como um banimento definitivo das câmeras[135]. Somente em 1981, com o julgamento de *Chandler v. Florida*, a Suprema Corte voltou ao tema e pode esclarecer os duros termos da decisão de 1965. É o que se trata a seguir.

2.2.3. Estes *superado:* Chandler v. Florida *(1981)*[136].

No final da década de 70, algumas Cortes estaduais, que não viram em *Estes* um óbice definitivo à experimentação com câmeras, instituíram seus próprios programas de teste. Um destes casos foi o caso da Suprema Corte da Flórida. Naturalmente, o televisionamento acabou ensejando diversas impugnações com base na alegada violação ao *due process of law* e no citado precedente da Suprema Corte. Como a própria corte estadual da Flórida havia autorizado as gravações e transmissões de julgamentos, ela rejeitou todas as impugnações. Assim, para o ano de 1981, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu aceitar outro caso e novamente analisar o problema do televisionamento de julgamentos.

O caso concreto envolvia dois policiais da cidade de Miami – Chandler e Granger – que teriam invadido um restaurante local para furtar bens. O caso ganhou notoriedade em razão desta circunstância pessoal dos autores do crime e também do fato de

---

[135] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 15: "Em verdade, muitos tribunais pelo país agiram como se um banimento *per se* das câmeras tivesse sido proclamado e aplicaram o efetivo banimento da cobertura televisiva".

[136] *Chandler v. Florida,* 449 U.S. 560 (1981).

um radiografista amador, por mero acaso, haver ouvido e gravado a conversa entre os policiais a respeito do crime. A mídia local solicitou autorização para transmitir partes do julgamento, o que restou deferido. A situação não se aproximou minimamente daquela ocorrida com Billie Sol Estes ou Bruno Hauptmann[137]. Após a condenação na instância ordinária, Chandler recorreu à Suprema Corte invocando a existência de uma proibição *per se* de câmeras em tribunais por força da decisão proferida *Estes*[138]. A Corte rejeitou o argumento à unanimidade, cabendo ao Chief Justice Burguer redigir a opinião prevalecente.

Burguer inicia o voto esclarecendo as circunstâncias que envolveram o televisionamento no caso e como elas diferem do ocorrido em *Estes*[139]. Todavia, a questão central que a corte enfrenta é a inteligência do *holding* em *Estes*. Para Burguer, e também para a maioria da corte, as referências feitas por Harlan ao caso concreto e às circunstâncias presentes em 1965[140] são suficientes para concluir que a corte não instituiu uma proibição abrangente. Como se verá a seguir, essas razões não convenceram o *Justice* Stewart.

Quanto ao mérito, Burguer reconhece que a publicidade apresenta riscos ao direito ao julgamento justo. Contudo, esclarece que os tribunais têm criado remédios para lidar com o problema[141]. Segundo ele, a salvaguarda apropriada ao risco de afetação do júri é o direito do réu de demonstrar que a cobertura da mídia, de qualquer tipo, compromete a

---

[137] No voto do *Chief Justice* Burguer, registra-se que o programa da Flórida permitia apenas uma câmera e um técnico cinegrafista, não admitia o uso de iluminação artificial adicional à existente no tribunal, conferia ao juiz o poder de excluir a filmagem de certas testemunhas e vedava terminantemente a filmagem do júri (*Chandler v. Florida*, 449 U.S. 566).

[138] *Chandler v. Florida*, 449 U.S. 570: "Os apelantes fiam-se principalmente em *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532, e no voto concorrente do Chief Justice Warren neste caso. Eles argumentam que o televisionamento de julgamentos criminais é inerentemente uma negativa do devido processo, e leem *Estes* como anunciador de uma regra constitucional *per se* deste efeito".

[139] Burguer registra que os jurados foram especificamente inquiridos se seriam capazes de ser imparciais a despeito da presença da câmera, ao que todos responderam afirmativamente. Os jurados também foram instruídos a não ver as notícias locais sobre o caso, embora a moção para "sequestro" do júri tenha sido rejeitada. No final, apenas 2 minutos e 55 segundos do caso foram efetivamente transmitidos, sendo esses apenas os argumentos da promotoria (*Chandler v. Florida*, ob. cit., p. 567-8).

[140] Ele se apega, especificamente, a duas passagens, a saber: "o que foi feito *neste caso* infringe o direito fundamental a um julgamento justo, assegurado pela cláusula do devido processo legal na décima quarta emenda", e "na atual conjuntura, posso apenas concluir que julgamentos televisionados, pelo menos *em casos como este*, possuem tais capacidades de interferenciar no curso devido do processo judicial que eles estão constitucionalmente banidos" (*idem*, p. 573).

[141] Para uma análise abrangente desses remédios do direito norte-americano, v. SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*, ob. cit, pp. 219-234. GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., pp. 20-40.

habilidade de um júri específico proferir um julgamento justo. A modificação das tecnologias para a cobertura dos julgamentos também é um fator que pesa na decisão da Corte, eis que a presença física de câmeras e a necessidade de operadores diminuiu drasticamente com o passar do tempo.

O *Chief Justice* salienta a inexistência de dados empíricos abrangentes e conclusivos disponíveis para a corte[142]. O impacto psicológico de câmeras em ambientes de tribunais era – e ainda hoje o é – objeto de debates duros. Contudo, a corte parece agora impor o ônus de provar a potencialidade dos efeitos adversos aos detratores das câmeras[143]. Burguer sugere que ler *Estes* como uma proibição abrangente teria o perverso efeito de impedir a experimentação nos Estados, com graves consequências para o progresso do país. Relativamente ao uso de julgamentos para efeitos de "demonstração pública" – uma punição decorrente do simples fato do processo, antes da demonstração de culpa –, Burguer argumenta que se trata de uma potencial perversão do sistema de justiça, mas que somente o tempo dirá se efetivamente irá acontecer.

Justice Stewart, que votara com a minoria em 1965, concorda com o resultado mas o faz com fundamento divergente[144]. Na opinião dele, a decisão proferida em *Estes* reconheceu, sim, a existência de uma regra *per se* proibitiva de transmissão de julgamentos criminais pela televisão. O *Justice* entende que somente uma leitura parcial e incompleta do voto do *Justice* Harlan poderia levar à conclusão de que ele somente seria aplicável a casos criminais de grande repercussão. Melhor seria se a corte simplesmente superasse o *holding* de *Estes*. *Justice* White, também um dos membros da minoria em *Estes*, também faz considerações em separado. Ele vislumbra a possibilidade de leitura ampla ou estreita do precedente da Corte de 1965. Qualquer que seja ela, no entanto, a decisão em *Estes* deveria ser superada, como afirmação de princípio.

---

[142] *Chandler v. Florida*, 449 U.S. 578: "Nada obstante, é claro que a discussão geral sobre o impacto da radiodifusão nos os participantes do julgamento, e particularmente sobre o réu, é objeto de duro debate (...). Dados empíricos abrangentes ainda não estão disponíveis – ao menos em certos aspectos do problema".

[143] *Chandler v. Florida*, 449 U.S. 578-9: "(...) até o momento, ninguém foi capaz de apresentar dados empíricos suficientes para estabelecer que a mera presença da mídia televisiva tem um inerente efeito adverso sobre o processo".

[144] Nenhum dos juízes que votou com a maioria em *Estes* permanecia no tribunal ao tempo de *Chandler.* Cf. BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom*, ob. cit., p. 51.

*2.2.3.1. Desdobramentos pós-*Chandler*: mais experimentos e a Court TV*

A decisão proferida em *Chandler* mudou radicalmente a interpretação até então dada ao televisionamento de julgamentos nos Estados Unidos. Consoante registra Allen F. Camp, "a Corte de *Chandler* será sempre lembrada por trazer a televisão às salas de justiça, ainda que a decisão tenha sido baseada em nada mais que um precedente ambíguo"[145]. Pouco depois de proferido o julgamento, a *American Bar Association* revisou seu código de conduta para tornar as regras de transmissão menos duras. Em 1982, tais regras foram definitivamente excluídas do código, sob o argumento de veicularem matéria que não está ligada à ética judicial, mas sim à administração de tribunais, razão pela qual deve ser disciplinada por cada jurisdição[146].

De fato, como pontuou o *Justice* Stewart em seu voto concorrente, a linguagem empregada pelo *Justice* Harlan em *Estes* parece bastante abrangente. Ao fazer referência ao caso concreto, ele parece apenas exemplificar a "perversão" causada por câmeras em tribunais. Portanto, parece de maior honestidade intelectual simplesmente reconhecer a contradição e promover o *overrruling*. Quanto aos fundamentos autônomos da maioria, fica clara a confusão sobre a qual se vem falando desde o primeiro capítulo: a forma como a mídia lida com os fatos do caso não está diretamente relacionada à presença ou à ausência das câmeras em tribunais. O poder opressivo da mídia sobre os jurados independe da existência de câmeras ou não dentro das salas de justiça[147].

Por outro lado, o avanço da tecnologia, argumento empregado por Burguer, talvez sirva para agravar, e não atenuar, as preocupações exprimidas pela maioria em *Estes*. Hoje mais pessoas são alcançadas pela televisão, rádio e *internet*, o que aumenta o poder da mídia e da eventual pressão existente sobre os jurados para proferir uma

---

[145] CAMP, Allen F.. "Chandler v. Florida: Cameras, Courts, and the Constitution", *Perpperdine Law Review* v. 9, 1981, p. 195.

[146] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 21.

[147] Susanna Barber registra interessantes explicações alternativas às decisões cotejadas acima. Em *Estes*, a imagem do Poder Judiciário transmitida pelas redes de televisão era bastante negativa, ao passo que, em *Chandler*, o uso das câmeras apenas registrou a justiça em pleno funcionamento. Portanto, o julgamento teria sido afetado por um viés. Outra explicação diz respeito ao papel cada vez mais importante da televisão, e menos relevante da mídia impressa, na obtenção de informações pelos membros da sociedade. Cf. *News camera in the courtroom*, ob. cit., pp. 53-54.

condenação. O número de potenciais espectadores em julgamentos de grande repercussão aumentou consideravelmente com a expansão tecnológica dos últimos anos. Casos propensos ao sensacionalismo midiático seguramente serão acompanhados por mais pessoas do que comporta um estádio. Talvez dezenas de vezes mais.

A abertura promovida por *Chandler* e a mudança de posição da *American Bar Association* permitiu a abertura de uma avenida de experimentos com o uso de câmeras em tribunais nos Estados Unidos. A matéria passou a ser de regulação eminentemente local. Diversos tribunais estaduais puderam realizar pesquisas controladas com envolvidos em julgamentos com câmeras, bem como com a população local afetada. A metodologia e o resultado desses experimentos serão objeto de estudo no capítulo 3.

Resta dizer que o modelo de transmissão de julgamentos nos Estados Unidos é eminentemente *ad hoc* e privado. São as redes de televisão privadas que escolhem os casos e selecionam os trechos que serão transmitidos, observados os limites fixados pelo juiz do caso, se ele deferir o televisionamento. O modelo de negócios das companhias de mídia não permite que elas transmitam casos inteiros, que podem durar horas ininterruptas e se arrastar por dias, afastando o público espectador, mas apenas trechos selecionados. Como visto no primeiro capítulo, o uso de pequenos trechos de julgamentos tem sido empregado como um dos argumentos para banir as câmeras dos tribunais, pois o uso da imagem não teria qualquer efeito positivo (*i.e.*, não seria suficiente para educar ou fomentar o debate público), mas poderia constranger juízes, jurados e testemunhas.

Com o intuito de solucionar esse problema é que foi fundado o canal de televisão a cabo Court TV[148], em 1991. A Court TV surgiu como um canal privado idealizado pelo advogado Steven Brill[149], também criador da revista *The American Lawyer*, com o

---

[148] Trata-se de uma abreviação para *Courtroom Television Network* (Rede de Televisão dos Tribunais, em português), cf. COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 124. Sobre o tema v., ainda, NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit.. GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., p. 124-154 (com fartos detalhes sobre a história que levou à criação da Court TV); HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System", ob. cit., pp. 800-7.

[149] Segundo o advogado, a rede teria surgido em uma "epifania de dois minutos", em uma corrida de táxi, em Manhattan. Brill teria ouvido uma cobertura de rádio, com inúmeros equívocos técnicos, sobre um caso local de homicídio. Naquele momento teria decidido criar a rede de televisão. A anedota é repetida em diversas fontes. Por todos, v. COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 124.

propósito de transmitir julgamentos ao vivo, sem interrupções, com comentários apresentados por especialistas. O modelo de negócios da Court TV tinha basicamente duas formas de financiamento: assinaturas e anunciantes[150]. A proposta de transmissão ininterrupta dos julgamentos causou sérios problemas ao financiamento por anunciantes, já que os intervalos da corte atendem à conveniência do juiz e das partes. A Court TV muitas vezes não era capaz de honrar os contratos de publicidade, em razão da ausência de momentos para a inserção dos anúncios. A despeito do enorme sucesso inicial, durante a maior parte de sua existência a Court TV foi deficitária[151].

A seleção de casos para transmissão era realizada em duas etapas. Primeiro, um time de buscadores (*trial trackers*) ficava responsável por fazer uma pesquisa nacional e selecionar entre vinte e trinta casos. Posteriormente, os editores da rede faziam a sintonia fina, escolhendo quatro ou cinco para gravação e televisionamento[152]. Segundo registra Hadieh Nasheri, cinco critérios eram determinantes na seleção de casos para cobertura: (i) a importância e o interesse público do caso; (ii) a notoriedade e a "noticiabilidade" do caso e dos participantes; (iii) a qualidade da história; (iv) o valor educacional do caso; e (v) a provável duração do caso[153]. Houve situações em que autoridades públicas indicaram à rede de televisão casos de interesse público para que fossem transmitidos[154].

A Court TV iniciou sua história televisionando julgamentos fortemente midiáticos, tornando-se nacionalmente conhecida apenas em 1994, por ocasião do julgamento de O.J. Simpson, considerado por muitos *o julgamento do século* nos Estados Unidos[155]. A rede transmitiu porções do julgamento dos crimes cometidos na guerra da Bósnia pelos

---

[150] Para uma breve discussão sobre o modelo de financiamento da Court TV, v. NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 42.

[151] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., pp. 124-5.

[152] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 126-7.

[153] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 42.

[154] GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., p. 141.

[155] Trata-se de ação penal movida pelo Estado da Califórnia contra O.J. Simpson, sob a acusação de que teria assassinado a esposa Nicole Brown e o amigo Ronald Goldman. Para uma breve descrição do caso e seus impactos sobre o uso de câmeras em julgamento, v. Cf. COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., pp. 3-7.

sérvios, ocorrido em 1996[156]. Durante toda a sua existência, a rede transmitiu mais de 750 julgamentos[157], entre casos de maior e menor repercussão.

Como se trata de uma rede de TV a cabo, a Court TV dependia de acordo com os operadores locais para que fosse transmitida. O número de lares abarcados pela rede, em 2002, chegou a quatorze milhões. Com o encerramento do julgamento de O.J. Simpson, o público ficou fatigado com temas judiciais e a audiência da rede caiu consideravelmente. Em 1998, após anos de queda nos índices de audiência, a Court TV acabou abrindo sua programação para outros formatos de apresentações, como séries e programas de auditório, especialmente no período noturno, considerado o horário nobre. Finalmente, em 2008, a rede foi reestruturada e redesignada TruTV, um canal destinado a transmitir vídeos e fatos reais (*i.e.*, uma rede inteiramente dedicada a *reality shows*). Em 2013, a rede encerrou definitivamente a transmissão de julgamentos[158].

Durante seus dezessete anos de existência a Court TV foi objeto de duras críticas, sendo que as mais contundentes se referem à seleção de casos. Com efeito, a rede focava maior parte da transmissão em ações criminais, notadamente homicídios com tons sensacionalistas. Isso se dava em razão do interesse público em violência e na necessidade de manter a audiência para que fosse possível financiar a própria emissora. Além disso, afirmava-se que a rede dava ao público uma impressão equivocada sobre o funcionamento do sistema de justiça. Isso porque apenas 6% das ações criminais efetivamente vão a júri, sendo que os outros são resolvidos por meio de um mecanismo denominado *plea barganing* (similar à transação penal). Estes casos ficavam simplesmente "abaixo do radar" [159].

---

[156] Julgamentos realizados pelo Tribunal Penal Internacional para julgamento de crimes na Iugoslávia, que será objeto de consideração específica adiante. Steven Brill afirmou, ainda, ter feito acordo para transmitir julgamentos na Rússia, Itália, Filipinas, África do Sul e alguns países da América do Sul, sem especificar quais. Contudo, tais julgamentos jamais foram efetivamente televisionados. Cf. COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., po. 133-4.

[157] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., pp. 50 e 131-150. GOLDFARB, Ronald L. *TV or not TV*, ob. cit., pp. 142-3.

[158] Um último programa restara da Court TV, denominado "In Session" ("em sessão", em português), que consistia na transmissão de julgamentos por seis horas diárias. Em março de 2013, a rede reduziu a programação judicial para duas horas diárias. Finalmente, em setembro do mesmo ano, extinguiu a atração, nada restando do antigo perfil da rede. EDDY, Cheryl. "A brief history of Court TV, where many a true-crime obsession was born", *TrueCrime*, 6 jan. 2015, disponível em: http://bit.ly/1PpOOHl; HO, Hodney. "TruTV ends 'In Session', cutting vestiges of CourtTV", *Access Atlanta,* 26 set. 2013, disponível em: http://on-ajc.com/1LEn7EF.

[159] HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System", ob. cit., p. 788.

O uso intenso de reprises também ensejava críticas. Finalmente, outro ponto de oposição à Court TV consistia no fato de ela ser excludente em relação às pessoas mais pobres, por depender de assinatura. Por isso havia um clamor para que existisse uma rede paralela, nos moldes da C-SPAN[160], para exercer as mesmas funções. É inegável, todavia, que a Court TV trouxe a milhões de americanos a oportunidade de assistir, pela primeira vez, ao vivo e de modo ininterrupto, aos procedimentos judiciais de seu próprio país.

2.2.4. Câmeras na berlinda novamente? Hollingsworth v. Perry *(2010).*

Em 2010, dezenove anos após *Chandler*, a questão do televisionamento de julgamentos voltou à pauta da Suprema Corte para uma nova rodada de debates. O contexto da discussão é a luta pelo reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo[161]. Em 2008, a Suprema Corte da Califórnia, apreciando diversos casos sobre o tema, acabou por afirmar a incompatibilidade entre a restrição ao casamento homoafetivo e a Constituição estadual. Grupos conservadores que se opunham à decisão iniciaram o procedimento para superar a decisão da corte. Na Califórnia, é possível que a constituição seja emendada por iniciativa popular, o que acabou ocorrendo por meio da denominada "Proposição 8", aprovada em 2008 por 52% do eleitorado[162]. Ato contínuo, a emenda foi questionada em ação iniciada na Corte Federal do Distrito Norte da Califórnia, sob o argumento de sua incompatibilidade com as cláusulas constitucionais federais do devido processo legal e da igualdade (*equal protection*)[163].

---

[160] HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System", ob. cit., p. 788.

[161] A discussão se encerrou com a decisão recentemente proferida em *Obergefell v. Hodges*, no qual a Suprema Corte reconheceu que a vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo viola à décima quarta emenda da constituição norte-americana. O acórdão está disponível em: http://1.usa.gov/1QTtTz1. Acesso em 19 fev. 2016.

[162] A decisão incluiu na Constituição um artigo com o seguinte teor: "apenas o casamento entre homem e mulher é válido ou reconhecido na Califórnia".

[163] No sistema de jurisdição americano, se a causa de pedir é vinculada à legislação ou à constituição federal, a competência para julgar a causa é da justiça federal, cf. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven, Yale University Press, 1993, pp. 43-47.

A esta altura, o debate sobre a validade da Proposição 8 já tinha se tornado um assunto extremamente controvertido em âmbito nacional. Considerando, assim, o grande interesse do público pelo julgamento, a Corte Federal do Distrito Norte da Califórnia, por meio de seu *Chief Judge* Vaughn R. Walker, sugeriu a sua transmissão pública[164]. A matéria foi objeto de audiência específica com as partes, sem que houvesse oposição ao televisionamento. Em seguida, por iniciativa de Walker, o Tribunal Federal de Apelações do 9º Circuito decidiu pela formação de um comitê para avaliar a proposta. O resultado foi a aprovação de um programa piloto de transmissões na região de competência do nono circuito. A seleção dos casos foi designada ao Presidente da Corte Federal proponente, em acordo com o Presidente do Tribunal de Apelações. Não houve publicidade sobre os debates e não foram apresentadas regras gerais sobre o programa.

Como já era esperado, diversas redes de televisão apresentaram pedido para transmitir o julgamento da Proposição 8. Ocorre que, para que fosse possível a transmissão, a Corte Federal tinha que alterar regras anteriores em vigor, que expressamente a proibiam, o que foi realizado e divulgado no sítio eletrônico da corte. Em seguida, a Corte Federal anunciou que autorizaria a transmissão ao vivo do julgamento para outros cinco tribunais selecionados, sendo que a gravação seria posteriormente transmitida pela *internet*. Em paralelo, Walker submeteu ao Presidente da Corte de Apelações o pedido para a inclusão deste julgamento específico no programa piloto de televisionamento.

Contra esta decisão foi impetrado o *writ of mandamus* (similar ao mandado de segurança) por intervenientes processuais que defendiam a Proposição 8 na demanda federal, que restou indeferido pelo 9º Circuito. Ato contínuo, o Presidente do 9º Circuito deferiu a transmissão ao vivo para outras Cortes, mas não a retransmissão pela *internet*, alegando inviabilidade técnica[165]. Finalmente, os impetrantes foram à Suprema Corte

---

[164] O caso se tornou ainda mais polêmico após o citado Presidente da Corte Federal do Norte da Califórnia haver se declarado homossexual, o que somente ocorreu depois do julgamento que invalidou a Proposição 8. Com base no fato, os defensores da Proposição 8 tentaram anular a decisão no Tribunal de Apelações, por suposto interesse do juiz no resultado da causa. O pedido, contudo, foi rejeitado. Entre os argumentos utilizados, afirmou-se que os tribunais já rejeitaram impugnações semelhantes relacionadas a juízas que apreciam casos de abuso sexual e juízes de origem hispânica que apreciam casos de imigração ilegal, cf. DOLAN, Maura. "Gay judge wasn't required to remove himself from same-sex marriage case, U.S. judge rules". *Los Angeles Times*, 15 jun. 2011. Disponível em: http://lat.ms/1FXQRjX.

[165] Não se pode deixar de notar certa perplexidade na razão fornecida para a recusa, eis que o Supremo Tribunal Federal já fazia transmissões havia oito anos. Possivelmente o indeferimento teve cunho político.

com pedido liminar (*stay*) para suspender a transmissão do julgamento, fazendo-o sob dois fundamentos: (i) a alteração de normas procedimentais deveria ser precedida de abertura de prazo para comentários – o famoso *notice and comment* previsto nas regras federais de processo administrativo, e (ii) a transmissão violaria o direito ao devido processo legal, como já assinalado pela Suprema Corte em *Estes*.

Para demonstrar o efetivo prejuízo, os defensores da Proposição 8 arguiram perante a Suprema Corte que vinham sofrendo perseguição de diversos matizes apenas por terem seus nomes divulgados publicamente. Afirmaram que financiadores do movimento conservador foram alvo de ameaças de morte. Alegaram ter havido a criação de uma lista negra na *internet*, para que comerciantes, consumidores e empregadores boicotem as pessoas que defendem a Proposição 8, na qual seus nomes foram lançados. Novamente, o tema suscitou acesa controvérsia na Suprema Corte. O resultado final foi 5 a 4 em favor da suspensão do televisionamento.

O voto *per curiam* da maioria – isso é, sem indicação de um autor específico para representá-la – argumenta que a discussão a respeito do televisionamento de cortes é bastante controvertida, mas a questão apresentada ao tribunal é limitada ao seguinte ponto: "se a emenda efetuada pela Corte Federal às regras locais para permitir o televisionamento é compatível com a legislação federal"[166]. Segundo a legislação em vigor, a alteração de regras locais deve ser precedida de oportunidade para comentários, excetuado os casos em que há imediata necessidade de uma regra.

Segundo a decisão, a primeira versão da nova regra foi disponibilizada para comentários na véspera de ano novo, encerrando-se o período da consulta em 8 de janeiro subsequente. O período de apenas cinco dias úteis não seria adequado à uma reflexão madura sobre o tema[167]. Quanto à audiência com as partes ocorrida anteriormente, a maioria reputou que não seria suficiente, pois ali não houvera a proposição de qualquer ato específico. A Suprema Corte alude ao fato de que os tribunais e os legisladores estão procedendo com redobrada cautela ao tratar do televisionamento. Quanto à exceção da necessidade imediata de

[166] *Hollingsworth v. Perry*, 570 U. S. ___ (2013), Docket no. 12-144, p. 07.

[167] *Hollingsworth v. Perry*, 570 U. S. ___ (2013), Docket no. 12-144, p. 10: "Há mérito substancial no argumento de que isso não foi 'apropriado' aviso e oportunidade para comentários. Agências administrativas, por exemplo, 'normalmente' permitem um período de comentários por 'trinta dias ou mais'".

implementação da nova regra, a Corte considera que não foram explicitadas razões para que fosse possível invocá-la.

Por outro lado, a decisão considera que os requerentes demonstraram a potencialidade de um *dano irreparável* resultante da eficácia imediata da decisão impugnada[168]. Segundo a corte, "testemunhas sujeitas a perseguição como resultado da transmissão de seu depoimento podem ficar menos dispostas a cooperar em futuros procedimentos". O tribunal acabou por fazer uma ponderação: como os requerentes da liminar apontaram um dano concreto decorrente do televisionamento dos julgamentos, sem que os requeridos nada tenham oposto, deve prevalecer a suspensão postulada. O tribunal considerou que a falta de um procedimento abstrato regulando o modo de transmissão poderá ocasionar riscos à ordem, ao decoro e à tradição racional sobre a qual as cortes operam, que garante a integridade dos julgamentos.

A minoria, composta pelos *Justices* Breyer, Stevens, Ginsburg e Sotomayor, recusou a concessão da liminar. O *Justice* Breyer, responsável pela redação da contundente opinião minoritária, afirma que nenhum dos requisitos tradicionais para a atuação liminar na corte estão presentes. Breyer registra que nenhum dos interessados no processo registrou oposição ao televisionamento na audiência preliminar com esse propósito. O suposto prazo exíguo para comentários foi suficiente para que 138.571 manifestações fossem apresentadas, sendo que apenas 32 contrárias à transmissão. Sob todos os ângulos, afirma Breyer, o requisito de *notice and comment* foi respeitado.

A minoria acusa a maioria de usar argumentos formais para, na verdade, impor uma visão sobre política pública, consistente na inadequação de transmissão pública de julgamentos[169]. Breyer afirma que os danos alegados pelos requerentes são

---

[168] *Hollingsworth v. Perry*, 570 U. S. ___ (2013), Docket no. 12-144, p. 13: "O julgamento irá envolver diversas testemunhas, incluindo membros de casais do mesmo sexo; acadêmicos, que aparentemente irão discutir questões de gênero, igualdade de gênero e também estruturas familiares; e aqueles que participaram na campanha que resultou na adoção da Proposição n° 8. Esta Corte tem reconhecido que os depoimentos de testemunhas pode ser enfraquecido se transmitido" (no original: "This Court has recognized that witness testimony may be chilled if broadcast")".

[169] *Hollingsworth v. Perry*, 570 U. S. ___ (2013), Docket no. 12-144, p. 23: "Reconheço que a Corte pode ver essa questão não como uma sobre promulgação e aplicação de um regra local mas, ao invés, como apresentando a questão mais ampla sobre o lugar das câmeras nos tribunais. Mas a sabedoria sobre a política envolvendo câmeras é primariamente uma matéria de decisão dos órgãos administrativos. Esta Corte não tem autoridade legal para decidir essa larga questão de política, *exceto quando ela implicar, concomitante, uma questão de direito*" (destaque acrescentado).

inexistentes. Para tanto, ele cita a decisão em *Chandler* precisamente no trecho em que registra a ausência de dados empíricos comprovando efeitos adversos decorrentes do uso de câmeras. Quanto às testemunhas e *experts* do processo, são todos pessoas públicas, que têm se engajado no debate sobre o tema no espaço público. E mais: a decisão impugnada apenas deferiu o televisionamento para outras cortes – aumentando, assim, o público espectador –, mas não permitiu a transmissão geral em rede pública, de modo que a alegação de risco de dano deve ser posta em perspectiva.

Finalmente, para a minoria, a ponderação de valores deveria pender em favor do indeferimento da suspensão requerida. O interesse público, afirma Breyer, está na transmissão. Somente ela assegurará que o público tenha acesso e possa aprender sobre o caso específico em debate, bem como sobre o funcionamento das instituições judiciais.

2.2.4.1. Críticas e desdobramento pós-Hollingsworth

Em *Hollingsworth* o que se vê é um tribunal dividido sobre a possibilidade de televisionamento limitado do julgamento de um caso de grande repercussão pública. Curiosamente, a maioria invoca a decisão em *Estes* para justificar a necessidade de mais estudos sobre os efeitos das câmeras, e a minoria menciona *Chandler*, para defender a posição oposta. A decisão proferida em *Hollingsworth* é criticável sob diversas perspectivas. Em primeiro lugar, parece inadequado equiparar as regras de televisionamento de um julgamento aos atos regulatórios provenientes de agências administrativas nos Estados Unidos. As regras de operação dos tribunais claramente estão fora do escopo do *Administrative Procedure Act* (Lei de Processo Administrativo). Seria razoável até mesmo sustentar que a matéria tem natureza jurisdicional – tema retomado no capítulo 4 –, embora não seja essa a opinião prevalecente nos Estados Unidos.

Além disso, o julgamento da Proposição 8 era uma matéria extremamente controvertida e de interesse nacional, pois estava em jogo a interpretação de direitos fundamentais constitucionais, tornando o caso substancialmente diferente daqueles versados nos precedentes. *Chandler* e *Estes*, como visto anteriormente, eram casos criminais, ao passo que *Hollingsworth* tem natureza civil-constitucional, não estando sujeito a júri. Por fim, há ainda uma questão de proporcionalidade: parece perfeitamente possível manter o

televisionamento geral do caso, mas cuidando-se para excluir depoimentos de pessoas que se opuserem a ele por fundadas razões. Esses dois últimos pontos escaparam à minoria, mas parecem igualmente pertinentes ao julgamento da questão.

Em resumo, nos Estados Unidos, prevalece hoje a ideia de que o televisionamento de julgamentos não é proibido ou permitido pela Constituição. Com a demonstração de *efetivo prejuízo*, admite-se a anulação de julgamentos criminais, na esteira de *Chandler*. Ocorre que a prova parece tão difícil de ser feita que, na prática, não há precedentes da Suprema Corte de anulação por este motivo. A decisão em *Hollingsworth*, contudo, fez surgir novas dúvidas quanto ao teste, eis que a corte admitiu que as simples declarações de potenciais especialistas servissem como base para a suspensão da decisão judicial da Corte Federal da Califórnia, ressuscitando, em alguma medida, as considerações do tribunal em *Estes*.

2.2.5. O televisionamento na Suprema Corte dos Estados Unidos

Uma pesquisa encomendada pelo canal C-SPAN[170], realizada pela Penn Schoen Berland, cujos resultados foram divulgados em 14 de julho de 2015, relata que 76% dos adultos americanos são favoráveis ao televisionamento dos julgamentos da Suprema Corte[171]. Trata-se do maior percentual desde junho de 2009, quando 61% dos americanos eram favoráveis à medida. A despeito desses números, a Suprema Corte segue completamente infensa à publicidade institucional, qualquer que seja o meio empregado. Segundo as regras da corte, os visitantes não estão autorizados a fotografar, filmar ou gravar áudio das sessões de julgamento. A única concessão feita pelo tribunal é a divulgação semanal da transcrição do áudio dos debates orais, o que normalmente ocorre às sextas-feiras.

Em 2012, às vésperas do primeiro julgamento relativo à reforma do sistema de saúde dos Estados Unidos (*National Federation of Independent Business* v. *Sebelius*) promovida por Barack Obama, ocorreu a última investida conhecida em favor do

---

[170] A rede de televisão C-SPAN (*Cable-Satellite Public Affairs Network*, no original; Rede de Cabo-Satélite para Assuntos Públicos, em português) é privada e foi fundada em 1979 pelas demais redes de televisão a cabo.

[171] BERLAND, Penn Schoen. "U.S. Supreme Court – Key Findings", 14 jul. 2015, disponível em: http://bit.ly/1DgShVf.

televisionamento[172]. O CEO e fundador da C-SPAN, Brian Lamb, solicitou formalmente ao *Chief Justice* John Roberts autorização para transmitir o julgamento. Diversos e importantes veículos de comunicação aproveitaram e endossaram o pedido, tais como o *Boston Globe, Washington Post* e o *Los Angeles Times*. O requerimento, contudo, foi negado. Naquele mesmo ano, senadores democratas e republicanos se uniram para discutir um projeto de lei destinado à inclusão de câmeras na Suprema Corte (denominado *Cameras in the Courtroom Act*). O projeto chegou a ser aprovado no comitê judicial, mas não foi submetido à votação final[173].

2.3. A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO

O uso de meios audiovisuais em julgamentos no Reino Unido foi expressa e formalmente proibido em 1925, em reação ao uso reputado sensacionalista de fotografias pelos jornais da época[174]. A amplitude da vedação, que incluía até mesmo simples desenhos feitos manualmente, impediu a realização de experiências por longo período de tempo. Somente em 1988, por iniciativa da Ordem dos Advogados do Reino Unido (*General Council of the Bar*, no original), foram realizados os primeiros estudos no sentido de viabilizar o uso de meios audiovisuais nos tribunais do Reino Unido, dando origem ao

---

[172] CARTER, Edward L. "Supreme Court oral argument video: a review of media effects research and suggestions for study". *Brigham Young University Law Review* v. 2012, ed. 6, pp. 1719-1720.

[173] PECQUET, Julian. "Bill to place cameras in Supreme Court won't pass before healthcare challenge". *The Hill*, 28 fev. 2012, p. 3. Congressional Digest, "Supreme Court TV Coverage", janeiro/2012, p. 15. Outra tentativa de aprovação de um projeto semelhante ocorreu em 2000. Na época, o projeto foi denominado *Sunshine in the Courtroom Act* (*lei da luz do sol nos tribunais*, em tradução livre). A matéria chegou a ser debatida em audiência no comitê judicial do Senado, mas também não foi levada adiante.

[174] O dispositivo foi incluído na legislação criminal por força do *Criminal Justice Act* de 1925, eis a sua redação: "Seção 41. 1. É proibido: (a) fotografar ou tentar fotografar qualquer tribunal, ou objetivando uma publicação, produzir ou tentar produzir, em qualquer tribunal, qualquer retrato ou desenho de qualquer pessoa, sendo um juiz da corte ou jurado ou testemunha ou a parte em qualquer procedimento submetido ao tribunal, seja civil ou criminal; ou (b) publicar qualquer fotografia, retrato ou desenho produzido em contrariedade à previsão anterior desta seção ou qualquer reprodução do mesmo; e se qualquer pessoa agir em contrariedade à previsão anterior desta seção ele/ela deverá, em julgamento sumário, ser responsabilizado em relação a cada ofensa, em multa não excedente ao nível 3 da esclaa padrão". O trecho original da legislação pode ser encontrado em: bit.ly/1nlWnVw. V. STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit., pp. 11 e 15-18. Há decisões judiciais no Reino Unido indicando que a proibição se estende ao uso de câmeras cinematográficas e outros aparelhos similares, v. Department for Constitutional Affairs, "Broadcasting Courts", *Consultation Paper* CP 28/04, nov. 2004, p. 13

denominado *relatório Caplan*[175]. O documento defendeu enfaticamente a abertura dos tribunais aos meios audiovisuais, salientando que os avanços tecnológicos haviam permitido a superação das tradicionais críticas ao televisionamento, e que a legitimidade do Poder Judiciário dependia da abertura dos tribunais ao público em geral. Curiosamente, no ano seguinte foram iniciadas as transmissões ao vivo das sessões do Parlamento britânico, que perduram até hoje[176].

Em 1996, a rede de televisão BBC formalizou requerimento à Câmara dos Lordes, então órgão de cúpula judicial[177], solicitando a gravação e divulgação de julgamentos de apelações em casos criminais. A instituição negou o pedido, sob o argumento de que a transmissão poderia prejudicar a compreensão do público a respeito das atividades judiciais. No entanto, a Câmara permitiu à rede de televisão a transmissão da sessão de divulgação do julgamento, o que foi considerado um avanço na época. Daniel Stepniak sugere que a aproximação constante entre a mídia e os juízes foi importante para criar um clima de mútua confiança. Em consequência, em 1998 a Câmara dos Lordes permitiu a transmissão ao vivo dos procedimentos judiciais envolvendo o rumoroso pedido de extradição do ex-ditador chileno Augusto Pinochet. A enorme repercussão do caso, tanto nacional quanto internacionalmente, fez com que o procedimento de apresentação do resultado dos julgamentos fosse modificado: ao invés de simplesmente anunciar, oralmente, o acolhimento da pretensão recursal (como era a tradição), os juízes passaram à leitura de suas razões específicas para a decisão[178].

---

[175] Em referência ao seu autor, Jonathan Caplan. V. Department for Constitutional Affairs, "Broadcasting Courts", ob. cit., p. 14. LAMBERT, Paul. *Courting publicity: twitter and television cameras in court*, ob. cit., pp. 64-68.

[176] STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit., p. 14. Registre-se que as primeiras experiências envolvendo televisionamento de tribunais em território britânico ocorreram na Escócia, em razão da inaplicabilidade dos dispositivos criminais editados pelo parlamento britânico àquele país.

[177] Até outubro de 2009, a Câmara dos Lordes exercia o papel de mais alta corte de apelações no Reino Unido, por intermédio de seu *Comitê de apelações*, composto por *Law Lords*, até ser substituída em tais funções pela Suprema Corte do Reino Unido.

[178] STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit., p. 34: "(...) em ordem a tornar a transmissão mais significativa para o público, os cinco *Law Lords* abandonaram a prática tradicional do comitê de apelações de simplesmente afirmar se eles concordam ou recusam o apelo, substituindo-o pela apresentação de sumários orais de seus julgamentos". A questão retornou ao tribunal para revisão, ante a suspeição de um dos *Law Lords* participantes do primeiro julgamento. Na apreciação da revisão, o procedimento não pode ser televisionado, somente as conclusões finais. Para uma análise do caso, v. "The Pinochet case: timeline". *BBC News*, 12 jan. 2000, disponível em: bbc.in/1OwAhbs.

As discussões envolvendo o televisionamento de tribunais no Reino Unido prosseguiram. Em 2000, o Lorde Chanceler britânico anunciou planos de televisionar permanentemente as cortes de apelação no país, modificando o código criminal então vigente. Em 2002, foram realizados os primeiros estudos de viabilidade técnica neste sentido. A discussão foi, contudo, interrompida, em razão da proposta de reestruturação do Poder Judiciário britânico, apresentada pelo governo em 2003, que resultou na edição do *Constitutional Reform Act* em 2005, e na criação da Suprema Corte do Reino Unido, em 2009[179].

Em 2004, por iniciativa do Departamento de Assuntos Constitucionais (*Department of Constitutional Affairs*, no original, órgão pertencente ao Ministério da Justiça), lançou-se uma consulta pública objetivando modificar, uma vez mais, as regras de 1925. Seguiu-se, ainda, a realização de um seminário na cidade de Londres, que reuniu acadêmicos, juristas profissionais e membros da mídia[180]. Como relata Daniel Stepniak, um dos participantes do evento, foi perceptível a diferença de "entusiasmo" entre os representantes do Judiciário e os membros da mídia[181]. O resultado final da consulta pública foi pelo reconhecimento de que "o suporte geral pelo televisionamento é limitado, e que há grande preocupação com o potencial impacto sobre os participantes, especialmente testemunhas e jurados, nos julgamentos". Por este motivo, o Departamento "está explorando se há opções que possam apropriar-se dos benefícios, sem causar riscos de danos aos participantes ou qualquer impacto negativo à administração da Justiça"[182]. Não houve avanços após essa consulta, muito embora as regras de 1925 tenham sido desobedecidas em alguns casos pontuais, sem consequências para a mídia ou para os juízes.

A Suprema Corte do Reino Unido, em razão das particularidades envolvendo a sua criação, é excepcionada da proibição geral de registros fotográficos e gravações no interior dos tribunais. Como visto acima, a Câmara dos Lordes podia efetuar

---

[179] Para uma discussão sobre essa mudança em português, v. CYRINO, André Rodrigues. "Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. Novel espécie de *judicial review*?" *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* n. 62, 2007, pp. 27-44.

[180] Os arquivos sobre a consulta estão disponíveis em: bit.ly/1PpNKPs.

[181] STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit., pp. 61-62.

[182] Departament of Constitutional Affairs, "Broadcasting Courts", Response to consultation, 30 jun. 2005, p. 42.

televisionamentos por estar formalmente *fora* da estruturação judicial do país (tratava-se de órgão do parlamento). Objetivando manter essa tradição, o *Constitutional Reform Act* expressamente excepcionou a Corte da regra de 1925. O governo fez questão de afirmar, na justificativa do projeto, que a cláusula "simplesmente reproduz o modelo existente. Ela não é uma indicação da posição do governo sobre a discussão mais ampla sobre a presença da radiodifusão em tribunais" [183]. Portanto, no âmbito da Suprema Corte britânica, todos os procedimentos são gravados e arquivados. Há duas salas na corte destinadas a espectadores que queiram assistir aos julgamentos em tempo real, sem ter que adentrar à sala de sessões [184]. No início, nem todas sessões eram transmitidas em tempo real, o que provavelmente ocorria por razões econômicas.

Contudo, a partir de 2012, a corte passou a transmitir pela *internet* (*webcast*) algumas de suas sessões de julgamento, valendo-se tanto de sua página eletrônica como a da rede de notícias *Sky News*. Em fevereiro de 2013, a corte passou a ter um canal próprio no *YouTube*[185], no qual são encontrados vídeos com um resumo de cinco minutos da decisão em cada um dos casos apreciados pelo tribunal[186]. Atualmente, todos os debates sobre casos submetidos ao tribunal são transmitidos diretamente pela *internet* [187], independentemente de consentimento das partes[188]. O tribunal não tem um canal próprio de televisão e não há plano para criá-lo.

---

[183] LAMBERT, Paul. *Courting publicity: twitter and television cameras in court*, ob. cit., p. 73.

[184] *The Supreme Court Annual Report and Accounts* 2009-2010. London: Crown, 2010, p. 36. A exigências relativas ao comportamento e ao vestuário são menores nas referidas salas, o que contribui para a acessibilidade geral do público.

[185] Disponível em: bit.ly/1RT326c.

[186] *The Supreme Court Annual Report and Accounts* 2012-2013. London: Crown, 2013, p. 41.

[187] Disponível em: bit.ly/1tG9sUm. Registre-se que as imagens divulgadas pela *internet* não podem ser retransmitidas por outros meios sem autorização expressa do tribunal, sob pena de violação à legislação de direitos autorais e, ainda mais grave, desrespeito à autoridade da Corte (*contempt of Court*). Essas precauções possivelmente estão ligadas ao risco de uso indevido das imagens em programas humorísticos e piadas na *internet*. Contudo, ao não permitir a retransmissão pura e simplesmente, perde-se uma importante parte do poder do discurso do tribunal relativamente às pessoas comuns. Este ponto será abordado no capítulo 6. Não foi possível apurar se alguma punição já foi aplicada com fundamento neste aviso.

[188] A matéria é tratada na Seção n. 27 do Regimento Interno da Corte, que afirma a possibilidade de realização de sessões fechadas quando houver (i) interesse da justiça ou (ii) no interesse público geral. Em todo caso, o regimento exige que a corte publique as razões *antes* de proceder à sessão. Acesso em 20 jan. 2016. Disponível em: bit.ly/1nyNqYx.

2.4. A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ

A Suprema Corte do Canadá foi formalmente criada em 1875, consoante autorização concedida no *British North America Act*, editado em 1867 pelo parlamento britânico, que criou o domínio do Canadá (a nação somente ganharia independência completa em 1982). A despeito do nome, a corte permaneceu submetida ao *Judicial Committee of the Privy Council*, órgão judiciário do Reino Unido, até 1949. O tribunal teve um papel secundário na história canadense até 1982, quando foi editado o *Constitution Act* e, dentro dele, a Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*, no original)[189]. O documento "constitucional" serviu de fonte para inúmeras decisões da corte sobre temas política e socialmente divisivos, ao ponto de ser equiparada, pelo *Chief Justice* Anonio Lamer, em 2000, à "uma revolução na escala da introdução do sistema métrico, das grandes invenções de Louis Pasteur, e da invenção da penicilina e do laser"[190]. O inegável sucesso da corte de cúpula canadense coincidiu com a sua abertura, cada vez maior, ao público e à imprensa.

A paulatina abertura da Suprema Corte do Canadá ao público, que culminaria com o televisionamento dos procedimentos, teve início na gestão do *Chief Justice* Brian Dickson, entre 1984 e 1990. Embora as primeiras entrevistas de juízes aos jornais e à televisão tenham ocorrido na década de 1970, foi na gestão de Dickson que se criou o cargo de *Executive Legal Officer* (algo como "agente jurídico-administrativo"), profissional dedicado a dialogar e explicar as decisões proferidas pela corte à imprensa, sem similar em outras jurisdições. Dickson ainda tomou a decisão polêmica de convidar "uma equipe de documentaristas para o santuário interior da corte: os corredores, gabinentes e a sala de conferências dos quais tinha sido negado acesso ao público"[191]. É dizer: somente na década de 1980, após quase um centenário de existência do tribunal, o público teve a primeira oportunidade de ver onde as decisões são tomadas.

---

[189] Supreme Court of Canada, "The Supreme Court of Canada and its justices – La Cour Supreme du Canada et ses juges", 2000, pp. 5-31.

[190] HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 18.

[191] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word,* ob. cit., p. 12.

A preocupação com a abertura foi igualmente uma das características da gestão de Antonio Lamer, *Chief Justice* da Suprema Corte entre 1990 e 2000. Logo em seu primeiro ano iniciou-se o processo de gravação dos debates orais ocorridos na corte[192]. Em princípio, a gravação foi efetuada por meio de um circuito interno de TV (CCTV). Segundo Stepniak, a experiência logo foi percebida como positiva pelos juízes, que "acharam essas gravações muito úteis na simplificação e melhora de tomada de notas, e até mesmo capaz de permitir que juízes ausentes vejam as gravações das discussões perdidas e, com o consentimento dos advogados, sejam autorizados a participar de julgamentos" [193]. A deliberação definitiva em favor do televisionamento externo foi tomada em 1993. Foram televisionados três casos rumorosos[194], em caráter experimental, sendo o mais relevante deles *Rodriguez* v. *British Columbia*, julgado em 1993, em que se discutia o direito ao suicídio assistido[195]. A partir de 1995, basicamente todos os julgamentos da Corte passaram a ser transmitidos pelo *Canadian Parliamentary Affairs Channel* (CPAC), um canal público de televisão a cabo dedicado aos assuntos do parlamento, embora a corte também permita que retransmissões sejam feitas pelas redes comerciais, mediante autorização específica.

Por muitas razões o diálogo público se tornou uma questão muito importante para a Suprema Corte canadense[196]. A Carta de Direitos e Liberdades, aprovada em 1982, era vista com muita desconfiança pelos grupos que compõem o país, muito diferentes entre si. Os políticos de Québec, de origem e tradições francesas, afirmaram que a nova Constituição eram um "atualização da conquista", e que constituía uma tentativa de "quebrar a espinha da comunidade quebequense". Os grupos conservadores temiam o uso da carta pelos tribunais para a imposição de valores liberais, ostentado por juízes e pela academia

---

[192] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word*, ob. cit., p. 13.

[193] STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*, ob. cit., p. 150. No sistema canadense, o magistrado ausente das sessões de debates com os advogados não pode participar da decisão, salvo se houver consentimento posterior das partes.

[194] "Canada's Supreme Court Allows Live TV Coverage", *Wall Street Journal - Eastern edition*, Nova Iorque, Estados Unidos, 03 mar. 1993: "OTTAWA – A Suprema Corte Canadense permitiu ontem pela primeira vez cobertura ao vivo televisiva de seus procedimentos. A transmissão experimental envolveu câmeras na Corte que eram ativadas por som, mudando de orador para orador, em resposta a suas vozes. Nenhuma outra corte canadense permite cobertura de rádio ou TV em seus julgamentos. A Suprema Corte Americana não permite esses procedimentos também, apesar de Cortes de diversos estados permitirem".

[195] O caso envolvia o direito de Sue Rodriguez, uma mulher de 42 anos diagnosticada com a doença de Lou Gehrig, ao suicídio assistido, criminalizado no Canadá. A Suprema Corte rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo, pela apertada maioria de 5 votos a 4. Apenas para registro, a decisão foi superada em 2015, por uma Corte unânime, em *Carter v. Canada*.

[196] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word*, ob. cit., pp. 23-28.

de esquerda, à comunidade canadense. Os grupos das províncias do oeste canadense viam nela uma tentativa de manter o poder político de Ottawa por meio dos juízes. Até mesmo a comunidade acadêmica teceu críticas aos novos poderes do tribunal[197]. A disputa em torno da nova Carta e dos poderes da corte foi tão grande que o compromisso só foi possível com a previsão da *notwithstanding clause* (a cláusula de "não-obstante", prevista na Seção 33 da Carta), que permite aos governos nacional e provinciais a inobservância de disposições constante do rol de direitos fundamentais da constituição pelo prazo de cinco anos[198].

Mais relevante é notar que o exercício da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte do Canadá traz consigo um risco imediato de superação de suas decisões pelo exercício do poder previsto na seção 33 do texto constitucional, além de riscos remotos (e mais graves) de empacotamento da Corte e desmantelamento nacional, como decorreria da secessão da província de Québec[199]. Neste contexto, a importância que a comunicação entre o público e a Corte é muito maior do que a existente nos Estados Unidos, por exemplo, onde mesmo decisões extremamente impopulares não têm aptidão para causar resultados tão catastróficos quanto os mencionados. A necessidade de ganhar legitimidade e a ciência de que os jornalistas "possuem a última palavra"[200] sobre as decisões da Corte – no sentido de que eles vão traduzi-las para o público – tenha sido a motivação essencial à postura extremamente transparente do tribunal, que se autorrotula a "corte mais aberta do mundo"[201].

As regras legais e regulamentares que disciplinam o procedimento perante a Suprema Corte do Canadá silenciam quanto às condições de transmissão dos

---

[197] V. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*, ob. cit., pp. 17-21: "O desejo de atores políticos nacionais de transferir autoridade para a criação de políticas públicas da esfera política para as cortes e o desejo do judiciário de responder positivamente às demandas por ativismo são importantes razões explicativas da expansão do poder judicial no Canadá nas últimas duas décadas" (p. 20). SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word*, ob. cit., p. 27.

[198] Seção 33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar em uma lei do Parlamento ou da legislatura, como seja o caso, que a Lei ou uma de suas disposições deverá funcionar não obstante uma disposição existente na seção 2 ou nas seções 7 a 15. (2) Uma Lei ou disposição de lei, em vigor, que diz respeito a uma declaração feita sob essa seção deve obedecer essa operação como também o fornecimento desta Carta em sua declaração. (3) Uma declaração feita sob a subseção (1) deixará de produzir efeitos cinco anos após sua entrada em vigor ou em data anterior, podendo essa ser especificada na declaração. (4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode decretar novamente uma declaração feita sob a subseção (1). (5) A subseção (3) aplica-se em relação a uma nova decretação feita sob a subseção (4).

[199] HAUSEGGER, Lori; RIDELL, Troy. "The changing nature of public support for the Supreme Court of Canada". *Canadian Journal of Political Science* v. 37, mar. 2004, p. 24.

[200] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word*, ob. cit., p. 30.

[201] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word*, ob. cit., p. 199.

julgamentos, inexistindo, assim, protocolo escrito quanto ao uso de câmeras[202]. A despeito disso, a página eletrônica informa que: "os procedimentos da Corte serão transmitidos ao vivo, ao menos que o caso não seja adequado para a transmissão, devido a uma proibição de publicação ou preocupações com a privacidade"[203]. Ho Youm Kyu informa que a Corte faculta às partes que apresentem oposição à gravação dos debates orais em até duas semanas antes do julgamento[204]. As relações entre a Corte e a rede CPAC é regulada por contrato intergovernamental, que não está disponível ao público[205]. A página eletrônica da Corte na *internet* afirma que o uso de materiais contendo imagem ou vídeos do tribunal devem ser objeto de autorização prévia, comerciais ou não. O uso dos materiais para filmes dramáticos ou ficcionais é inteiramente vedado. O acesso aos arquivos é facultado a qualquer cidadão, cobrando-se apenas uma taxa simbólica para remunerar os trabalhos do tribunal. Por fim, registre-se que as deliberações do tribunal não são transmitidas, mas tão somente os debates orais e o anúncio final do julgamento.

2.5. A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO MÉXICO

A Suprema Corte de Justiça do México iniciou as transmissões públicas de suas sessões públicas em 2005[206]. Segundo registrado pela própria Corte, a ideia surgiu dos cidadãos, por ocasião da *Consulta Nacional sobre uma Reforma Integral sobre a Prestação de Justiça no Estado Mexicano*[207]. Inicialmente as transmissões foram realizadas por meio de um canal a cabo, por iniciativa conjunta da Secretaria de Educação Pública e da Câmara Nacional da Indústria de Televisão a Cabo (CANITEC), limitadas a quinze horas

---

[202] É o que afirma HO, Youm Kyu. "Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning". *Brigham Young University Law Review*, 2012, p. 2008. Os instrumentos são o *Supreme Court Act* (disponível em: http://bit.ly/1PdLlfc, editado em 1985) e o *Rules of Supreme Court of Canada* (disponível em: http://bit.ly/1nrJLMD, editado em 2002).

[203] Disponível em: http://bit.ly/1TvV5mp. Acesso em 08 jan. 2016.

[204] HO, Youm Kyu. "Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning", ob. cit., p. 2008.

[205] O documento não se encontra *on-line.* Além disso, o autor da presente tese solicitou o documento por correio eletrônico à assessoria de comunicação social da Corte e do canal CPAC, mas não obteve resposta.

[206] LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica, "La transmisión de juicios por televisión en el Poder Judicial de la Federación, como ejercicio de la transparência proactiva y como práctica ciudadana del poder", *Cuadernos de Trabajo, Serie Marrón*. Instituto de la Judicatura Federal, 2015.

[207] Disponível em: http://bit.ly/1SbBZBx.

semanais. O sucesso do primeiro experimento levou à criação do *Canal Judicial*, que foi viabilizado pelo uso da capacidade de satélite reservada ao governo mexicano.

O acesso ao *Canal Judicial* foi assegurado pela distribuição de antenas para os centros de estudos jurídicos no México, além de fornecimento gratuito do sinal para as redes de televisão a cabo. A partir de 2008, o sinal passou a ser disponibilizado na *internet*[208], com o que se pretendeu reduzir as dificuldades de acesso pela camada menos privilegiada da população. As sessões do Tribunal Superior Eleitoral também compõem o cardápio de opções oferecido pela Canal Judicial mexicano.

2.6. A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Ao contrário das cortes nacionais, nas quais é rara a transmissão de julgamentos, nos tribunais internacionais a situação é oposta. A regra é a permissão da gravação e a retransmissão, sempre limitada aos debates orais antecedentes à decisão, desde que informações sensíveis não estejam em discussão. O uso de câmeras no âmbito internacional começou já no Tribunal de Nuremberg, em 1947, responsável por julgar os crimes praticados pelos membros do governo nazista durante a segunda guerra mundial. As gravações estão atualmente arquivadas junto à Corte Internacional de Justiça e ao Arquivo Nacional, este último pertencente ao governo dos Estados Unidos[209].

O Tribunal Penal Internacional para os crimes da antiga Iugoslávia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia - ICTY*, no original) foi, portanto, a segunda Corte internacional a efetuar a gravação dos julgamentos e liberá-las ao público. O ICTY foi criado junto à Organização das Nações Unidas (ONU) para julgar os crimes ocorridos na guerra dos Bálcãs, nos anos 1990. O Tribunal começou a operar em 1994 e, desde o começo, por decisão dos próprios juízes, efetuou as gravações e as distribuiu aos meios de comunicação. Cada sala do tribunal foi equipada com seis câmeras silenciosas, operadas por controle remoto, não sendo possível aos operadores efetuar *zoom*. Os vídeos são

---

[208] O canal está disponível no seguinte endereço eletrônico: http://bit.ly/1Gxgg44, acesso em 15 nov. 2015.

[209] DELAGE, Christian. *Caught on camera: film in the courtroom from the Nuremberg Trials to the Trials of the Khmer Rouge*. Trad. Ralph Schoolcraft. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013, pp. 127 e ss..

divulgados com atraso de trinta minutos, por razões técnicas. Segundo comunicado oficial da corte, a divulgação das gravações ao público se deu por três motivos: para garantir que a realização da justiça pudesse ser vista, para afastar qualquer equívoco relativo à natureza dos procedimentos do Tribunal e, finalmente, para assegurar a realização da função educacional da corte[210].

O modelo adotado pelo ICTY, em grande parte copiado de Nuremberg[211], foi reproduzido pelo Tribunal Especial para o Líbano (*Special Tribunal for Lebanon*, no original), também uma corte especial da ONU, que possui um canal no YouTube para transmissão dos julgamentos[212]. Não há registros de transmissão dos julgamentos realizados pelo Tribunal Penal Internacional para a Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda*, no original) e pela Corte Especial para Serra Leoa (*Special Court for Sierra Leone*, no original). Contudo, isso não parece ter sido decorrência de uma decisão dos juízes, mas sim das sérias restrições orçamentárias às quais foram submetidas as referidas cortes especiais[213].

Os procedimentos orais perante a Corte Internacional de Justiça são transmitidos pela *internet* em tempo real, exceto partes que sejam sensíveis aos Estados envolvidos na jurisdição da Corte. O material disponível pode ser retransmitido por terceiros, exceto para fins comerciais[214]. No procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fase de audiência pública, na qual são realizados os debates orais sobre o caso em julgamento, é objeto de gravação e posterior disponibilização na página eletrônica da Corte[215]. As deliberações, contudo, são realizadas em ambiente privado e permanecem secretas. A

---

[210] "A Report on the Audiovisual Coverage of the ICTY's Proceedings finds that Cameras contribute to a proper Administration of Justice", 19 abr. 2000, disponível em: http://bit.ly/1Psdgdl. HO, Youm Kyu. "Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning", ob. cit., pp. 2015-2017.

[211] SCHABAS, William A. "Building the narrative: the UN tribunals for the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone". In: DELAGE, Christian; GOODRICH, Peter (org.). *The scene of the mass crime: history, film and international tribunals*. London: Routledge, 2013, pp. 24-25.

[212] Disponível em: http://bit.ly/1nHo9LQ. Acesso em 24 jan. 2016.

[213] Cf. SCHABAS, William A. "Building the narrative: the UN tribunals for the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone", ob. cit, p. 24.

[214] Disponível em: http://bit.ly/1dGxflV. Acesso em 24 jan. 2016. A transmissão pela *internet* começou em 2009.

[215] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2014, disponível em: http://bit.ly/1KwQucQ, p. 13.

Corte Europeia de Direitos Humanos segue as mesmas regras: debates orais com advogados em público, deliberação final realizada secretamente.

Registre-se, por fim, que a tendência ao uso da *internet* para transmissão de julgamentos, como manifestação do princípio da transparência e da abertura judicial, chegou até mesmo às Cortes internacionais arbitrais. Com efeito, em maio de 2010, o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas de Investimento (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID, no original; órgão do Banco Mundial) fez as suas primeiras transmissões de casos envolvendo governos e particulares investidores. Segundo Sofia Plagakis, trata-se de uma resposta às antigas críticas direcionadas aos tribunais internacionais de disputas econômicas, que possuem uma "tradição de segredo", impulsionada pelas experiências bem-sucedidas de outras cortes domésticas e internacionais[216].

2.7. CONCLUSÕES PARCIAIS

Nas jurisdições estudadas, há uma enorme preocupação com o televisionamento de julgamento em primeiro grau (*televising of trials*), e uma postura mais relaxada relativamente ao televisionamento em tribunais (*televising of appeal hearings*). De modo geral, entende-se que o televisionamento de procedimentos de apelação tende a ser menos prejudicial às partes e aos auxiliares da justiça. Considerando que a aprovação da lei de criação da TV Justiça no Brasil também não foi cercada de polêmicas, a separação entre o televisionamento de teses e de casos parece uma distinção importante.

O uso de canais de televisão tradicionais para a transmissão de julgamentos tem sido criticada pela prevalência dos propósitos comerciais sobre os cívicos. O problema é que os custos para que seja possível manter um canal de televisão aberta normalmente não podem ser cobertos com os orçamentos judiciais. A solução tem sido uma combinação de transmissão via *internet* e permissão para que a mídia tradicional faça retransmissões segundo seu interesse. O modelo canadense, de utilização conjunta de um canal a cabo para todos os poderes públicos, parece razoável e reduz custos, mas não dá à

[216] PLAGAKIS, Sofia. "Webcasting: a tool to increase transparency in judicial proceedings". In: NAKAGAWA, Junji. *Transparency in international trade and investment dispute settlement*. London: Routledge, 2013, pp. 84 e 87.

corte (i) o controle da programação, e (ii) não abre espaços para programas educacionais que sirvam de apoio à transmissão de julgamentos. No mais, obter a atenção das redes comerciais de televisão para a divulgação de casos relevantes, mas que não sejam particularmente salientes para o público, pode representar um problema para as cortes.

Os casos estudados revelam também que o televisionamento das cortes não tem sido encarado como um direito das empresas de comunicações, fundado na liberdade de imprensa (e de expressão), mas sim como um dever de transparência relacionado às obrigações democráticas do Poder Judiciário. Nesse sentido, parece razoável afirmar que não há direito subjetivo à transmissão de julgamentos. Um dado interessante é que as cortes do Reino Unido e do Canadá estão preocupadas com direitos autorais sobre o material e o emprego deles em circunstâncias indesejadas. Elas preveem a necessidade de autorização formal para a retransmissão das imagens. No Reino Unido a ameaça contempla ainda o risco de desobediência judicial (*contempt of court*). As mesmas advertências não existem no modelo brasileiro e mexicano, nem nas cortes internacionais consultadas.

Por que a regra geral nos tribunais internacionais é a publicidade, mas não nos domésticos? Em primeiro lugar, de modo mais óbvio, como as Cortes internacionais cobrem amplos espaços geográficos, afetando milhões de pessoas em diferentes países, o televisionamento funciona como um "encurtador" de distâncias. Não seria possível aos brasileiros, por exemplo, assistirem às audiências da Corte Interamericana, situada na Costa Rica, sem arcar com um altíssimo custo financeiro. Outra razão é que as cortes internacionais julgam casos altamente politizados, que atraem o interesse do público (*e.g.*, crimes de guerra, violações graves de direitos humanos, conflitos territoriais entre países soberanos)[217]. O uso de câmeras em cortes internacionais voltadas ao julgamento de crimes de guerra ou crimes contra o humanidade faz sentido por duas razões: primeiro, assegurar ao público que os réus foram submetidos a procedimentos justos, a despeito de julgados por Cortes *ad hoc*, formadas pelos vencedores; segundo, tornar conhecida as penas aplicadas, mandando assim uma mensagem global de que a crimes humanitários não ficarão impunes.

[217] NEUMANN, Thore; SIMMA, Bruno. "Transparency in International Adjudication". In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 453-455. Os autores citam, ainda, a "catarse" provocada pelo julgamento coletivo e a possibilidade de alcançar analfabetos. A primeira razão certamente se aplica às cortes internacionais criminais. A segunda parece mais imediatamente ligada à transmissão de julgamentos domésticos.

Capítulo 3

3. CÂMERAS NOS TRIBUNAIS: PESQUISAS E EXPERIMENTOS

SUMÁRIO: 3.1. INTRODUÇÃO. 3.2. ESTUDOS EMPÍRICOS. 3.2.1. O estudo da Conferência Judicial dos Estados Unidos em 1990. 3.2.2. O estudo do Estado de Nova York em 1997. 3.2.3. Estudos específicos relevantes. 3.2.3.1. Televisionamento e efeitos educacionais. 3.2.3.2. Televisionamento de cortes e cobertura da mídia. 3.2.4. Críticas aos estudos de opinião. 3.3. ESTUDOS COMPORTAMENTAIS. 3.3.1. O experimento da Universidade de Wisconsin. 3.3.2. O experimento da Universidade de Minnesota. 3.3.3. O experimento da Universidade da Flórida. 3.4. EYE TRACKING. 3.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

3.1. INTRODUÇÃO

No julgamento de *Estes*, comentado no capítulo anterior, um dos arg3umentos desenvolvidos pelo Estado do Texas consistiu na afirmação que "considerações psicológicas são para psicólogos, não para cortes, porque elas são puramente hipotéticas". *Justice* Clarke, responsável pelo voto que representou a opinião da Suprema Corte, refutou a afirmação, como visto. Para ele, embora os conhecimentos empíricos a respeito dos efeitos da câmera sobre os participantes do julgamento fossem limitados à época, isso não impediria o tribunal de fazer um juízo sobre eles. A corte, em seguida, reconheceu a influência insidiosa que as câmeras podem ter na administração da justiça, dando combustível aos opositores do televisionamento de julgamentos por mais de uma década. A decisão proferida em *Estes* completou cinquenta anos em 2015. De lá para cá, muitos estudos empíricos foram realizados sobre o uso de câmeras em ambientes de tribunais, os quais permitem requalificar a discussão apresentada à corte em 1965.

O argumento empregado pelo Estado do Texas não pode ser ignorado. Ele carrega duas críticas distintas. A primeira é a afirmação de que o jurista não deveria considerar, em sua atividade, influxos provenientes de outras ciências sociais (em outras palavras, psicologia é para *psicólogos*, não para juristas). Neste ponto, ela é reducionista e parece claramente equivocada. O uso de material oriundo de outras áreas do conhecimento humano para a criação, interpretação e aplicação do Direito revela-se absolutamente necessário. O Direto não pode ser um sistema ensimesmado, sem preocupação com a realidade sobre o qual atua. Na melhor das hipóteses, a alienação do jurista faz com o seu

produto se torne desnecessário para a sociedade; na pior delas, pode até mesmo lhe ser prejudicial.

Por outro lado, ao afirmar que a psicologia é "hipotética", a crítica se revela também preconceituosa, por duvidar da cientificidade deste ramo do conhecimento. A visão popular do psicólogo ouvindo o paciente em seu divã, embora ainda retrate a atividade de muitos desses profissionais, não dá a verdadeira dimensão das inúmeras contribuições deste ramo do conhecimento às ciências sociais[218]. A revolução recente provocada pela economia comportamental, que tem importante impacto na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, somente foi possível graças aos trabalhos da psicologia experimental, com o uso intensivo de métodos estatísticos e experimentos altamente engenhosos[219]. Este, contudo, é o argumento em sua pior luz.

No seu melhor ângulo, o argumento suscitado pelo Estado do Texas se consubstancia em uma crítica à capacidade institucional[220]. O Poder Judiciário não seria capaz de fazer prognósticos confiáveis sobre potenciais impactos adversos das câmeras em partes, testemunhas, juízes e advogados. Na verdade, tudo não passaria de simples achismo. Em tal cenário, deveria abster-se de julgar com base em tais juízos (o que significaria, no caso concreto, o desprovimento do recurso de Billie Sol Estes). No mais, a invocação das regras de experiência ordinária por juízes que não são acostumados e julgar sob as condições descritas em *Estes* ou *Chandler* reforça a dificuldade em aceitar os prognósticos deles como critério seguro para o julgamento.

---

[218] STANOVICH, Keith E. *How to think straight about psychology*. 10ª Ed. Boston: Pearson, 2013, p. 1-2. O autor menciona a perniciosa influência pública das ideias e métodos de Sigmund Freud, que são hoje majoritariamente rejeitados. Isso não significa dizer que a psicologia experimental – baseada em isolamento de variáveis e alta dose de estatística – esteja infensa a críticas. V. ROSENTHAL, Robert. *Experimenter effects in a behavorial research*. New York: Applenton, 1966, p. 3-142.

[219] Para uma visão geral sobre o tema, v. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. "A behavioral approach to law and economics". In: SUNSTEIN, Cass R. (ed). *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 13-58. WILSON, Timothy D. "The social psychology narrative – or – what is social psychology, anyway?". In: BROCKMAN, John. *Thinking – the new science of decision-making, problem-solving and prediction*. New York: Harper, 2013, pp. 99-114.

[220] V. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Michigan Law Review*, v. 101, 2003, pp. 885-951. Para uma crítica ao emprego do argumento no Brasil, v. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. "O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo". *Direito, Estado e Sociedade* n. 28, jan/jun 2011, pp. 6-50.

No pano de fundo está a discussão sobre quem tem o ônus de provar os efeitos adversos da publicidade processual decorrente do televisionamento. Conforme registra James Hoyt, *"[a] controvérsia geral sobre câmeras em tribunais é inusitada em razão da falta de dados específicos para fazer frente às questões suscitadas"*[221]. A corte de *Estes* presume o dano com base na experiência ordinária e afirma caber aos propositores da medida provar que a televisão não produz os efeitos adversos, postergando a revisão do julgamento para um momento futuro, quando mais dados estiverem disponíveis. Ela adota uma abordagem que poderia ser fundada na *ideia de precaução*. A corte de *Chandler* inverte os sinais e afirma que a obrigação de provar está do outro lado.

Embora ainda não tenha surgido uma pesquisa capaz de proclamar a vitória de um dos lados em disputa, parece relevante atualizar o conhecimento geral sobre câmeras em tribunais[222]. As pesquisas empíricas se dividem em três categorias distintas[223]. O primeiro tipo são os *estudos de caso*. Por este método, participantes do processo judicial televisionado são entrevistados, após o término do julgamento, sobre como as câmeras os impactaram. O segundo método para testar os efeitos das câmeras em tribunais consiste no *estudo comportamental em ambientes controlados*, do tipo realizado por psicólogos experimentais. A vantagem desses estudos é a possibilidade de isolar variáveis, embora não estejam isentos de críticas, sobre as quais se falará adiante. Por fim, a terceira categoria de estudos, ainda em estágio incipiente, são os de *eye-tracking*, nos quais o foco visual dos participantes do julgamento é acompanhado por meio de *softwares* e câmeras especiais. Neste último caso, o objeto da pesquisa é testar o grau de distração causado pelas câmeras.

---

[221] HOYT, James L. "Courtroom Coverage: The effects of Being Televised", *Journal of Broadcasting & Eletronic Media* n. 21, 1977, p. 489.

[222] BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom*, ob. cit., p. 61: "Nem toda decisão da Suprema Corte, claro, requer um exame da literatura das ciências sociais: muitas decisões podem ser justificadas pela revisão integral dos argumentos orais apresentados à corte, pela interpretação constitucional e pelos precedents. Mas casos envolvendo predições sobre o comportamento humano e efeitos psicológicos, como *Chandler v. Florida* (1981), merecem um julgamento mais legítimo que a percepção judicial sobre a natureza humana. Em sua decisão anterior sobre 'câmeras', *Estes v. Texas* (1965), a Corte decidiu largamente com base na especulação, suposição, e opinião pessoal (….)".

[223] Uma lista dos estudos produzidos pode ser encontrada em LAMBERT, Paul. *Television courtroom broadcasting*, ob. cit., pp. 22-24, e BARBER, Susanna. *News camera in the courtroom*, ob. cit., pp. 70-71.

3.2. ESTUDOS EMPÍRICOS

O julgamento de *Chandler*, em 1981, deu aos Estados norte-americanos bastante liberdade para realizar experimentos com câmeras nos tribunais. Em 1997, quarenta e sete dos cinquenta Estados permitiam algum tipo de televisionamento. Trinta e sete deles permitiam o televisionamento até mesmo de julgamentos criminais sem o consentimento do réu; trinta e nove faziam o mesmo relativamente aos julgamentos cíveis[224]. Essas experiências deram às instituições acadêmicas e judiciais a oportunidade de realizar estudos empíricos gerais e específicos sobre o impacto das câmeras nos participantes do processo judicial e na população diretamente afetada. Em razão da relevância e abrangência, são descritos abaixo os *estudos empíricos gerais* realizados pela Conferência Judicial Federal e pelo Estado de Nova York, ambos nos Estados Unidos[225]. Pelos interessantes *insights* fornecidos, serão também analisados e comentados os *estudos empíricos específicos* relativos ao potencial educacional do televisionamento e às relações entre mídia e os tribunais.

3.2.1. O estudo da Conferência Judicial dos Estados Unidos em 1990

Em 1990, a Conferência Judicial dos Estados Unidos (*Judicial Conference*, no original), órgão responsável por desenvolver políticas públicas para as Cortes Federais daquele país, iniciou um experimento de televisionamento de tribunais, adotando proposta do *Federal Judicial Center*[226]. Foram selecionados seis juízos federais cíveis e dois tribunais de apelação para participar do programa. No formato escolhido, os veículos de imprensa poderiam requerer o televisionamento aos juízes, os quais eram deferidos ou não segundo as linhas gerais aprovadas pelo comitê *ad hoc* para cuidar do tema. Ao término dos

---

[224] *An Open Courtroom: Cameras in New York Courts*. New York State Commitee to Review Audio-Visual Coverage of Court Proceedings, New York: Fordham University Press, 1997, p. 19. A *Radio Television Digital News Association* mantém na *internet* um guia com a legislação de todos os Estados norte-americanos sobre o televisionamento em tribunais. Disponível em: http://www.rtdna.org/content/cameras_in_court. Acesso em 28 jan. 2016.

[225] Até 1994, foram realizados estudos menores em cortes estaduais no Arizona, Califórnia, Flórida, Havaí, Kansas, Maine, Massachusetts, Nevada, Nova Jérsei, New York, Ohio e Virgínia. Um resumo das conclusões alcançadas pode ser encontrado em JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings*, ob. cit., pp. 38-42.

[226] O *Federal Judicial Center* é uma agência de pesquisa e educação vinculada ao Poder Judiciário Federal dos EUA. Cf. JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings*, ob. cit..

julgamentos, os pesquisadores apresentavam questionários aos advogados e juízes e, ainda, revisavam a divulgação, nos noticiários, das imagens obtidas nos tribunais. O objetivo era avaliar a procedência das tradicionais acusações contra as câmeras: causar desordem nos julgamentos, distrair o júri, gerar pressão sobre as testemunhas e juízes e transformar os advogados em atores. A experiência durou de julho de 1991 a junho de 1993.

As regras gerais do programa piloto compreendiam (i) a proibição absoluta de registros fotográficos de jurados, (ii) a utilização de apenas duas câmeras em primeiro grau de jurisdição e três em segundo grau, e (iii) as redes de televisão interessadas em transmitir tinham que se organizar para fazê-lo conjuntamente, com o intuito de evitar balbúrdias. Além disso, conferiu-se à autoridade judiciária presidindo os julgamentos o poder discricionário de indeferir, suspender ou limitar a cobertura da mídia. No período de estudos foram deferidos 186 requerimentos para televisionamento, de um total de 257 pedidos (82% de aprovação). Registre-se que esse não é o total de julgamentos realizados pelos juízos e tribunais mencionados, mas tão somente aqueles que houve interesse da mídia em televisionar. Infelizmente não há dados sobre o número total de julgamentos no período. Os pedidos mais recorrentes foram de casos em primeiro grau de jurisdição (56). Os requerentes deixaram de comparecer a 11 julgamentos com pedido deferido. Em 19 casos, um acordo superveniente impediu que houvesse julgamento.

A experiência revelou que a maioria dos juízes era neutra a respeito do televisionamento dos tribunais *antes* do experimento, mas foi se inclinando favoravelmente no curso do experimento. Entre os diversos quesitos apresentados aos participantes do experimento, 83% dos juízes de primeiro grau entrevistados afirmaram que as câmeras não têm potencial para causar distúrbios nos procedimentos judiciais, e 88% disseram que elas não afetam a capacidade dos magistrados para proferir decisões impopulares. No âmbito dos tribunais de apelação, 96% dos entrevistados rejeitaram potencial disruptivo relevante às câmeras. A respeito dos efeitos nos participantes do processo, apenas 19% dos juízes de primerio grau acreditaram que a presença da mídia afastaria as testemunhas das cortes de grau relevante. Em primeiro grau, 66% afirmaram que ela afeta "pouco ou nada" o comportamento dos advogados; o número foi de 78% no âmbito dos juízes de apelação[227].

---

[227] JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings*, ob. cit., pp. 14-17. A pesquisa envolveu diversas outras questões, algumas de cunho

A mesma pesquisa envolveu, ainda, os advogados que participaram dos procedimentos judiciais televisionados[228]. Foram escolhidos cem casos para essa fase da pesquisa, dos quais foram obtidas 110 respostas. Os pontos abordados foram (i) se a corte sopesou adequadamente as questões levantadas por seus clientes sobre o televisionamento, (ii) se alguma testemunha deixou de depor em razão da câmera, (iii) quais foram os efeitos da cobertura e se ela afeta a justiça do processo, (iv) se eles são favoráveis à cobertura da mídia, e (v) se a visão deles mudou após a participação no programa. Os resultados foram assim divididos: 66% eram favoráveis ao televisionamento de julgamentos antes, ao passo que 13% se opunham; 28% se tornaram *mais* favoráveis após o experimento, ao passo que 68% mantiveram a mesma opinião. 93% dos advogados entrevistados afirmaram que o potencial para distração das câmeras é muito baixo ou inexistente, 87% registraram o mesmo relativamente ao potencial disruptivo das câmeras. Apenas um advogado reportou que uma testemunha se recusara a depor em razão da potencial publicidade causada pela mídia.

Os pesquisadores também analisaram o modo como os noticiários locais passaram a empregar as gravações. Segundo verificado, a regra geral foi o uso das imagens/sons para para ilustrar notícias redigidas pelos próprios repórteres, sem recurso às falas dos próprios participantes no processo. Isso ocorreu em 63% da amostra pesquisada. As informações prestadas a respeito do processo foram mínimas, e não houve qualquer tentativa de esclarecimento do conteúdo jurídico debatido.

A recomendação final do estudo, baseada nos dados descritos acima, foi favorável ao televisionamento em tribunais, seguindo as linhas gerais estabelecidas em 1991[229]. A principal crítica ao estudo da Conferência é não ter abordado, de modo específico, jurados e testemunhas nos processos, mas haver centrado sua atuação apenas na percepção dos juízes, advogados, servidores do judiciário e representantes da imprensa. A despeito dos esforços e da recomendação favorável dos responsáveis pelo estudo, a Conferência Judicial, por dois votos a um, optou por encerrar completamente o experimento, ao argumento de que o

---

bastante subjetivo. Por exemplo, perguntou-se aos juízes o grau em que as câmeras afetariam a privacidade das testemunhas. É evidente que não há como ser objetivo nesta resposta.

[228] JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings*, ob. cit., pp. 18-20.

[229] JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings*, ob. cit., p. 43.

potencial efeito intimidatório das câmeras sobre testemunhas e jurados seria uma razão de grave preocupação.

3.2.2. O estudo do Estado de Nova York em 1997

A relevância do estudo empírico patrocinado pelo Estado de Nova York se deve tanto à sua duração como à sua amplitude. O Estado permitiu o ingresso das câmeras em tribunais em dezembro de 1987, momento da alteração da Seção nº 218 da *Judiciary Law* ("lei judicial", em tradução livre). O programa estipulou a criação de um comitê de acompanhamento, responsável por emitir um relatório final, com recomendações e revisão da experiência, em 1997, ou seja, após uma década de coleta de dados[230]. Para a confecção da análise foram realizadas audiências públicas, com oitiva de mais de 50 especialistas, mais de 350 entrevistas de juízes afetados pelo televisionamento por intermédio de questionários e recebidas cerca de 50 cartas com recomendações de associações, universidades e cidadãos interessados, fazendo desta a pesquisa empírica mais abrangente sobre efeitos do televisionamento em julgamentos.

A legislação estadual prevê cinco fatores que devem ser considerados pelos juízes ao decidir os pedidos de gravação dos casos: (i) o tipo de caso envolvendo; (ii) se a cobertura tem a aptidão de causar dano a qualquer dos participantes do processo ou à administração da justiça; (iii) se a divulgação do conteúdo do julgamento tem a aptidão de efetar testemunhos posteriores; (iv) se a gravação poderá afetar a aplicação da lei em geral; e (v) se o conteúdo do julgamento versar matéria lasciva ou escandalosa[231]. É relevante ressaltar que as partes, advogados e demais participantes no processo não tinham direito subjetivo a vetar a transmissão, cabendo ao juiz do caso apreciar o mérito da objeção[232].

---

[230] *An Open Courtroom*, ob. cit.. O comitê foi composto por Fritz W. Alexander II, Richard Alteri, Jay C. Carlisle II, Veronica Gabrielli Dumas, John D. Feerick, Diane Kennedy, Henry G. Miller, Leonard Noisette, Michelle Rea, James M. Tien e Monte I. Trammer.

[231] *An Open Courtroom*, ob. cit., p. 10.

[232] Há diversas exceções à regra, como casos envolvendo crianças, julgamentos de crimes contra à liberdade sexual e certos tipos de audiências criminais. Para uma análise completa de tais hipóteses, v. *An Open Courtroom*, ob. cit., pp. 12-18.

O relato dos especialistas ouvidos pelo comitê foi, de modo geral, muito favorável à experiência. Os efeitos educacionais foram destacados pelas escolas de Direito, que passaram a utilizar as gravações em salas de aula, e por associações de imprensa e advogados, que ressaltaram a transparência com que as câmeras reportam os eventos das salas de justiça ao público. 63% dos juízes entrevistados afirmaram que a cobertura televisiva aumenta o escrutínio público sobre a atuação do Poder Judiciário, sendo positiva. Por outro lado, críticas foram feitas ao apetite excessivo das redes de TV por casos criminais, em especial por homicídios. Diversos especialistas expressaram preocupação com a redução dos incentivos para que as pessoas colaborem com a justiça por meio de testemunhos.

A pesquisa registrou grande preocupação do público com a realização de um julgamento justo na presença de câmeras: 62% do público externo entrevistado acreditavam que ela pode atrapalhar a realização de um julgamento justo, contra apenas 29% defendendo visão oposta. O mais interessante é que 68% afirmaram que não desejariam de ter seu caso televisionado se fossem vítimas de um crime, e 69% disseram o mesmo, caso fossem réus. Para casos cíveis, o índice de rejeição das câmeras foi de 70%. É possível que esses números expressem preocupação com a exposição da privacidade, o que também é ponto que surgiu reiteradas vezes no trabalho do comitê.

Com o intuito de avaliar o impacto interno, isto é, sobre os participantes do processo, o comitê principiou por ouvir *jurados*. De modo geral, as preocupações com os jurados se devem: (i) à possibilidade de que eles discutam o caso com terceiros ou assistam a gravações, preocupação revelada por 17% dos juízes; (ii) ao risco de que cedam à pressão do público e condenem o réu. Contudo, nenhum dos depoimentos à comissão reportou qualquer tipo de pressão ou efeito adverso. Barry Scheck, professor da *Cardozo Law School*, afirmou que as câmeras têm o poder de aumentar a percepção das implicações do veredito dado pelos jurados, eis que terceiros, assistindo à gravação, terão uma oportunidade de reavaliar as provas e os argumentos oferecidos [233]. Esta "percepção aumentada" ou maior "senso de responsabilidade" parece ser algo positivo, especialmente em se tratando de justiça criminal.

[233] *An Open Courtroom*, ob. cit., p. 55.

No que tange aos efeitos sobre *testemunhas*, a preocupação central ouvida pela comissão é a criação de *chilling effect* (*i.e.*, um "esfriamento" no desejo de colaborar com a justiça), decorrente da publicidade proporcionada pelas câmeras. A pesquisa com o público externo confirmou a preocupação, apontando que 54% dos entrevistados sentiam-se "menos desejosos" de testemunhar se as câmeras estiverem presentes, ao passo que 42% classificaram-se como indiferentes ao televisionamento. Com relação às testemunhas que optam por participar dos julgamentos, alguns especialistas afirmaram que elas podem se sentir mais nervosas e também mais distraídas em razão das câmeras. A percepção do nervosismo foi confirmada por 40% dos juízes entrevistados. Quanto à distração, 22% dos juízes confirmaram a percepção.

Ao apurar os efeitos sobre os *advogados*, os depoimentos variaram entre profissionais que reportaram desconforto e outros que viram nas câmeras uma oportunidade de fazer propaganda gratuita. Entre os juízes entrevistados, 35% afirmaram que os advogados comparecem aos julgamentos mais bem preparados, os outros não reportaram alterações significativas. Advogados consumeristas afirmaram que as empresas acionadas acabam forçadas a fazer acordos em razão do televisionamento, para evitar a publicidade adversa; por outro lado, advogados criminais reclamaram da redução do número de acordos oferecidos pelos promotores, que supõem ser devido à exposição na televisão[234].

Relativamente aos *efeitos sobre os juízes*, o comitê registrou que maioria dos depoimentos afirmou que as câmeras elevaram a performance geral, além de servirem como um controle, fazendo com que eles tivessem melhor comportamento. O contraponto foi oferecido por advogados criminais, que apontaram efeitos adversos aos réus em razão das câmeras. Consultados a respeito do tema, 55% dos juízes discordaram da afirmação de que o televisionamento tenderia a provocar decisões que não ocorreriam sem que elas estivessem presentes, ao passo que 37% disseram o oposto[235].

O comitê ainda registrou que, de modo geral, as orientações previstas na legislação estadual foram observadas pelos juízes e pela imprensa que teve acesso efetivo às salas de julgamento. A recomendação final da pesquisa foi pela liberação permanente do

---

[234] *An Open Courtroom*, ob. cit., pp. 62-64.

[235] *An Open Courtroom*, ob. cit., pp. 64-67.

televisionamento nos tribunais estaduais, desde que adotadas salvaguardas em defesa das partes, testemunhas, jurados, vítimas e outros participantes do julgamento[236].

3.3. Estudos específicos relevantes

3.3.1. Televisionamento e efeitos educacionais

O mais abrangente estudo empírico sobre efeitos educativos das câmeras em tribunais foi realizado por William Petkanas, em 1990[237]. O objetivo do autor era mensurar, de modo objetivo, se a compreensão ou a confiança do público a respeito do sistema judicial foi incrementada durante o programa experimental de acesso à imprensa a julgamentos levado a efeito pelo Estado de New York entre 1988 e 1989, cujos resultados foram apresentados acima. O método consistia basicamente em entrevistas realizadas pessoalmente e por telefone com moradores do Estado. Os participantes foram submetidos a duas baterias de questionários: um realizado *antes* do início do programa de televisionado e *outro* realizado em 1989. As perguntas objetivavam (i) mensurar o consumo de jornais e noticiários de televisão, (ii) avaliar o grau de compreensão do funcionamento do sistema judiciário, e (iii) aferir a familiariedade e a confiança do entrevistado com as cortes de justiça. O tamanho da amostra foi de 400 pessoas, o que lhe permitiu obter uma confiança de 95% do resultado.

Após analisar os dados, o autor conclui que "as diferenças de respostas entre 1988 e 1989 [sobre o conhecimento do sistema judicial] não foram estatisticamente relevantes. Sendo assim, de acordo com este instrumento de medição, o conhecimento público e a confiança nas cortes não aumentou ou diminuiu após o acesso das câmeras ser permitido nas cortes estaduais de Nova York"[238]. Pelo contrário, segundo o autor, as pessoas sequer se recordaram se as notícias vistas em noticiários incluíam imagens reais do julgamento.

---

[236] *An Open Courtroom*, ob. cit., pp. 82-89.

[237] PETKANAS, William. "Cameras on trial: an assessment of the educational effects of News cameras in trial courts". *Tese de doutorado* (New York University), 1990.

[238] PETKANAS, William. "Cameras on trial: an assessment of the educational effects of News cameras in trial courts", ob. cit., p 110. É possível que a passagem de apenas dois anos, período do estudo, tenha sido insuficiente para a disseminação de conhecimento sobre o judiciário com o uso de câmeras.

Petkanas registrou que o maior índice de conhecimento do público recai sobre as cortes criminais. E a maior fonte de informação é, de fato, a televisão. O estudo de Petkanas tem sido empregado como prova de que o televisionamento *não tem o condão de incrementar* o grau de informação das pessoas, mas há um problema com essa conclusão. Durante o programa experimental, não há registro de transmissão de julgamentos inteiros pela televisão. Na prática, o que ocorreu foi a substituição de relatos puramente textuais por outros dotados de imagens, como mencionado acima.

Outros autores também se debruçaram sobre o problema entre educação do público e televisionamento de cortes. Com o objetivo de oferecer uma resposta sobre o grau de impacto educacional do televisionamento, Kermit Netteburg dividiu sua pesquisa em duas comunidades no Wisconsin (Wausau e Eau Claire) com perfis demográficos semelhantes. Uma delas com muita cobertura e outra com baixa cobertura sobre a atividade das cortes locais. Seguindo a hipótese tradicional, Netteburg afirma que a primeira delas deveria exibir "alto índices de conhecimento sobre o judiciário", ao passo que o efeito oposto deveria ser verificado na segunda. A pesquisa envolveu entrevistas com 300 adultos escolhidos aleatoriamente da lista telefônica de ambas as cidades, em janeiro de 1979. Especificamente na questão envolvendo a educação do público, o autor conclui que a cidade com menor cobertura tem mais conhecimentos sobre o funcionamento das instituições judiciais. O autor sugere que isto pode ser um indicativo de que a televisão não é o principal meio pelo qual as pessoas obtêm informações sobre o funcionamento das instituições cívicas[239-240].

3.3.2. Televisionamento de cortes e cobertura da mídia

Outro estudo empírico sobre o ponto foi realizado por C. Danielle Vinson e John S. Ertter, em 2002, embora focado no tipo de cobertura que a mídia

---

[239] NETTEBURG, Kermit Lyol. "Cameras in the courtroom: is a picture worth a thousand words?". *Tese de doutorado* (University of Minnesota, 1980), p. 170.

[240] Jessica Ossinger, em pesquisa realizada no Estado do Maine, cruzou as informações sobre audiência das cortes e o conhecimento do funcionamento da justiça. A conclusão, segundo ela, é que as pessoas obtêm conhecimentos sobre o judiciário por outro tipo de mídia. "Eletronic access to courtroom: television as an educational socializing agent on the judiciary", *Dissertação de Mestrado* (Universidade do Maine), 2006 *apud* LAMBERT, Paul. *Courting publicity*, ob. cit., p. 183.

proporciona[241]. Os autores registraram a existência de duas correntes sobre o papel da mídia na divulgação do trabalho das cortes: uma que defende o exercício legítimo de uma função pedagógica; outra que vê o uso do material proveniente de julgamentos apenas para fins de entretenimento, o que seria ruim para a administração adequada da justiça. Para testar qual é a abordagem prevalecente, os autores examinaram a cobertura dos tribunais realizada por redes de televisão e jornais em cinco mercados: Los Angeles, Atlanta, Filadélfia, Columbia, na Carolina do Sul, e Raleigh, na Carolina do Norte. A amostra de televisão foi extraída de seis semanas entre setembro de 1993 e outubro de 1994; as de jornais escrito, de três semanas no mesmo período.

O primeiro achado dos autores consiste no tipo de caso prevalecente na mídia: os de natureza criminal, preferencialmente com grande violência. Eles responderam por cerca de 66% da amostra. Se considerada apenas as transmissões televisivas, eles equivalem a quase 75% dos casos. Quando analisado o grau de importância conferido às notícias, verifica-se que 70% dos casos violentos foram divulgados na primeira página ou antes do primeiro comercial, ao passo que apenas 42% dos casos não-violentos receberam igual atenção. Quanto à importância dos casos para a comunidade local, o estudo constatou que 35% das notícias reportaram fatos que não eram locais, dentre os quais 80% versavam sobre assuntos sem consequências aparentes para ela. Apenas 7% das notícias versavam sobre questões submetidas à Suprema Corte.

Outro achado relevante diz respeito ao perfil de perpetradores de crime nos processos que foram divulgados ao público. Minorias raciais foram retratadas como criminosas em 58,5% dos casos. Na qualidade de vítimas de crimes, elas apareceram apenas em 21,5% das notícias. Essas frequências são incompatíveis com as estatísticas nacionais sobre crimes, como reportam os autores, e "tendem a dar suporte a estereótipos sociais que veem nas minorias como perpetradoras [de crimes] e os brancos como vítimas"[242].

A pesquisa verificou ainda que o interesse da mídia em casos judiciais normalmente ocorre no início ou ao término da ação judicial. Apenas 20% da amostra diz

---

[241] VINSON, C. Danielle; ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?". *Harvard International Journal of Press/Politics* v. 7(4), 2002, pp. 80-97.

[242] VINSON, C. Danielle; ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?", ob. cit., p. 86.

respeito a acontecimentos durante o curso do julgamento. Os procedimentos em segundo grau de jurisdição respondem por apenas 2,6% das notícias. Segundo os autores, "o veredito é o clímax e pode ser acompanhado de respostas emocionais dramáticas pelos réus e autores ou seus apoiadores no tribunal"[243]. Sob outra perspectiva, os autores atestam que 75% das notícias consistem apenas em um sumário dos fatos do caso. Na televisão, em especial, 75% dos casos foram apresentados em menos de um minuto. Isso levou os autores à conclusão de que a "análise quantitativa da cobertura das cortes não revela uma tentativa flagrante de transformar a cobertura em entretenimento"[244]. A despeito disso, Vinson e Ertter registram que as redes de televisão tendem a focar nos casos e temas capazes de despertar o maior interesse das pessoas, e não necessariamente aqueles de maior impacto para a comunidade ou de maior valor cívico[245].

Em outro estudo empírico a respeito da relação entre mídia e cortes, Teresa Keller registrou o foco excessivo dos diversos estudos nos impactos das câmeras sobre os participantes do processo judicial, descurando das relações com o público externo. O *insight* dela parece ter partido das reclamações formuladas por juízes participantes do programa experimental da Virgínia, segundo os quais as redes de notícias locais não estariam "aproveitando a oportunidade" para cobrir os tribunais adequadamente. A autora empreendeu a análise do conteúdo relativo aos tribunais veiculado pelas redes locais de televisão durante o período compreendido entre março e maio de 1991. Keller verificou que 95% das notícias veiculadas pela imprensa foram provenientes de tribunais em que o acesso de câmeras *não fora assegurado*[246]. Na prática, portanto, o televisionamento foi praticamente irrelevante para a cobertura jornalística.

---

[243] VINSON, C. Danielle; ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?", ob. cit., p. 88.

[244] VINSON, C. Danielle; ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?", ob. cit., p. 94.

[245] VINSON, C. Danielle; ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?", ob. cit., p. 95: "A boa notícia deste estudo é que a mídia é capaz de fornecer reportagens educativas sobre as cortes. A má notícia é que ela talvez tenha poucos incentivos para fazê-lo em um mundo em que o jornalismo é dirigido por preocupações mercadológicas (...)".

[246] KELLER, Teresa D. "Cameras in courtroom: an analysis of television court coverage in Virginia", *Tese de doutorado* (University of Tennessee), 1992, pp. 142-148.

3.2.4. Críticas aos estudos de opinião

Paul Lambert afirma que estes estudos baseados em opiniões são falhos e insuficientes. Segundo ele, além de não observarem uma metodologia propriamente científica, o número de entrevistados é normalmente baixo e não há como replicar o experimento[247]. Cohn e Dow apontam um outro viés: após condenar ou absolver alguém, poucas pessoas – especialmente jurados e juízes – estariam dispostas a apontar as câmeras como responsável ou contribuinte para o resultado final. Os mesmos autores registram que "qualquer que sejam as falhas, deve ser notado que todos os estudos chegaram à mesma conclusão: que a cobertura com câmeras em geral não afeta os procedimentos de modo negativo" [248].

Por outro lado, os estudos de opinião são importantes por aumentarem a massa de conhecimento crítico sobre o tema. Saber que a grande maioria das pessoas não gostaria de ter o próprio caso televisionado, caso tivesse que ir a juízo, parece um dado extremamente relevante na formulação de políticas públicas para o setor. As preocupações reveladas por advogados de empresas em causas consumeristas e por advogados criminalistas são igualmente importantes, e podem servir à defesa de um modelo regulatório para a publicidade processual que exclua certo tipo de casos ou que permita ao magistrado "fechar", embora sem decretar sigilo, quando a publicidade for extremamente prejudicial a uma das partes.

3.3. OS ESTUDOS COMPORTAMENTAIS

3.3.*1. O experimento da Universidade de Wisconsin (1977)*

James Hoyt é o autor do estudo mais citado sobre o tema, que teve lugar na Universidade de Wisconsin, em Madison, nos Estados Unidos[249]. Para testar o grau

---

[247] LAMBERT, Paul. *Television courtroom broadcasting*, ob. cit., pp. 26-29.

[248] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom*, ob. cit., p. 63.

[249] HOYT, James L. "Courtroom Coverage: The effects of Being Televised", *Journal of Broadcasting & Eletronic Media* n. 21, 1977. O estudo de James Hoyt já estava disponível no momento do julgamento de *Chandler*, e pode ter contribuído para a mudança de posição da Suprema Corte dos Estados Unidos.

de influência das câmeras sobre testemunhas, o pesquisador apresentou um vídeo curto de dois minutos a 36 voluntários divididos em três grupos distintos[250]. O vídeo descrevia sumariamente as operações dos correios na cidade de Berlim ocidental, na Alemanha. Pouco após a visualização do vídeo, os participantes foram convidados a responder seis perguntas sobre o que tinham acabado de ver, mas em condições ambientais distintas: um terço dos voluntários teve a entrevista final gravada por uma câmera visível; um terço foi informado sobre a existência da câmera, mas sem que esta estivesse à vista; e ao terço final nada foi dito sobre câmeras.

As respostas fornecidas foram gravadas e posteriormente analisadas em um conjunto de variáveis, as quais incluíram erros e acertos, tempo para cada resposta, número de palavras para cada resposta, a latência (tempo entre o término de uma resposta e o início de outra) e o tempo total despendido no exame. Os dados foram compilados por dois diferentes pesquisadores, para dar maior precisão às medições. O grupo sujeito ao ambiente com a câmera ostensiva acertou, em média, 19% mais que os outros grupos, que basicamente apresentaram o mesmo grau de informações corretas. Quanto ao tempo empregado para as respostas, o grupo sujeito às câmeras falou, em média, 36,5 segundos, ao passo que os grupos sem câmeras e sujeito à câmera escondida falaram, respectivamente, por 29,71 segundos e 28,21 segundos. As diferenças também foram verificadas na média do número total de palavras: 70,25 para o grupo com câmeras, 60,50 para o grupo com câmera escondida, 56,17 para o grupo sem câmeras.

Sem embargo das potenciais críticas dirigidas ao estudo – que vão desde a seleção da amostra ao próprio formato escolhido, e que serão abordadas adiante –, os resultados produzidos por Hoyt têm importantes repercussões para a discussão sobre televisionamento. O estudo indica que os indivíduos submetidos à entrevista com câmeras foram mais acurados em relação aos detalhes do vídeo que os demais grupos. No processo de busca pela verdade, a criação de um ambiente propício para a colaboração com o Poder Judiciário é fundamental. Além disso, o estudo de Hoyt parece confirmar uma intuição compartilhada pelos críticos da TV Justiça. Com efeito, conforme será discutido no Capítulo 5, sempre se argumentou que os Ministros passaram a falar mais após o início do

[250] A escolha do filme ocorreu em razão de sua "quantidade substancial de informações específicas e detalhadas e por ser um assunto provavelmente desconhecido dos participantes do estudo". Cf. HOYT, James L. "Courtroom Coverage: The effects of Being Televised", ob. cit., p. 491.

televisionamento das sessões do Supremo Tribunal Federal. Com base no experimento, Hoyt concluiu que "os dados indicam que longe de ser um perigo e um potencial obstáculo a um julgamento justo, no contexto as câmeras podem, na verdade, levar a um julgamento ainda mais correto" [251].

3.3.*2. O experimento da Universidade de Flórida (1981)*

Donald Lewis Shores conduziu um estudo empírico na Universidade da Flórida [252], em 1981, desta vez atentando para outras variáveis, como a "apreensão comunicativa" e a "proficiência vocabular" dos participantes do estudo. Shores supôs que as diferenças verificadas em termos de fluência verbal entre os grupos de teste no experimento desenhado por James Hoyt poderiam ser atribuídas às características prévias dos próprias indivíduos. No experimento desenhado na Universidade da Flórida, os participantes foram testados quanto ao grau de conforto em situações de contato com o público e amplitude vocabular previamente à realização do experimento. Baseado nos resultados dos testes, foram separados oito grupos. Quatro grupos de controle e quatro grupos de teste, cada um contendo (i) um subgrupo de participantes com alto nível de apreensão e alto nível de proficiência vocabular, (ii) um subgrupo com alto nível de apreensão e baixa proficiência vocabular; (iii) um subgrupo com baixo nível de apreensão e alta proficiência vocabular, e (iv) um subgrupo com baixo nível de apreensão e baixa proficiência vocabular.

Os grupos foram, então, submetido ao mesmo tipo de experimento descrito por Hoyt. Todos viram um vídeo sobre um assalto e foram convidados a testemunhar sobre ele. Quatro subgrupos testemunharam em frente à câmera, quatro subgrupos testemunharam em um ambiente sem câmeras. Ao isolar as variáveis, Shores foi capaz de verificar se a diferença no nível de fluência detectado por Hoyt resultava de características pessoais ou das câmeras. Shores, então, conclui pela ausência de provas para embasar a hipótese de que as câmeras levariam ao incremento do comportamento verbal das testemunhas[253]. As diferenças de qualidade das respostas entre os grupos com o mesmo nível

[251] HOYT, James L. "Courtroom Coverage: The effects of Being Televised", ob. cit., p. 496.

[252] SHORES JR., Donald Lewis. "Effects of courtroom cameras on verbal behavior". *Tese de doutorado* (University of Florida), 1981.

[253] SHORES, Donald Lewis. "Effects of courtroom cameras on verbal behavior", ob. cit., p. 90.

de fluência verbal são estatisticamente irrelevantes quando comparadas. Na realidade, a única correlação encontrada no estudo foi entre pessoas com *alto grau de apreensão* e as *câmeras*. Quando submetidas ao testemunho sob as lentes, as respostas de pessoas assim identificadas foram menos detalhistas que as oferecidas pelos demais. As conclusões do experimento de Shores são, em geral, favoráveis ao uso de câmeras em ambientes judiciais. Na realidade, mesmo desacreditando as conclusões de Hoyt, o novo estudo não aponta qualquer efeito adverso causado pelas câmeras em geral, exceto no que tange a testemunhas mais apreensivas, que poderiam ser negativamente afetadas.

3.3.3. O experimento da Universidade de Minnesota (1990)

Liderados pelo professor Eugene Borgida, pesquisadores da Universidade do Minnesota conduziram um estudo subsequente para enfrentar o mesmo problema[254]. O estudo, relizado em 1990, teve um número maior de participantes (178) e foi desenhado para avaliar os efeitos das câmeras sobre jurados e testemunhas em um tribunal simulado. Borgida *et al.* criticaram o estudo conduzido por James Hoyt sob o argumento de que ele não considera os efeitos da cobertura da mídia comum, realizada por jornalistas presentes às sessões de julgamento[255]. De modo a evitar o mesmo equívoco, no experimento conduzido pelos pesquisadores de Minnesota foram construídos três cenários: um com o uso de câmeras visíveis; outro, sem câmeras; e, finalmente, um terceiro, sem câmeras, mas com a presença de um jornalista com um bloco de notas.

Os voluntários aleatoriamente selecionados para desempenhar o papel de testemunhas tiveram que assistir a um vídeo de cinco minutos sobre um assalto. Após, eles tiveram que descrever a cena vista aos jurados em um procedimento de oitiva simulado. Finalmente, os participantes – jurados e testemunhas – foram entrevistados ao final do

---

[254] BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions", *Law and Human Behavior,* v. 14, n. 5, 1990.

[255] BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions", ob. cit., p. 490: "Talvez a mais séria falha do estudo de Hoyt foi a ausência de um grupo essencial de comparação no desenho do experimento: a condição na qual os indivíduos devem relembrar as informações na presença da cobertura da mídia convencional (*i.e.*, um jornalista ou desenhista). Sem esse apropriado grupo de comparação, nenhuma conclusão a respeito dos efeitos da cobertura eletrônica da mídia pode ser feito relativamente à cobertura convencional da mídia".

experimento a respeito da qualidade dos papeis desenvolvidos. Os pesquisadores procuravam não apenas pela acurácia das informações, mas também por sinais de distração e nervosismo, ambos autodeclarados e percebidos por outros participantes do experimento. Os resultados foram tabulados em quatro grupos: (i) a posição individual dos participantes relativamente à cobertura da mídia; (ii) a percepção declarada quanto ao nervosivismo e efeitos de distração da mídia; (iii) a percepção dos jurados sobre os testemunhos; e (iv) a habilidade das testemunhas de relembrar o crime anteriormente assistido.

As declarações dos participantes que figuraram como testemunhas indicam que eles ficaram mais nervosos com a atuação dos advogados que com a presença da mídia. Essa descoberta contraria o estudo de Shores, visto anteriormente, mas pode ser explicada pela ausência de perfilamento prévio dos participantes. No que concerne à acurácia das informações, testemunhas foram percebidas como igualmente efetivas nos grupos de teste e controle. De acordo com os pesquisadores, "[os participantes do grupo de teste] proveram os advogados com a mesma quantidade e correção de informações, cometeram os mesmos equívocos e exigiram menos intervenções dos advogados para elucidar a informação" [256].

A conclusão final do estudo afirma que: "julgamentos com estas características sugerem que a cobertura eletrônica pela mídia não incrementou a probabilidade de que testemunhas fossem percebidas como mais enganosas quando comparadas com cenários com cobertura convencional da mídia ou sem qualquer cobertura"[257]. O estudo refuta a associação entre a cobertura eletrônica e os riscos corriqueiros adversos ao julgamento, tais como efeitos sobre a memória dos participantes.

3.3.4. Críticas aos estudos experimentais

Claramente, estudos desenhados em condições controladas não são equivalentes a tribunais de verdade. A pressão em testemunhas, partes e jurados em casos reais, nos quais o destino de pessoas está *verdadeiramente* em jogo, parece ser um importante

[256] BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions", ob. cit., p. 504.

[257] BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions", ob. cit., p. 505.

fator para se ter em conta. Hoyt reconhece essa insuficiência, mas pondera que um julgamento real não poderia ser realizado duas vezes, de modo que fazer um experimento é impossível[258]. Os testes psicológicos citados neste tópico devem ser vistos como um mero indicativo dos efeitos concretos decorrentes do uso de câmeras em ambientes judiciais, eis que nem todas as variáveis podem ser adequadamente isoladas[259].

O segundo problema relativo aos estudos experimentais decorre da escolha do caso e do ambiente criado. Borgida *et el.* mencionam que os resultados obtidos poderiam ser diferentes se os fatos do caso fossem diferentes[260]. Isso é, se o caso escolhido fosse um homicídio e não um assalto, o grau de saliência sobre os participantes do experimento seriam diferentes. É inequívoco que a experiência, em termos de impacto emocional, de assistir a um homicídio ou a um crime sexual, ainda que por reprodução visual, é substancialmente diferente daquela envolvendo o funcionamento do serviço postal alemão – certamente um tema desinteressante para alunos americanos. A ambiência criada para a apresentação dos testemunhos também pode ter impactos nos resultados.

Shores afirma que estudantes universitários normalmente não são testemunhas em processos judiciais, o que enfraquece os resultados obtidos[261]. Além disso, esses estudos não testam o impacto das câmeras sobre os próprios juízes, o que é um elemento importante quando a questão é decidir pelo televisionamento de cortes de apelação e tribunais de cúpula. A despeito das críticas, é relevante salientar que os estudos empíricos não foram capazes de construir provas de que a televisão tenha os efeitos deletérios que foram aventados

---

[258] HOYT, James L. "Courtroom Coverage: The effects of Being Televised", ob. cit., p. 495.

[259] EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, p. 6: "Essa limitação é conhecida como o problema fundamental da inferência causal, e ela simplesmente significa que os pesquisadores apenas podem observar o factual (...) e não o contrafactual (...)". BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions", ob. cit., p. 506: "A validade externa de estudos em 'tribunais laboratórios' é talvez o mais sério contratempo nesta pesquisa. Uma tentativa foi feita de criar um laboratório análogo às cortes reais (...). Todavia, porque cortes de laboratório simplesmente não são substitutas para tribunais reais, nossas conclusões devem ser limitadas de modo apropriado".

[260] BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions", ob. cit., p. 506.

[261] SHORES, Donald Lewis. "Effects of courtroom cameras on verbal behavior", ob. cit., p. 92. Na realidade, o uso de amostras baseadas em estudantes universitários para experimentos psicológicos é recorrente na literatura específica. As causas para essa preferência, que inegavelmente pode gerar dados distorcidos, são, todavia, desconhecidas. É possível que sejam razões de tradição, conveniência e limitações orçamentárias (estudantes de *college* normalmente aceitam ser cobaias gratuitamente).

pelos críticos, especialmente pelo julgamento de *Estes*. Na verdade, o grande problema não tem sido a transmissão de julgamentos, mas o uso que a mídia faz do material em momento posterior.

3.4. ESTUDOS DE *EYE TRACKING*

A terceira maneira de avaliar o impacto das câmeras nos tribunais é pelo uso de *software* e câmeras capazes de rastrear a movimentação ocular (*eye tracking*). A técnica tem sido utilizada por empresas de marketing para testar o grau de atratividade e interesse de propagandas e produtos, medido pelo grau de foco do usuário em certos detalhes, em estudos de psicologia e em treinamentos diversos. A proposta consiste em empregar sensores deste tipo para mensurar o grau de distração que as câmeras podem causar nos participantes do processo, uma das preocupações reveladas em *Estes*[262].

Paul Lambert realizou o primeiro ensaio usando este tipo de técnica[263]. Como registrado, ele consiste basicamente em registrar eletronicamente aonde e por quanto tempo jurados, juízes e profissionais jurídicos estão olhando em situações de julgamento com a presença de câmeras e sem elas. No caso, esses papeis foram assumidos por pesquisadores, apenas para testar as condições em que o estudo poderá ser efetivamente realizado, o que ainda não aconteceu.

De fato, pode ser que as câmeras impeçam uma deliberação verdadeira pelas cortes simplesmente porque os juízes e jurados não consigam prestar a devida atenção no que advogados, testemunhas, partes e os seus próprios pares estão dizendo. Na verdade, a presença da câmera no interior do Supremo Tribunal Federal tem sido apontada como um fator impeditivo de uma genuína deliberação, tema que será discutido no capítulo 6. Nesse sentido, a proposta de Lambert é pertinente. Todavia, mesmo que as câmeras efetivamente

---

[262] LAMBERT, Paul. *Television courtroom broadcasting*, ob. cit., p. 112. O autor afirma que a tecnologia já tem sido empregada por profissionais da psicologia jurídica. Ele sugere o uso da técnica para avaliar como os espectadores reagem às imagens divulgadas pelas cortes de justiça (p. 121).

[263] LAMBERT, Paul. *Television courtroom broadcasting*, ob. cit., p. 129 e ss.. Segundo o autor, houve grande dificuldade para obter autorização para realizar o experimento, realizado em um tribunal irlandês, tendo em vista que poucos conhecem a tecnologia.

tenham esse efeito adverso, não está claro qual deve ser o limite de distração capaz de justificar o seu banimento definitivo[264].

Em conclusão, como afirma Paul Lambert, "não há uma prova adequada e generalizada sobre os efeitos positivos ou negativos [das câmeras] porque não tem havido pesquisa adequada relacionada a tais efeitos"[265]. Relativamente à incerteza que circunda as câmeras nos tribunais, Sonja West advoga que "sem realizar um experimento de filmagem dos debates, a única maneira de resolver a questão é olhar para situações similares. As situações mais comparáveis são encontradas em outras cortes que permitiram o acesso de câmeras e em outros ambientais nos quais os juízes da Suprema Corte interagem com câmeras"[266]. Seguindo a sugestão, no próximo capítulo será apresentada pesquisa a respeito dos vinte anos de experiência do Supremo Tribunal Federal.

3.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

É com base na crença de que esses subsídios oriundos de outras áreas do conhecimento podem contribuir para a tomada de decisões políticas e jurídicas que este capítulo – que revê literatura sobre experimentos de julgamentos gravados – foi incluído na presente tese. Após a breve revisão, não se pode afirmar que exista uma pesquisa específica que tenha colocado uma pá de cal na discussão sobre os efeitos do televisionamento. Na realidade, as múltiplas pesquisas empíricas e comportamentais fornecem pistas relevantes para o equacionamento da questão.

Os estudos empíricos gerais registram que a maioria dos participantes dos casos reais televisionados não percebeu qualquer efeito adverso grave incidente sobre a administração da justiça, sendo certo que, com as salvaguardas apropriadas, as pessoas parecem apoiar o uso de câmeras. Os grandes críticos da abertura das salas de justiça são os

---

[264] Há alguns estudos empíricos que atestam a redução da capacidade cognitiva de homens quando interagindo com mulheres, especialmente quando eles as consideram atraentes. KARREMANS, Johan C.; VERWIJMEREN, Thijs; PRONK, Tila M.; REITSMA, Meyke, "Interacting with women can impair men's cognitive functioning". *Journal of Experimental Social Psychology* n. 45, 2009, pp. 1041–1044. Deveria isso servir como argumento para banir homens ou mulheres de funções judiciais? A resposta é certamente negativa.

[265] LAMBERT, Paul. *Television courtroom broadcasting*, ob. cit., p. 27.

[266] WEST, Sonja R., "The monster in the courtroom", ob. cit., p. 1974.

advogados criminais, que temem a influência da mídia sobre os jurados e juízes. Por sua vez, os advogados de grandes corporações temem os efeitos negativos da publicidade televisiva. Os estudos empíricos sobre temas específicos apontaram que a simples abertura das salas de julgamento às redes de televisão comerciais, sem outras medidas de apoio, pode comprometer o objetivo de educar o público e/ou de dar mais visibilidade à atuação da Justiça. Na realidade, o viés na seleção de casos, decorrente da prevalência de interesses comerciais, pode incutir no público uma percepção incorreta do que realmente ocorre nos tribunais, frustrando os propósitos educacionais a ele relacionados.

Por outro lado, os estudos comportamentais mais relevantes afirmam que as câmeras não têm qualquer *efeito adverso relevante* sobre os participantes do processo. Hoyt afirma que elas incrementam a acurácia e a extensão dos depoimentos do participante do experimento, de modo que teriam um efeito geral benéfico ao processo judicial. Shores registra uma correlação entre pessoas com alto grau de apreensão e as câmeras. Borgida e sua equipe não encontraram qualquer impacto significativo das câmeras sobre os participantes do experimento. Por fim, o *eye tracking* pode ser uma ferramenta de colaboração dos efeitos da câmera e de outras mazelas judiciárias, a depender de mais pesquisas com o uso da tecnologia.

Como acertadamente afirmam Vinson e Ertter, "à luz destas consequencias potencialmente sérias da cobertura televisiva, a quantidade de acesso que a mídia deve ter às salas de justiça e aos diversos atores do processo judicial é, em parte, uma análise de custo-benefício"[267]. A questão é saber se os benefícios educacionais e democráticos são suficientes para suplantar os custos associados à publicização excessiva da vida das vítimas e agressores, em processos criminais, e das partes envolvidas, em processos cíveis. Não é objetivo desta tese oferecer uma *sugestão* para o dilema, que envolve uma boa dose de política, mas apenas entregar insumos para que uma decisão informada seja realizada. O objetivo, menos ambicioso, é defender os efeitos benéficos do televisionamento de cortes constitucionais, que julgam casos nos quais não há riscos de incidentes envolvendo testemunhas ou jurados. Seguindo o planejamento inicial, os capítulos seguintes promovem uma análise empírica, quantitativa e qualitativa e, sobre os impactos decorrentes da TV Justiça.

---

[267] VINSON, C. Danielle; ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?", ob. cit., p. 81.

Parte II

O TELEVISIONAMENTO DE JULGAMENTOS NO BRASIL

Capítulo 4

4. TELEVISIONAMENTO DE JULGAMENTOS NO BRASIL: VISÃO GERAL

SUMÁRIO: 4.1. INTRODUÇÃO. 4.2. TV JUSTIÇA: CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO. 4.3. TELEVISIONAMENTO NO BRASIL: QUESTÕES JURÍDICAS. 4.3.1. O quadro normativo atual. 4.3.2. O caso *Suzane von Richthofen*. 4.3.3. Publicidade processual, televisionamento e Constituição. 4.3.3.1. Restrições à publicidade processual e reserva legal. 4.3.3.2. Os múltiplos regimes de publicidade processual. 4.4. CONCLUSÕES PARCIAIS.

4.1. INTRODUÇÃO

A primeira parte da tese serviu ao propósito de descrever a teoria e a prática da transmissão de julgamentos judiciais. Consoante o plano inicialmente traçado, a segunda parte tem por objeto o televisionamento de julgamentos no Brasil. A experiência da TV Justiça, com a transmissão das sessões do Supremo Tribunal Federal, começou somente em 2002. Antes disso, só há um registro de transmissão ao vivo, ocorrido em 1993, quando do julgamento dos assassinos de Marco Antônio Velasco, pertencentes à gangue "Falange Satânica da 405 Norte", na capital federal. O interesse público fez com que a TV Brasília fizesse a transmissão. O julgamento perdurou por 36 horas, conforme narrado por Antônio Carlos de Almeida Castro, em depoimento à revista eletrônica *Consultor Jurídico*[268].

No âmbito da justiça de primeiro grau, somente foi possível encontrar duas experiências de televisionamento pós-2002. Em 2010, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia transmitiu ao vivo, pela *internet*, o julgamento dos envolvidos no caso denominado de chacina da penitenciária de Urso Branco[269]. Em 2013, o Tribunal de Justiça do Estado de

[268] O caso é incidentalmente narrada pelo citado advogado, que participou do júri como assistente de acusação. ROVER, Tadeu. "Mensalão mostra fracasso da transmissão de julgamento". *Consultor Jurídico*, 11 mar. 2013, disponível em: http://bit.ly/1VQIhHl. Um breve resumo do caso pode ser lido em FRASÃO, Gustavo. "Veja onde e como estão os jovens do DF que cometeram crimes que chocaram o País". *Portal R7 Notícias,* 28 abr. 2013, disponível em: http://bit.ly/1Kdi5OL. Como a TV Brasília não existe mais, não foi possível obter mais informações sobre a transmissão.

[269] A chacina, ocorrida em 2002, teve repercussão internacional, motivando a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cf. resolução adotada em 18 de junho de 2002 (disponível em: http://bit.ly/1SQvZjh). O julgamento durou cerca de vinte sessões e terminou com a condenação dos dois réus. V. "Condenação na última sessão de julgamento do Caso Urso Branco", *Rondônia Agora*, 27 mai. 2010, disponível em: http://bit.ly/1QznO7s.

São Paulo permitiu, pela primeira vez na sua história, a transmissão de um caso criminal. Trata-se do julgamento de Mizael Bispo de Souza, acusado de assassinar a ex-namorada Mércia Nakashima, que se tornou nacionalmente conhecido[270].

No âmbito dos tribunais, houve algumas adesões à transmissão pela *internet* e pela televisão. O Tribunal Superior Eleitoral passou a ter suas sessões transmitidas ao vivo, a partir de 2006, pela TV Justiça. Em abril de 2010, as duas seções especializadas de dissídios individuais do Tribunal Superior do Trabalho passaram a televisionar suas sessões, transmitindo-as pela *web*. Os demais órgãos do tribunal passaram a fazê-lo em novembro do mesmo ano[271]. As sessões são gravadas e retransmitidas pela TV Justiça[272]. Em janeiro de 2015, o Tribunal de Contas da União passou a transmitir suas sessões pela também pela *internet*[273]. Em fevereiro de 2015, foi a vez do Tribunal Regional Federal da 4ª Região seguir o mesmo caminho[274]. Assim, à exceção da TV Justiça, que tem permitido ao público conhecer a intimidade do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral nos últimos quatorze anos, são escassas as experiências envolvendo transmissão de julgamentos no Brasil. É também escassa a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o ponto, a despeito de sua enorme atualidade e importância.

O único caso que rendeu controvérsias sobre o televisionamento foi o de Suzane von Richthofen, julgado em 2006 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que vetou o televisionamento do caso. O julgamento motivou até mesmo a elaboração de um projeto de lei para tratar especificamente do televisionamento de sessões de julgamento, cujo conteúdo será comentado adiante.

---

[270] Comunicação Social do TJ-SP, "Judiciário paulista transmite seu primeiro julgamento em tempo real", 21 mar. 2013, disponível em: http://bit.ly/1gfNkRw. Os custos para a transmissão em tempo real foram arcados por emissoras de televisão, consoante esclarece o comunicado. Curiosamente, não houve o mesmo interesse da mídia quando do julgamento do vigia Evandro Bezerra, ocorrido posteriormente ao de Mizael, acusado de participação no mesmo crime. TOMAS, Kleber. "Justiça veta transmissão pela TV do júri de vigia acusado de matar Mércia", *Portal G1, 28 jul. 2013,* disponível em: http://glo.bo/1gfUN33.

[271] "TST passa a transmitir ao vivo julgamentos de suas oito Turmas". *JusBrasil*, s/d, acesso em 30 jan. 2016, disponível em: http://bit.ly/1P44Djz.

[272] "Sessões do TST serão transmitidas pela TV Justiça". Notícias STF, 19 abr. 2010, disponível em: http://bit.ly/1VxMjmR.

[273] É possível acessar as gravações em: bit.ly/1IaScxN. Acesso em 28 jan. 2016.

[274] MAIA, William. "TRF-4 aposenta taquigrafia e transmite sessões ao vivo". *Jota*, 13 fev. 2015, disponível em: http://bit.ly/1QO856o.

Assim, apenas para fins de organização, o presente capítulo é dividido em duas partes. A primeira é dedicada à história da criação da TV Justiça, a pedido do Supremo Tribunal Federal, e a uma breve descrição sobre o funcionamento do canal público de televisão. A segunda trata da regulação do televisionamento de julgamento no Brasil, de forma mais ampla. Além de apresentar as regras regimentais e legais que têm sido empregadas para disciplinar a matéria, pretende-se também oferecer parâmetros para o tratamento da questão. Como se verá a seguir, o país ainda carece de regras mais claras sobre o acesso o uso de mídias eletrônicas e o acesso da mídia tradicional nas salas de julgamento.

4.2. TV JUSTIÇA: CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Em 2002, a Lei Federal n° 10.461 reservou um canal de TV a cabo para o uso de transmissões do Poder Judiciário brasileiro. De acordo com as justificativas apresentadas com o projeto de lei, um canal exclusivo seria necessário ao preenchimento do requisito constitucional de transparência (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988), e também ajudaria a criar uma imagem justa para o Poder Judiciário, eis que os meios de comunicação de massa lhe devotariam pouca atenção[275]. O projeto de lei foi apresentado pelo Deputado Federal Chiquinho Feitosa, em 2 de fevereiro de 2002, e registrado como Projeto de Lei n° 6.059/2002. Curiosamente, não há registro de debates relevantes sobre os impactos das câmeras nos procedimentos do tribunal. Para os parâmetros brasileiros, o projeto tramitou em tempo recorde. A ideia de reservar um canal de televisão para o Poder Judiciário foi fortemente defendida pelo Ministro Marco Aurélio que, naquele tempo, ocupava a Presidência do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, houve um arranjo para que ele pudesse sancionar a lei enquanto ocupava a Presidência, devido à ausência de todas as autoridades na linha de sucessão presidencial, o que veio a ocorrer em maio de 2002.

A nova lei foi aprovada em 17 de maio de 2002, e o canal iniciou suas operações em 11 de agosto do mesmo ano, operando por meio de cabo de fibra ótica (TV por assinatura). A transmissora, denominada "TV Justiça", recebeu a missão "[d]a divulgação

[275] Disponível em: http://bit.ly/1LgmZle. Acesso em 25 fev. 2016. Esse diagnóstico é compartilhado por MACCALÓZ, Salete. *O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 1-54.

dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça" [276]. Desde então, a TV Justiça tem transmitido, ao vivo, as audiências públicas, sustentações orais e deliberações do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Quando possível, também são transmitidas as sessões do Tribunal Superior Eleitoral[277]. Há espaço dedicado às decisões mais relevantes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, além de programação especial dedicado à educação jurídica. A natureza destes programas é mista, alguns são formatados para o público em geral e outros para profissionais do meio jurídico[278]. A TV Justiça também transmite materiais gravados de sessões plenárias, perfis de Ministros aposentados e ativos, além de iniciativas relacionadas à promoção da justiça.

Há três exceções à publicidade por televisão no STF. A primeira, e mais relevante, são as sessões das turmas do Supremo. Isso se deve a problemas logísticos e financeiros. Como é sabido, o Supremo possui duas turmas, cada uma composta com cinco Ministros. Elas se reúnem, por força regimental, terças-feiras às 14 horas. Dado que só há um canal disponível, seria necessário privilegiar uma delas para que fosse possível a transmissão ao vivo. Com o gradual implemento da televisão digital, o que depende de maior disponibilidade de recursos, esse obstáculo poderá ser superado em breve. A segunda exceção é o plenário virtual, dedicado à decisão sobre existência ou não de repercussão geral nos recursos extraordinários [279]. Como as decisões são tomadas pelo sistema eletrônico, a transmissão de debates seria impossível. Finalmente, as sessões administrativas do tribunal não são transmitidas.

---

[276] Cf. Lei n° 10.461/2002, artigo 1°. Ao contrário do que vem ocorrendo em outros países, a lei não trouxe qualquer parâmetro capaz de nortear a transmissão dos casos, deixando a matéria à liberdade de conformação do STF. Por sua vez, o tribunal não editou qualquer ato interno. As matérias submetidas a sigilo são julgadas ao vivo e televisionada, embora sem referências ao nome das partes.

[277] O Tribunal Superior Eleitoral é parte do Poder Judiciário. Ele é responsável por organizar eleições e decidir sobre as candidaturas. Portanto, ele exerce um misto de poderes judiciais e administrativos. Devido ao seu trabalho intermitente, os juízes que o compõem não são exclusivos. O colegiado é composto por sete juízes, três deles oriundos do STF, três oriundos do STJ, e dois advogados, indicados pelo Presidente entre aqueles selecionados pelo STF. Alguém pode se perguntar por que os efeitos observados no STF, que serão explicitados adiante, não são espelhados no TSE, afinal, todos são televisionados na TV Justiça. Uma abordagem mais ampla da pesquisa deveria incluir o TSE. Todavia, há que se reconhecer que o papel do TSE é muito mais técnico e menos livre que aquele desempenhado pelo STF. Ademais, o TSE exerce funções administrativas.

[278] FRAGALE FILHO, Roberto. "Courts on Screen", ob. cit., pp. 115-118.

[279] O plenário virtual é uma criação regimental do STF em resposta às adaptações necessárias pela Emenda Constitucional n° 45/2010. A emenda mudou a constituição em ordem a incluir que apenas os recursos extraordinários que veiculem teses dotadas de repercussão geral serão apreciados pela corte.

É interessante notar que a ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal coincide exatamente com os anos em que a transmissão das sessões plenárias passou a ocorrer. Enquanto isso, durante essa etapa de sua história institucional, a TV Justiça trouxe à luz as entranhas do STF. Debates duríssimos entre Ministros e deliberações tensas foram transmitidos ao vivo e sem edição e, posteriormente, retransmitidos pelas maiores redes de televisão do país. O pico de visibilidade da TV Justiça certamente ocorreu no julgamento da Ação Penal n° 470, em que se discutia a responsabilidade criminal de diversos políticos de primeiro escalão acusados de corrupção ativa e passiva. Precisamente por este motivo tornou-se objeto de intensa controvérsia pública, a tal ponto que há até mesmo um projeto de lei que objetiva proibir a transmissão pública de julgamentos em tramitação no Congresso Nacional[280].

Os doze anos de TV Justiça permitem que seja analisado o relacionamento entre a publicidade máxima dos julgamentos e seus impactos na metodologia jurídica empregada pela Corte e na confiança pública nas instituições judiciárias brasileiras. A fórmula empregada para tal empreendimento é singela: a comparação entre o perfil do tribunal entre os anos de 1990-2002 e entre 2003-2011. A percepção de que a transmissão das sessões tem consequências na maneira em que juízes conduzem seus votos e comportam-se nos julgamentos é algo intuitiva. Todavia, remanesce a questão de saber *se* a percepção é confirmada pela análise qualitativa e quantitativa dos votos apresentados pelos Ministros, e pelos números do próprio tribunal. Este é o ponto discutido nos dois capítulos seguintes. Antes de prosseguir, parece relevante analisar, ainda que de modo breve, as discussões jurídicas ligadas à publicidade processual que o televisionamento pode proporcionar.

4.3. TELEVISIONAMENTO NO BRASIL: QUESTÕES JURÍDICAS

4.3.1. O quadro normativo atual

[280] Projeto de Lei nº. 7.004/2013, apresentado pelo Deputado Federal Vicente Candido (PT). Eis a justificativa anexada ao projeto: "A maior 'transparência' [proporcionada pela TV Justiça] implica muitas vezes cenas de constrangimento, protagonizadas pelos ministros em Plenário. Na verdade, as estranhas da Justiça é que estão sendo mostradas com sensacionalismo exacerbado por parte de alguns ministros em particular. Basta isso para que tenhamos uma espécie de desmoralização da nossa Corte Suprema".

A experiência de televisionamento de julgamentos no Brasil é bastante incipiente, como visto acima. A ausência de interesse pelo que acontece nas salas de justiça no país se reflete ao nível da regulação do tema: as poucas regras atualmente existentes sobre a matéria estão divididas entre o texto constitucional, a legislação processual e o regimento interno dos tribunais, sendo igualmente certo que poucas vezes são debatidas, na jurisprudência ou mesmo na doutrina[281], para os propósitos discutidos na presente tese.

As regras mais relevantes para o tratamento da questão são as previstas nos arts. 5º, inciso LX e 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988[282]. Elas estabelecem a obrigatoriedade da publicidade dos atos processuais – manifestação do direito subjetivo de caráter público à informação –, ressalvando os casos de preservação do direito à intimidade e aqueles em que o interesse social exigir limitações ao caráter público do processo[283]. A Constituição expressamente admite que a lei discipline os casos de restrição à publicidade processual (art. 93, inciso IX). Assim, no âmbito processual civil, o art. 155, do Código de Processo Civil, proclama a publicidade dos atos processuais, ressalvados os casos em que o interesse público exigir o segredo de justiça, e também nas matérias de direito de família[284]. A

---

[281] Exceção à regra é DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol I. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 88-89: "No Brasil, há a transmissão ao vivo, pela televisão, de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Ao que nos consta, é experiência inédita do mundo. Trata-se induvidosamente , de uma técnica de concretização da dimensão externa do direito fundamental à publicidade processual. O fenômeno tem, como quase tudo, aspectos positivos (disseminação da informação jurídica, sobretudo do posicionamento do STF) e negativos (espetacularização das sessões e o enfraquecimento da colegialidade do julgamento). Os aspectos negativos parecem ser produto da falta de maturidade no uso da tecnologia, que potencializa a transparência do exercício da função jurisdicional. O controle pela opinião pública, principalmente pela intelectualidade acadêmica e pelos demais operadores do Direito, é o principal instrumento de prevenção e combate a essas distorções, em busca do amadurecimento institucional. O certo é que não se pode retroceder no particular, com solução que vete ou restrinja a transmissão dos julgamentos".

[282] CF88: "Art. 5º. (...). LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;. (...) Art. 93. (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;".

[283] Parece claro que o art. 5º, inciso XXXIII, da CF88, estabelece outra exceção à regra da publicidade estatal, também aplicável aos processos judiciais: Art. 5º. (...). XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;".

[284] CPC: "Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus

regra geral no processo civil tem sido a publicidade dos atos processuais, admitindo-se o segredo de justiça como exceção.

No processo penal, a matéria está tratada no art. 792, do Código de Processo Penal, que permite a realização dos atos processuais "a portas fechadas" nos casos de escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem[285]. Os crimes contra a dignidade sexual são automaticamente processados em sigilo, consoante previsão do art. 234-B, do Código Penal, inserido em 2009[286]. Essas previsões devem ser complementadas com as regras dos arts. 27 e 143, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que criam hipóteses de sigilo processual nos casos envolvendo interesse de menores[287]. Portanto, à primeira vista, parece claro que processos envolvendo questões de família, crimes sexuais e interesses de menores, de modo geral, estão fora do âmbito de "casos televisionáveis". Contudo, essas

---

procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite". Sobre o tema, v. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. CRUZ, José Raimundo Gomes da. "Segredo de justiça". *Revista Forense* n. 284, p. 57. Na jurisprudência, v. STJ, REsp. n. 253.058/MG, Min. Rel. Fernando Gonçalves, *DJ* 15 mar. 2012. O novo Código de Processo Civil, em seu art. 189, inclui mais hipóteses de sigilo: aqueles casos em que constem dados protegidos pelo direito à intimidade e os que versem sobre arbitragem e houver acordo de confidencialidade.

[285] CPP: "Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes". Sobre o tema, v. CAPEZ, Fernando; COLAGNO, Rodrigo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 472 e 1175-1776. Na jurisprudência, v. STJ, QO no REsp. n. 1.397.236/PB, Min. Rogério Schietti Cruz, *DJ* 25 nov. 2014.

[286] CP: "Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça".

[287] ECA: "Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (...) Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome". Sobre o tema, v. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33 e 177-178. PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 705-706. Segundo a jurisprudência, tais dispositivos exibem feição protetiva da formação das crianças e adolescentes, e o seu descumprimento gera, inclusive, dano moral. V. STJ, AgRg no REsp. n. 1.354.696/PR, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 02 out. 2014.

características não têm impedido o Supremo Tribunal Federal de transmitir julgamentos envolvendo essas matérias, valendo-se das cautelas devidas para tanto.

A matéria também tem sido tratada no âmbito dos regimentos internos dos tribunais. Como se sabe, o Brasil possui noventa e um tribunais, sendo que quinze deles disciplinam, em seus respectivos regimentos internos, a transmissão de julgamentos[288]. Os Tribunais de Justiça do Acre e Minas Gerais proíbem, de modo peremptório, a transmissão de julgamentos por profissionais da imprensa. Os Tribunais de Justiça da Bahia e Paraná parecem, igualmente, proibir a transmissão, fazendo-o de forma indireta: eles determinam que as tomadas de televisão poderão ser feitas no intervalo dos trabalhos. Os Tribunais de Justiça de Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Rondônia e Tocantins submetem a transmissão à autorização do Presidente do órgão julgador do caso. Os Tribunais de Justiça Rio Grande do Sul, Roraima e Sergipe requerem autorização do próprio órgão julgador, por maioria dos seus membros. Por fim, os Tribunais Regionais Eleitorais de Minas Gerais e Tocantins situam-se no exato oposto: a regra é a possibilidade de transmissão ao vivo, podendo haver deliberação do Presidente do Tribunal em sentido contrário.

O quadro acima aponta a existência de dois problemas sérios. *Primeiro*, não há distinção entre as situações que envolvem *segredo de justiça* e aquelas relativas à transmissão de julgamentos. O texto constitucional e a legislação processual não distinguem entre a publicidade decorrente da simples presença de pessoas ao julgamento daquela resultante da transmissão pública dos casos, o que pode ocorrer, atualmente, até mesmo pelo uso de um *smartphone* capaz de registrar fotos, áudio e transmiti-las pela *internet* em tempo real (utilizando, *e.g.*, o *periscope* ou *skype*). Os parâmetros oferecidos pela lei são binários, ao passo que hoje há diferentes *graus de publicidade* de julgamentos. *Segundo*, não está claro qual é o meio legítimo para disciplinar a questão e quem deve ser o responsável por tomar as decisões relativas à publicidade dos julgamentos. As leis não fornecem qualquer parâmetro claro. É desconcertante constatar que os regimentos confiram o poder ora ao Presidente do Tribunal, ora ao Presidente do órgão julgador, ora ao próprio órgão julgador. Tais indefinições causam inegável impacto na relação entre mídia e tribunais em geral, deixando

[288] No âmbito estadual, são eles: Acre, Bahia, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Sergipe, Tocantins e Paraná. No âmbito federal: Tribunais Regionais Eleitorais de Minas Gerais e Tocantins. Os trechos pertinentes dos respectivos regimentos estão compilados no Anexo I.

os veículos de comunicação à mercê da opinião pessoal de autoridades judiciais, e foram particularmente decisivas no caso Richthofen, narrado a seguir.

4.3.2. O *caso Suzane von Richthofen*

Uma dessas raras hipóteses em que houve interesse da mídia em promover a transmissão foi no julgamento de Suzane von Richthofen. Suzane, o namorado e o cunhado planejaram e executaram a morte dos pais da primeira, simulando um latrocínio, com o objetivo de partilharem entre si a herança familiar. O parricídio ocorreu em 31 de outubro de 2002. O crime foi amplamente noticiado no Brasil e no exterior, gerando muito interesse do público[289]. Em 2006, às vésperas do julgamento, o Juízo da 1ª Vara do Júri da Capital autorizou o televisionamento ao vivo do caso pelas redes de televisão, com captação de áudio e imagens. A perspectiva de um julgamento ao vivo, em rede nacional, atrairia enorme audiência. Para se ter dimensão do interesse, os oitenta lugares disponíveis no Tribunal do Júri foram disputados por mais de vinte mil inscritos[290].

As expectativas de um julgamento televisionado, contudo, restaram frustradas pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, consoante decisão proferida no HC n° 972.803.3/0-00[291]. Os advogados da ré impetraram *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, em favor de todos os réus do processo, sob o argumento de que o televisionamento causaria prejuízos à ampla defesa e geraria pressão no júri para que condenasse os réus. O Des. Damião Cogan deferiu, inicialmente, a liminar postulada. No julgamento do mérito pelo colegiado, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal conheceu do *habeas* como mandado de segurança e proibiu o televisionamento do julgamento[292]. As emissoras não recorreram aos tribunais superiores.

---

[289] Além da natureza bárbara do crime, provavelmente isso se deu em razão do parentesco da família Richthofen com o "Barão Vermelho", um famoso piloto de aviões da Primeira Guerra Mundial, o que deu ao homicídio repercussão internacional. V. "Red baron heiress killed parentes". *BBC News*, 23 jul. 2006, disponível em: http://bbc.in/1QTDm89.

[290] A página eletrônica do TJSP ficou congestionada com os acessos. O Juiz Alberto Anderson Filho teria dito que "se o julgamento fosse no Pacaembu, ainda assim ficaria apertado". "Interessados em assistir júri de Suzane congestionam site". *Consultor Jurídico*, 27 mai. 2006, disponível em: http://bit.ly/1P0GNr8.

[291] TJSP, 5ª CCrim, Rel. Des. Damião Cogan, j. 22 jun. 2006.

[292] Os julgadores concluíram pela inviabilidade do uso do *habeas*, eis que não estava em jogo o direito à liberdade dos réus. Como esta não é uma tese sobre processo civil, não há interesse em

O primeiro fundamento empregado pela Câmara para reverter a decisão do juízo de primeiro grau foi *formal*. O regimento interno do Tribunal proibia, em 2006, qualquer atividade de gravação, irradiação, fotografia e filmagem, ressalvada a autorização expressa da Presidência do Tribunal. À míngua de tal autorização, o juízo teria contrariado o regramento interno da corte. É interessante notar que a consistência do argumento depende de uma definição relevante: saber se a matéria – televisionamento – pertence ao domínio do regimento ou se ela deve ser tratada por lei. Se a primeira opção for correta, então o posicionamento do tribunal foi acertado; se a segunda opção o for, então o juízo agiu segundo os poderes que lhe são conferidos pela legislação processual.

O acórdão, contudo, não se limitou a proclamar a ausência de atribuição do juízo. No voto condutor, o relator afirmou que a regra do art. 93, inciso IX, da Constituição, precisa ser compatibilizada com a proteção conferida à intimidade, prevista no art. 5º, incisos X e LX, do mesmo texto. Após longa digressão sobre os fundamentos do direito à intimidade, a Câmara concluiu que o direito à informação de terceiros não pode ou deve se sobrepujar àquele. **Por consequência, a transmissão da imagem ou a gravação de voz do preso ou réu dependeria de seu expresso consentimento para ser legítima**. O órgão julgador asseverou, ainda, que a presença da imprensa falada e escrita no plenário assegura a observância do princípio da publicidade sem que se imponha aos jurados, testemunhas e demais participantes de processo o ônus da exposição pública, atendendo assim ao princípio da proporcionalidade.

Não se trata de uma decisão irrelevante, a despeito de pouco comentada. A ausência de interposição de recurso impediu a realização de um debate importante sobre os princípios da publicidade processual, da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade, todos de índole constitucional, pelo STF. Em 2007, utilizando os fundamentos e as conclusões da decisão acima relatada, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n° 1.407/2007, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, do PMDB-MT, que altera o Código de Processo Penal para disciplinar a transmissão de

---

analisar, com profundidade, a possibilidade de conversão do *habeas corpus* em mandado de segurança, tal como realizado pelo Tribunal. Contudo, em apreciação sumária, parece que a decisão não é compatível com as regras do direito processual civil em vigor, eis que o *habeas* havia sido impetrado pelos advogados *em nome próprio* em favor de terceiros, revelando, assim, problemas de legitimidade.

julgamentos no Brasil. O projeto permite que as partes, o Ministério Público e o juiz tenham o *poder de vetar o televisionamento*[293]. Aprovado de modo conclusivo nas comissões, encontra-se pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara o recurso interposto contra aquela decisão.

Sendo assim, com o objetivo de contribuir para o debate, o tópico seguinte tem o propósito de defender quatro teses sobre o televisionamento no Brasil: (i) a transmissão de julgamentos é matéria jurisdicional, devendo ser tratada em lei, não em regimentos internos; (ii) a proibição *tout court* da transmissão de julgamentos pela legislação (ou regimentos internos, para quem entenda cabível) não é uma opção constitucional legítima, por violar o princípio da publicidade processual; (iii) os princípios da publicidade processual e da liberdade de imprensa, em conjunto ou isoladamente, não asseguram um direito constitucional autônomo à transmissão de julgamentos ou à gravação das atividades das cortes; e (iv) o direito à privacidade não assegura, por sua mera invocação, o sigilo parcial ou total dos julgamentos. É o que se discute a seguir.

4.3.3. Publicidade processual, televisionamento e constituição

4.3.3.1. Restrições à publicidade processual e reserva legal

Como visto acima, alguns tribunais tratam da transmissão de julgamentos em seus regimentos internos. A questão é saber se eles podem fazê-lo legitimamente, considerados os limites do art. 96, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal de 1988[294], que delega ao regimento dos tribunais as matérias sobre a *competência* e o *funcionamento* dos seus respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Como não há dúvidas que a transmissão de julgamentos não envolve questões de *competência* jurisdicional,

---

[293] O projeto altera o art. 792 do CPP, conferindo-lhe a seguinte redação: "Art. 792. § 3º Será permitida a transmissão radiofônica e televisiva de audiências e julgamentos, se as partes, o Ministério Público e o juiz o autorizarem e desde que não haja ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da honra ou da vida privada das pessoas. § 4º O tribunal competente regulará a forma de ingresso de equipamentos e o número de pessoas na sala de audiências com o fim de evitar tumultos."

[294] CF88: "Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;".

resta saber se ela pode ser considerada relacionada ao *funcionamento* dos tribunais; ou se, por outro lado, é matéria de cunho tipicamente processual, que deve ser veiculada por lei federal, a teor do art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988[295].

Como ponto de partida, registre-se não haver dúvidas que a decisão fundamental sobre o caráter sigiloso ou aberto de um processo é matéria de competência do juízo natural da causa – processual, portanto –, sendo inconstitucional previsão regimental que verse sobre o tema, consoante já decidiu o STF[296]. O regime de publicidade processual é matéria estritamente jurisdicional, como revelam as disposições mencionadas dos estatutos processuais vigentes. Por outro lado, regras de comportamento no âmbito das dependências do tribunal são temas típicos de regimento interno. Como revelado no primeiro capítulo, os tribunais superiores disciplinam até mesmo o tipo de vestimenta que deve ser usado no âmbito de suas dependências.

Por mais que o televisionamento tenha sido tratado como matéria de administração dos tribunais, seja no direito brasileiro ou no comparado, há fortes razões para se entender que ele deve ser veiculado por lei em sentido formal, ao menos no Direito brasileiro. Primeiro, a transmissão (ou não) do julgamento tem impactos diretos na condução do processo. Esta é, aliás, a razão central pela qual profissionais do Direito debatem calorosamente o tema, ao menos desde o início do século XX. Ora, para ficar em um exemplo mais óbvio, a transmissão do julgamento de um crime infamante pode causar danos irreversíveis à reputação individual, e trazer risco até mesmo aos familiares do acusado. A divulgação de imagens de testemunhas e jurados traz riscos à imparcialidade desses atores, que podem sofrer pressão da comunidade, como já mencionado antes. Neste contexto,

---

[295] CF88: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;"

[296] Cf. STF, ADI n. 2.970/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 12 mai. 2006: "No presente caso, têm-se normas regimentais que, a pretexto de regulamentar o procedimento a ser seguido no TJDFT para o julgamento penal de autoridades possuidoras de foro por prerrogativa de função, estabeleceu restrição ao direito fundamental da publicidade dos atos processuais, impondo a modalidade secreta de sessão (...) para o momento de deliberação por parte dos integrantes do colegiado. (...) No caso em debate, da mesma forma, ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Constituição Federal, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento realizado pelo Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual".

medidas de restrição à publicidade processual podem (e devem) ser adotadas pelo magistrado de modo profilático[297]. Não há como classificá-las como meramente procedimentais.

Em segundo lugar, os arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, instituíram genuínas *reservas de lei*[298] em sentido formal para tratar das restrições à publicidade processual. O texto constitucional é bastante claro: somente a lei pode veicular restrições à publicidade processual, que devem ser orientadas à proteção da intimidade ou de interesse social relevante, e não regimentos ou quaisquer outros atos infralegais. Além disso, é importante observar a teleologia da garantia: se a publicidade processual é uma forma de contrabalançar a independência dada aos tribunais – remete-se o leitor à discussão travada no primeiro capítulo, por dever de síntese –, seria um grande contrassenso permitir que as cortes de justiça tenham a prerrogativa de disciplinar o *regime de publicidade processual* por meio de ato interno. A transparência como garantia institucional perderia vitalidade caso tal interpretação prevalecesse.

É certo que houve um tempo em que a transmissão de julgamentos envolvia grande mobilização dos tribunais, com sérias interferências em sua estrutura física. A instalação dos equipamentos de transmissão requeria dias de trabalho antes do julgamento e, em alguns casos, demandava a modificação da estrutura física do Poder Judiciário, consoante narrado no capítulo precedente. O televisionamento era um estorvo que transcendia o próprio processo. Neste contexto, fazia sentido transferir o tratamento da matéria ao regimento interno. Contudo, com o avanço galopante da tecnologia, todo espectador em tribunais tornou-se um potencial transmissor das atividades ocorridas ali dentro, e toda a preparação necessária à transmissão pelos meios de comunicação de massa hoje é dispensável. Por todas essas razões, somente faz sentido tratar da transmissão por meio de lei em sentido formal.

4.3.3.2. Os múltiplos regimes de publicidade processual

---

[297] Outra medida possível é o desaforamento. Trata-se da transferência do julgamento para outra comarca, diferente daquela que julgaria o fato, por razões de ordem pública, ou quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou segurança pessoal do acusado (v. art. 427 e ss., do Código de Processo Penal). O desaforamento jamais foi tratado como medida meramente procedimental ou administrativa.

[298] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 148-152.

A doutrina tradicional reconhece dois regimes de publicidade processual. O primeiro é o de publicidade plena, que permite a terceiros ter acesso aos atos e fatos processuais, independentemente de autorização das partes. O segundo é o de publicidade restrita, que permite somente às partes e aos seus respectivos advogados o acesso aos atos e fatos processuais[299]. À luz desta distinção binária, a *publicidade estendida* decorrente da possibilidade de transmissão – pela via tradicional ou pela *internet* – fica em uma espécie de limbo, sujeita ora ao tratamento variado oferecido pelos regimentos internos, ora sem qualquer regulação, dependendo do arbítrio do julgador de ocasião. Além disso, regimes de publicidade intermediários, que contemplam a prática de atos processuais sigilosos ao lado de atos públicos, acabam esquecidos na escolha peremptória entre o sigilo ou a abertura.

Pois bem, parece razoável afirmar que a publicidade processual pode ser realizada em *múltiplos níveis*. Em uma democracia, o público tem direito de obter informações sobre as diferentes funções governamentais. No contexto constitucional brasileiro, o acesso à informação encontra-se presente, de modo geral, no art. 5º, incisos XXXIII[300], e especificamente, no campo processual, no art. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, todas da Constituição Federal de 1988. Quando se trata de órgão de imprensa, a carta também assegura o amplo exercício da liberdade de informar (art. 220, § 1º)[301]. **Este conjunto de dispositivos permite concluir que o regime de publicidade processual padrão da Constituição Federal de 1988 é o de *máxima publicidade possível*[302].** Isso significa dizer

---

[299] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de processo civil*. São Paulo: Editora J. Bushatsky, 1975, pp 132-136. V. também RIBEIRO, Patrícia Hunriques;. GUERRA, Arthur Magno e Silva; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia; ANDRADE, Juliana Campos Horta de. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: Democracia e direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 66.

[300] CF88: "Art. 5º XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;".

[301] CF88: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV".

[302] STF, ADI-MC n. 4.638/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*e 29 out. 2014: "Impõe-se, portanto, o acesso a informações passíveis de serem enquadradas como públicas e iniludivelmente o são as alusivas à atuação dos magistrados, aos eventuais desvios e às sanções disciplinares aplicadas. A publicidade, como bem enfatizou o eminente Decano, Ministro Celso de Mello, na decisão monocrática proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.725, atua como fator de legitimação dos atos estatais, pressupõe o acompanhamento pela sociedade de tudo que esteja no âmbito da denominada coisa pública. Esta pertence a todos, não se podendo invocar a intimidade, ou seja, a guarda de sigilo quanto a elementos que a compõem".

que a regra geral constitucional é a possibilidade de que terceiros tenham acesso aos atos e fatos processuais livremente, e todos estão autorizados a gravar e transmitir as imagens e áudio obtidos em julgamento.

Por outro lado, nada impede que o legislador, no exercício das competências atribuídas pelos arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, e tendo em vista interesses contrapostos, autorize o emprego de regimes de publicidade processual menos rigorosos, instaurando o sigilo sobre parte dos atos processuais ou sobre todos eles, consoante a necessidade relevada pelo caso concreto. Esses regimes são justificáveis à luz da necessidade de ponderação entre princípios constitucionais conflitantes com a publicidade, como o direito à intimidade, a proteção da segurança das pessoas e do Estado, o devido processo legal, etc.. Em síntese, inexiste um direito subjetivo, de natureza constitucional, à transmissão de julgamentos (publicidade estendida) ou mesmo à presença em julgamentos (publicidade interna). É o próprio texto constitucional que desabona a tese.

A despeito disso, parecem ilegítimos regimes que privilegiem exclusivamente o sigilo, aniquilando a publicidade processual[303]. As regras regimentais – caso se entendam válidas – que proíbem *tout court* os registros audiovisuais em ambientes de tribunal são inconstitucionais por vetarem uma dimensão da publicidade sem indicar o princípio que pretendem concretamente proteger. Elas acabam por aplicar um princípio constitucional de forma absoluta, sem atentar para outros valores do sistema, algo que não é compatível com a Constituição brasileira, consoante reconhecem a doutrina e a jurisprudência do STF[304].

---

[303] STF, ADI-MC n. 4.638/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*e 29 out. 2014: "A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não impede a realização de sessões reservadas para garantir o direito à intimidade, consoante prevê o próprio artigo 93, inciso IX, da Carta Federal. **O constituinte derivado, no entanto, exige fundamentação específica para a decretação de sigilo no processo disciplinar, porque a transparência é a tônica da atividade pública**. A lei a que remete o dispositivo deve ser editada a fim de se restringir, em determinados atos, a presença às próprias partes e respectivos advogados, não sendo necessária para assegurar a observância do princípio da publicidade, sob pena de inverter os valores protegidos, já que a regra – a publicidade – passaria a ser exceção" (negrito acrescentado). STF, ADI n. 4.414/AL, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*e 17 jun. 2013: "(…) 18. A publicidade assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB) alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências, razão pela qual padece de inconstitucionalidade disposição normativa que determine abstratamente segredo de justiça em todos os processos em curso perante Vara Criminal".

[304] A propósito, v. STF, HC 93250, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*e 27 jun. 2008: "Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se

De igual modo, ao condicionar a transmissão do caso ao consentimento dos réus no processo criminal, reconhecendo-o como manifestação do direito à privacidade, a decisão proferida no caso von Richthofen, na prática, acaba com a possibilidade de transmissão, bem como transfere à parte a prerrogativa de realizar a ponderação de princípios constitucionais, sem exigir qualquer tipo de justificação racional. O Projeto de Lei n° 1.407/2007, ao consagrar o direito ao veto imotivado ao televisionamento, segue o mesmo caminho. Tendo em vista o grande interesse da sociedade, o magistrado deve ter a liberdade de analisar as circunstâncias do caso concreto e decidir por um regime misto de publicidade processual, a partir da ponderação dos princípios em jogo.

4.4. CONCLUSÕES PARCIAIS

A experiência brasileira com transmissão de julgamentos, à exceção do próprio Supremo Tribunal Federal, é bastante incipiente. Como visto acima, os experimentos foram escassos e não há maiores reflexões doutrinárias sobre o tema. A despeito disso, o barateamento da tecnologia de transmissão tem permitido que diversos tribunais e juízos de primeiro grau adotem a transmissão de julgamentos via *internet*. É possível que nos próximos anos esta seja uma tendência crescente no direito brasileiro, daí a importância de se incrementar a massa crítica sobre o tema.

As regras sobre publicidade processual presentes na legislação em vigor são problemáticas porque *não tratam especificamente* da transmissão e/ou gravação de atos processuais, mas se restringem à lógica binária que separa as denominadas "publicidade interna e externa". Na omissão legal, diversos tribunais brasileiros disciplinaram a matéria em seus regimentos internos, ora estabelecendo como opção *default* a possibilidade de transmissão, ora proibindo-a peremptoriamente. Em nível jurisprudencial, a única decisão em que se discute, em termos constitucionais, o direito ao televisionamento, é oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo, que concluiu pela impossibilidade de transmissão do

---

afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.". V., na doutrina, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 221-229.

julgamento de Suzane von Richthofen. Ao fazê-lo, prestigiou a regra do regimento interno então em vigor, que proibia a transmissão de julgamentos, e deu vestes absolutas ao princípio da privacidade.

Desde logo, parece claro que interpretação conferida pelo órgão judicial à Constituição é incompatível com as regras que têm sido observadas no funcionamento da própria TV Justiça, sob o comando do STF. Embora o resultado final (a interdição da transmissão pela mídia tradicional, no caso de Richthofen) possa ser defendido com fundamento na ponderação entre os princípios constitucionais da privacidade e publicidade processual, os argumentos empregados pelo Tribunal são claramente incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro, pois conferiram à parte o poder absoluto de vetar o televisionamento. Como visto no capítulo 2, onde se confere às partes o poder de vetar a transmissão, praticamente não há televisionamento de julgamentos.

Com o objetivo de contribuir para o debate, foram propostas quatro ideias a respeito do regime de publicidade processual e televisionamento no Brasil: (i) a transmissão de julgamentos é matéria tipicamente jurisdicional, devendo ser tratada em lei em sentido formal, não em regimentos internos; (ii) a proibição *tout court* da transmissão de julgamentos pela legislação não é uma opção constitucional legítima, por violar o princípio da publicidade processual; (iii) os princípios da publicidade processual e da liberdade de imprensa, em conjunto ou isoladamente, não asseguram um direito constitucional autônomo à transmissão de julgamentos ou à gravação das atividades das cortes; e (iv) o direito à privacidade, só por si, não assegura, o sigilo parcial ou total dos julgamentos.

O ideal é que a decisão sobre o regime de publicidade processual seja de máxima transparência, deixando ao magistrado do caso concreto a oportunidade de optar, de modo fundamentado, por regimes intermediários de publicidade, segundo balizamentos estabelecidos claramente pela legislação.

Capítulo 5

5. AS MUDANÇAS QUANTITATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO: 5.1. INTRODUÇÃO. 5.2. ESTUDO PRINCIPAL: A PRODUÇÃO DO STF EM ADI. 5.2.1. Aspectos metodológicos. 5.2.2. Dados e discussão. 5.3. GRUPO DE CONTROLE: A PRODUÇÃO DO STF EM HC. 5.3.1. Aspectos metodológicos. 5.3.2. Dados e discussão. 5.4. A PRODUÇÃO TOTAL DO STF. 5.5. CONCLUSÕES PARCIAIS.

5.1. INTRODUÇÃO

Como registrado na introdução da tese, há inúmeros doutrinadores que acreditam que os votos no STF ficaram mais longos nos últimos anos, impactando na produtividade do tribunal, e que este efeito seria resultante do televisionamento das sessões do plenário[305]. A TV Justiça teria, assim, causado prejuízos à jurisdição. O objetivo deste capítulo é testar empiricamente essas intuições. O estudo a ser empreendido consistirá em três etapas. Primeiro, pela simples comparação entre o tamanho dos acórdãos proferidos pelo tribunal antes e depois do televisionamento das sessões plenárias, será possível verificar se a intuição corresponde à realidade. Segundo, utilizando os *habeas corpus* julgados pelas turmas como grupo de controle, sabendo-se que são julgados sem televisionamento, abre-se a oportunidade de analisar se ele teve alguma influência no resultado. A etapa final envolverá a análise do número de julgamentos do plenário e individuais, ocasião em que será possível verificar se a produtividade da corte caiu ou não ao longo do período.

5.2. A PRODUÇÃO DO STF EM ADI

5.2.1. Aspectos metodológicos

Para fazer a apuração quantitativa dos impactos da TV Justiça sobre os julgamentos do Supremo, a atuação da Corte foi dividida em dois períodos: **1990 a 2002**, correspondente ao período posterior à promulgação da Carta de 1988 e anterior ao efetivo

[305] V. FREITAS, Vladimir Passos. "TV Justiça e a exibição dos julgamentos do Supremo". *Consultor Jurídico*. Disponível em: bit.ly/1OqFPC5. Acesso em: 30.08.2012. Luís Roberto Barroso, "A revolução da brevidade", publicado na Folha de São Paulo em 17.07.2008. Veja-se, ainda, depoimento do Min. Moreira Alves, discutido na introdução à tese.

funcionamento da TV Justiça[306], desprezados os anos de 1988 e 1989, relativamente aos quais nem todas as estatísticas estavam disponíveis e por serem anos de transição, e **2003 a 2011**, intervalo posterior ao início das transmissões. Foram, pela mesma razão, destacados os seguintes indicadores, referentes aos períodos acima assinalados: (i) a extensão dos acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade; (ii) a quantidade de acórdãos publicados em ações diretas de inconstitucionalidade; e (iii) o total de decisões (individuais e coletivas) proferidas em ações direta de inconstitucionalidade.

Diferentemente de outras cortes constitucionais, o Supremo Tribunal Federal julga muitos casos por ano. Esse cenário é resultado de diversos fatores, tais como a ausência de efeito vinculante na maior parte dos precedentes provenientes da Corte, a inexistência de uma cultura de acordos extrajudiciais, a habilitação universal decorrente do credenciamento de advogados no respectivo órgão de classe e os baixos custos da litigância, especialmente em tribunais superiores[307]. Para lidar com o excesso de casos aguardando julgamento, os juízes do Supremo são coadjuvados por um grande número de assessores, que oferecem apoio na análise preliminar dos casos e adequação às minutas aprovadas pelos Ministros. Há, ainda, a prática de julgar casos em listas, nas quais apenas a tese geral é enunciada, sem que sejam discutidas as especificidades de cada um deles. Os Ministros limitam-se a concordar ou discordar do relator, sem discussão.

É certo que nos últimos anos as reformas legislativas têm direcionado para a limitação do acesso ao Supremo Tribunal Federal, mas ainda assim o volume de julgamentos continua colossal. Sendo assim, devido a todos esses fatores, considerar o número total de casos julgados pelo tribunal para analisar o impacto da TV Justiça seria, no mínimo, enganador. Para evitar essas distorções, o *termômetro* encontrado para avaliar o tamanho dos acórdãos foram as ações diretas de inconstitucionalidade.

A opção por estudar prioritariamente as decisões e acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade dá-se por três razões. A uma, elas são as ações mais importantes julgadas pelo Supremo, no bojo das quais se desenrola o controle concentrado de

---

[306] Não foram considerados os anos de 1988-1989. Os primeiros dois anos foram desprezados em razão da baixa produção do STF no momento de transição.

[307] GABBAY, Daniela Monteiro. CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva do judiciário – uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

constitucionalidade. A legitimidade ativa para o ajuizamento de ações é restrita a poucas instituições e atores políticos. O objeto da ADI restringe-se à inconstitucionalidade de lei federal ou estadual. O excesso de processos em curso no Supremo tem banalizado inclusive o julgamento de ações diretas, mas ainda é possível afirmar, com razoável segurança, que elas ainda são mais importantes que os julgamentos proferidos em outras classes processuais. Portanto, há de se presumir que os Ministros olhem com mais vagar e tratem com mais cuidado os votos que irão proferir nas ADI[308].

Segundo, a prática jurisprudencial relativa às hipóteses de cabimento e o rito das ações diretas já estava razoavelmente assentada no direito constitucional brasileiro quando da promulgação da Constituição de 1988. O mesmo não acontecia com as outras ações aptas à deflagração do controle concentrado, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, criada com a Constituição de 1988, ação declaratória de constitucionalidade, que veio à lume com a Emenda Constitucional nº 3/1993, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que somente veio a ganhar contornos efetivos com a publicação da Lei nº 9.882/99. Com ligeiras modificações, as teses jurídicas envolvendo cabimento das ações diretas permaneceram estáveis ao longo dos últimos vinte e cinco anos, exatamente o período em análise.

Terceiro, porque o modo de julgamento dos processos subjetivos mais comuns na pauta do Tribunal – recursos extraordinários e agravos de instrumento – foi substancialmente modificado ao longo dos últimos anos. Com a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da qual foi criado o requisito da repercussão geral, restou redimensionada a importância do recurso extraordinário no sistema processual brasileiro[309]. Quanto às demais classes processuais, elas não têm volume e importância suficientes para servir de parâmetro à análise empreendida. Daí terem sido consideradas em conjunto na parte final deste estudo.

5.2.2. Dados e discussão

---

[308] Neste sentido, os votos proferidos em ADI tenderiam a se aproximar mais do ideal de "julgamento artesanal" que se espera do Poder Judiciário, e menos do "modelo fordista" que se tornou a litigância de massas no Brasil.

[309] BARROSO, Luis Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", ob. cit. p. 10.

A tabela abaixo reproduz os dados obtidos no levantamento de acórdãos publicados pelo STF e seus respectivos tamanhos (v. listagem geral dos acórdãos consultados no Anexo I).

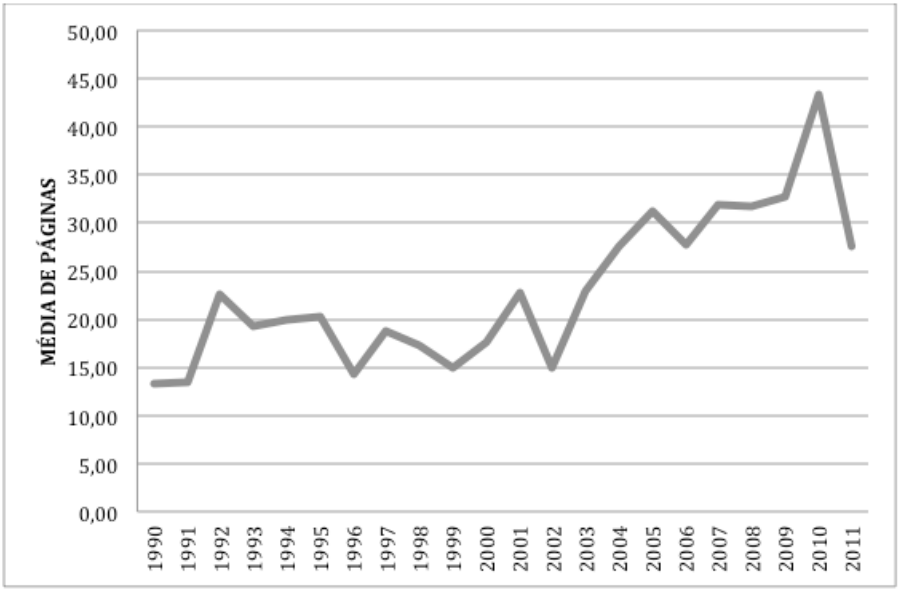
Tabela n° 1 – Perfil da produção do STF em ADI (1990-2011)

Anos	Páginas	Publicações	Médias	Total de julgamentos
1990	1676	126	13,30	85
1991	1569	117	13,41	72
1992	3988	177	22,53	99
1993	4063	211	19,26	124
1994	3639	183	19,89	94
1995	4354	215	20,25	128
1996	1962	137	14,32	135
1997	3365	179	18,80	143
1998	1805	104	17,36	151
1999	1785	119	15,00	117
2000	2577	146	17,65	101
2001	5102	224	22,78	263
2002	3263	218	14,97	259
2003	6823	297	22,97	405
2004	3975	144	27,60	310
2005	2964	95	31,20	258
2006	4428	160	27,68	240
2007	5800	182	31,87	240
2008	2755	87	31,67	182
2009	2132	65	32,80	236
2010	2728	63	43,30	258
2011	2512	91	27,60	297

Fonte: Supremo Tribunal Federal

O primeiro dado relativo à questão diz respeito ao número médio de páginas por acórdão, no intervalo que vai de 1990 a 2011. Ele permitirá saber se realmente houve o esperado incremento no tamanho dos votos, intuição que é partilhada pela comunidade jurídica. Veja-se o gráfico abaixo, que correlaciona a passagem do tempo e o número médio de páginas por acórdão:

Gráfico nº 1 – Média de páginas por acórdão em ADI (1990-2011)



Na era pós-TV Justiça, os acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade cresceram 58,70% de tamanho. Entre 1990 e 2002, eles tinham, em média, 18,16 páginas. Entre 2003 e 2011, passam a ter, em média, 28,82 páginas, um crescimento superior a dez páginas. Embora não se possa afirmar, categoricamente, que a TV Justiça tenha sido a única causa para a produção de votos mais extensos – tal demandaria um tipo de estudo experimental que é inviável –, é inequívoco que a partir do ano 2002 ocorre uma guinada na linha que seguia estável. Basta olhar o gráfico acima.

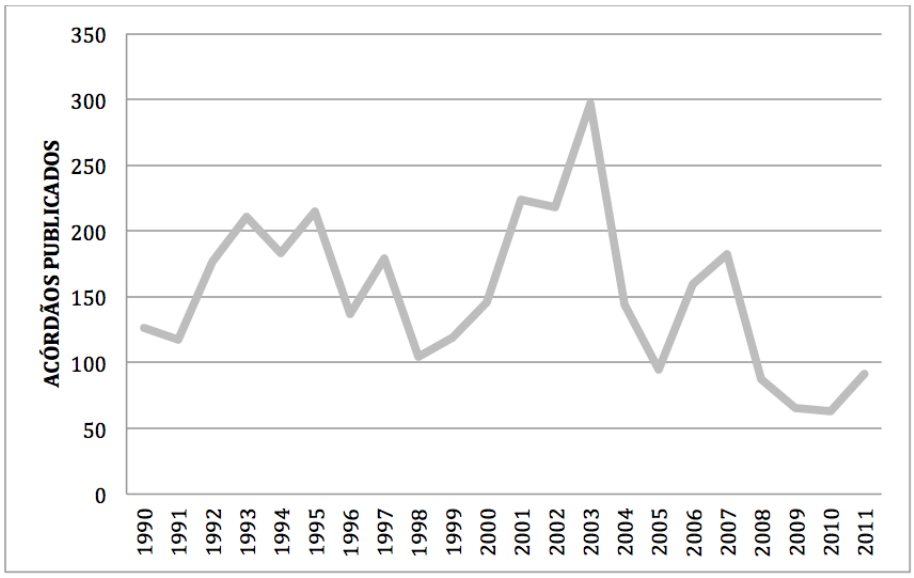
A rigor, a passagem do tempo deveria levar à consolidação da jurisprudência e, por consequência, à redução do número de páginas de votos e acórdãos. Os precedentes jurisprudenciais deveriam funcionar como pontos de apoio que permitem a redução do ônus argumentativo ao julgar determinada questão[310]. Por isso, a expectativa inicial era de redução na carga de fundamentação em cada caso analisado pela Corte e, logicamente, na diminuição dos acórdãos em geral. Mas a verificação empírica revelou algo exatamente oposto à expectativa inicial. Essa constatação reforça a ideia de que a TV Justiça modificou a dinâmica dos julgamentos no Plenário e a própria autocompreensão dos ministros

[310] Nesse sentido, tratando das súmulas: STF, AI 241.844-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* 19.10.2001: "Motivação dos julgados (CF, art. 93, IX): validade da decisão que se cinge à invocação da Súmula 157 do STJ, com enunciação do seu teor: inexistência de violação à exigência constitucional". Trata-se da famosa fundamentação *per aliunde*.

a respeito do papel da Corte. Após o advento da TV Justiça, o que se observa é uma inequívoca tendência à adoção de votos mais longos.

Será que o incremento no tamanho dos votos gerou, igualmente, redução na produtividade do Supremo? Novamente, a expectativa inicial é positiva, já que o crescimento dos votos acaba por consumir maior tempo do Plenário. No caso das ações diretas julgadas pelo Plenário, ela se confirma. Observe-se a figura n° 2, que correlaciona o número de publicações de acórdão por ano e a passagem do tempo.

Gráfico nº 2 – Acórdãos publicados em ADI por ano (1990-2011)



O gráfico n° 2 demonstra a tendência de queda no número de acórdãos publicados por ano, o que, por sua vez, indica a redução da produtividade do Plenário, ressalvado, mais uma vez, que a estatística diz respeito apenas às ações diretas. É bem verdade que a publicação de acórdãos não se confunde com a realização de julgamentos, pois aquela pressupõe a liberação dos votos revisados de cada ministro e a preparação da ementa, o que pode perdurar por anos a fio[311]. Mas o que se observa é que, após o pico de publicações ocorrido em 2003 – no qual 297 acórdãos foram liberados –, e os anos de 2006 e 2007, o Supremo, após o início das transmissões, vê-se abaixo da média geral histórica do próprio

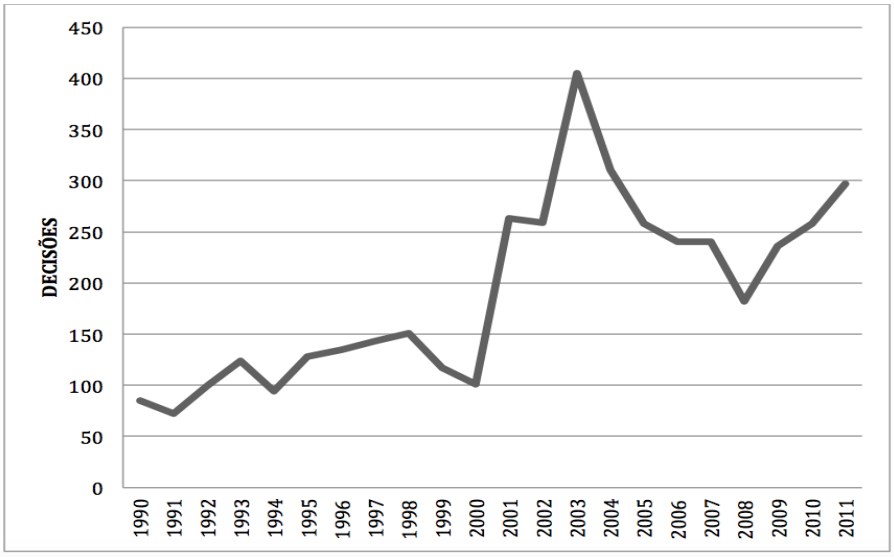
[311] A regra atual, estampada no art. 96, § 2º, do RISTF, prevê a liberação dos votos no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento. Já o § 4º estipula o prazo de dez dias para o relator elaborar o acórdão e a ementa. Na prática, contudo, o prazo regimental não tem sido observado.

Tribunal, se considerada toda a atuação sob a égide da Carta de 1988, qual seja, de 159,05 acórdãos publicados por ano.

Quando comparados os dois períodos, tem-se que, entre 1990 e 2002, o Supremo publicava, em média, 179,67 acórdãos por ano, ao passo que, entre 2003 e 2011, passou a publicar 118,40 acórdãos por ano, redução de 34,11%. O incremento no tamanho dos acórdãos e a redução da produtividade do plenário, ambos verificados após o advento da TV Justiça, são fenômenos relacionados, e também podem ser resultado da transmissão de julgamentos. Por simples ilação lógica, uma vez estabelecida a cultura de prolação de longos votos individuais, há menos tempo para julgar outras questões.

Mas é importante salientar que a redução da produtividade *coletiva* foi contrabalanceada pelo incremento dramático na produção individual dos ministros. É o que revela a Figura n. 3, no qual são correlacionados a passagem do tempo e o somatório de decisões individuais e coletivas proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade.

Gráfico n° 3 – Total de decisões proferidas em ADI (1990-2011)



A média histórica de decisões proferidas anualmente em ações diretas é de 199,86, incluídas decisões individuais (negativas de seguimento e concessões de liminares, nos casos em que tal é admitido por lei e pelo regimento). Conforme pode ser verificado no gráfico, a partir de 2002 ocorre súbito aumento das decisões. Entre 2003-2011, o Supremo produziu 268,50 decisões, em média, por ano, ao passo que no período anterior, entre 1990-

2002, foram apenas 126,00, crescimento de 113,09%. Em outras palavras, o incremento dramático da produção individual impediu que o Supremo, a partir de 2002, ostentasse números absolutos menores que os verificados no período imediatamente anterior, relativo aos primeiros doze anos de funcionamento do tribunal no contexto pós-redemocratização.

Uma explicação plausível para esse fenômeno é que a constante presença do Supremo nos meios de comunicação de massa gerou pressão para que o tribunal apresentasse números à sociedade. Outra, de que teria havido a "descoberta" do Supremo por parte de setores da sociedade, que finalmente viram na Corte constitucional uma instituição capaz de reverter decisões que lhes foram desfavoráveis em outras arenas políticas[312]. No início dos anos 2000, o tribunal passou a enfrentar o risco de se tornar inviável em razão do excesso de processos recebidos em decorrência da competência recursal, o que pode ter impelido os ministros a adotarem maior empenho com o propósito de liquidar os acervos.

5.3. GRUPO DE CONTROLE: A PRODUÇÃO DO STF EM *HABEAS CORPUS*

O STF possui, basicamente, três órgãos de exercício jurisdicional. O Plenário, composto pelos onze Ministros, e duas Turmas, compostas, cada uma, por cinco Ministros. A divisão de competência entre o Plenário e as Turmas é disciplinada pelo RISTF. Em tese, o julgamento das matérias de maior relevo fica a cargo do tribunal completo, deixando-se às turmas o papel de reiteração jurisprudencial e apreciação de causas de menor impacto social. Por este motivo, é difícil encontrar um equivalente próximo às ações diretas no âmbito do órgão fracionário[313]. A despeito disso, os julgamentos realizados pelas turmas parecem ser o melhor "grupo de controle" disponível para testarmos os efeitos do televisionamento, eis que seus julgamentos são realizados sem a presença de câmeras, embora os julgadores sejam exatamente os mesmos.

A escolha do *habeas corpus* como classe processual para a realização do estudo decorre de dois fatores. Primeiro, como buscamos votos que mais se aproximem do "ideal de autenticidade" discutido acima, é razoável supor que os Ministros tenham

---

[312] VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, ob. cit..

[313] A partir de 2014, por meio da Emenda Regimental n. 49/2014, as turmas receberam a atribuição para julgar ações penais originárias.

preocupação extra com o conteúdo dos seus votos. Isso ocorre não tanto pelo público ou pelos impactos sociais das decisões, mas pelo tipo de direito tutelado por esta via (liberdade de locomoção). Segundo, porque as hipóteses de cabimento e o processamento dos *habeas* mantiveram-se estáveis nas últimas décadas.

Segundo informação disponível na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, entre 1993 e 2014 foram julgados 60.802 casos de *habeas corpus*[314]. A média é de elevadíssimos 2.763 casos anuais, quase três centenas por juiz (considerando que o Presidente não participa das turmas). A página não distingue entre casos julgados pelo colegiado ou singularmente, infelizmente, tornando mais difícil o controle. O tamanho da base de dados não permitiria uma análise individual dos casos, motivo pelo qual se tornou necessário fazer uma seleção.

O método para a montagem da amostra foi o seguinte: foram escolhidos, de modo completamente aleatório, **25 (vinte e cinco) acórdãos representativos de cada semestre de 1990 e 2014**, colhidos de cinco diferentes datas (v. a lista integral de acórdãos consultados no Anexo II), totalizando 1.250 (mil duzentos e cinquenta) acórdãos analisados. A amostra representa cerca de 1% do universo total de julgamentos disponíveis. Uma vez escolhidos os casos, o número de páginas usando o mecanismo de visualização da página eletrônica do tribunal. Finalmente, os dados foram tabulados e comparados com aqueles provenientes das ações diretas. Os dados brutos da análise estão concentrados na tabela abaixo:

Tabela 2 – *Habeas corpus* julgados por turmas

Anos	Casos selecionados	Totais	Médias
2014	50	698	13,96
2013	50	623	12,46
2012	50	574	11,48
2011	50	727	14,54
2010	50	626	12,52
2009	50	650	13,00
2008	50	608	12,16
2007	50	638	12,76
2006	50	764	15,28
2005	50	554	11,08

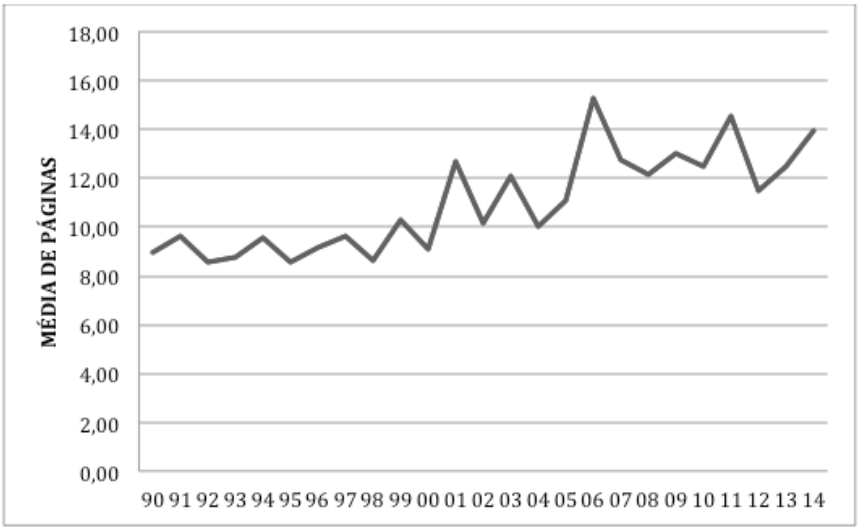
[314] Acesso em: 30 out. 2015. Disponível em: http://bit.ly/1KKsAJo.

2004	50	500	10,00
2003	50	606	12,12
2002	50	507	10,14
2001	50	635	12,70
2000	50	454	9,08
1999	50	514	10,28
1998	50	433	8,66
1997	50	481	9,62
1996	50	457	9,14
1995	50	428	8,56
1994	50	479	9,58
1993	50	437	8,74
1992	50	428	8,56
1991	50	481	9,62
1990	50	450	9,00

Fonte: Supremo Tribunal Federal

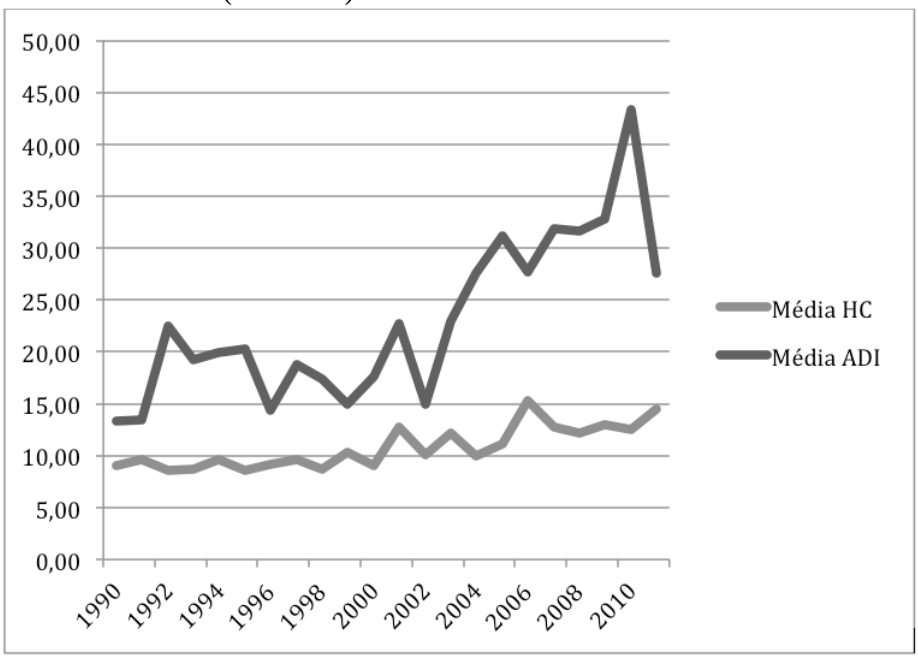
O gráfico abaixo reproduz visualmente a média de páginas em acórdãos julgados por turma, veja-se:

Gráfico n° 4 – Média de páginas por acórdão em *HC* julgados por turma (1990-2014)



O fenômeno de expansão do tamanho dos votos e acórdãos do STF ocorreu no Plenário e nas Turmas, o que leva a crer que outros fatores, além da TV Justiça, tiveram importante influência (informatização, perfil dos Ministros, etc.). O gráfico não deixa dúvidas quanto ao caráter *ascendente* da média de páginas dos acórdãos. Quando a comparação é realizada entre períodos, verifica-se que, de 1990-2002, a média foi de 9,51, ao passo que no período posterior é de 12,61, o que representa um significativo aumento de **32,59%**.

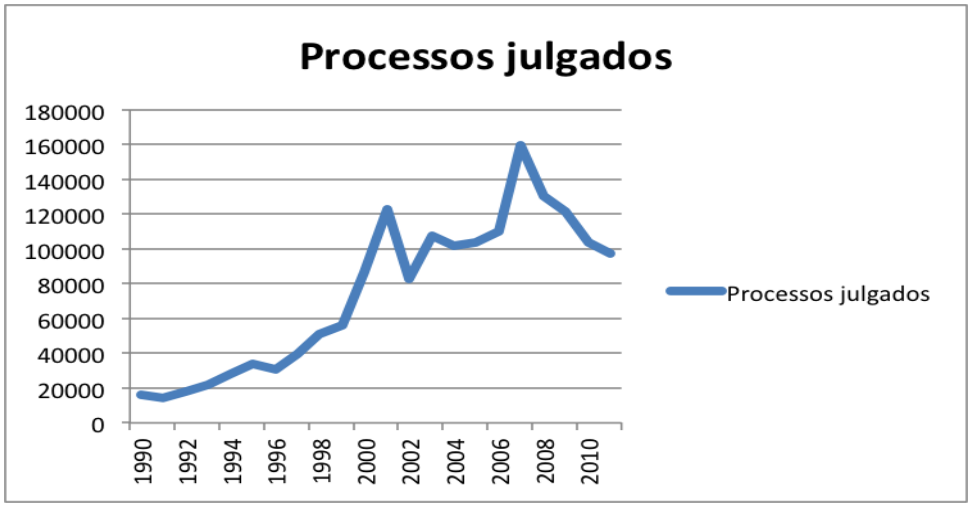
Gráfico n° 5. Média do tamanho dos acórdãos em HC vs. Média de tamanho dos acórdãos em ADI (1990-2011)



5.4. A PRODUÇÃO TOTAL DO STF

Essa última explicação, todavia, parece mais apropriada à justificação das comparações realizadas no subtópico seguinte, relativo à produção do Supremo em relação ao total de processos. Como afirmado, o crescimento da produtividade também se verifica nas demais classes processuais. O gráfico nº 6, logo abaixo, correlaciona os anos (1990-2011) e o número total de julgamentos, relativos a todas as classes processuais somadas, realizados pelo Supremo. Confiram:

Gráfico n° 6



O gráfico demonstra o incremento acentuado na produção do Supremo. Entre 1990 e 2002, foram julgados, em média, 46.469,38 processos por ano. Já no período compreendido entre 2003 e 2011, foram apreciados 115.152,77 processos por ano. O incremento supera a casa dos 100%.

A queda verificada entre 2006 – ápice – e 2011 pode ser explicada pelo funcionamento da repercussão geral, que acabou por reduzir significativamente o número de processos recebidos pela Corte. Com o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004, regulamentada pela Lei n° 11.418/2006, o tribunal obteve o reconhecimento da faculdade de obstar o recebimento de recursos extraordinários e respectivos agravos quando houver repetição do tema constitucional controvertido. O mecanismo somente passou a ser aplicado em 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21/2007[315], o que coincide exatamente com a virada descendente da linha representativa de processos julgados no gráfico acima.

Por fim, a Gráfico nº. 7 revela a média de decisões produzidas por ministro, por ano, de 1990 a 2011:

Gráfico n° 7

[315] Conforme decisão no AI nº 664.567-QO/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.09.2007.

O gráfico mostra que, entre 1990 e 2002, cada ministro proferiu, em média, 4.223,58 decisões por ano[316]. Entre 2003 e 2011, a produtividade individual salta para 10.468,43. O acréscimo é de 147,85%. Isso significa dizer que um ministro na primeira década do Supremo após a promulgação da Carta de 1988 produzia menos da metade de um ministro agora. Há, evidentemente, fatores ambientais que podem justificar o crescimento significativo da produção geral. O aumento do quadro de apoio, o uso da tecnologia, o fornecimento de estruturas mais apropriadas, a pacificação de teses, enfim, cada um desses elementos precisa ser sopesado na análise dos números apresentados. De todo modo, a crença de que a TV Justiça teria o efeito de reduzir a produtividade geral do Tribunal, exatamente em razão da prolação de votos mais longos, revela-se equivocada.

Em resumo, embora não se possa falar de causalidade em razão das dimensões da pesquisa, são três as tendências verificadas se comparados períodos anteriores e posteriores à TV Justiça, que podem ser assim resumidas: (i) acréscimo significativo no tamanho dos votos (proferidos em ações diretas); (ii) redução da produção do colegiado (analisada a publicação de acórdãos em ações diretas); e (iii) aumento significativo da produção individual dos ministros (analisados os números de decisões proferidas nas ações diretas e, posteriormente, em todos os processos).

5.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

As análises aqui empreendidas permitem alcançar algumas conclusões a respeito das acusações feitas ao perfil do STF nos últimos anos. Em primeiro lugar, é procedente a crítica de que o Plenário passou a julgar menos. Esse declínio colegial do STF foi compensado por um aumento vertiginoso na produção individual dos Ministros. Houve inequívoco crescimento dos votos dos Ministros, tanto nos casos relevantes – representados aqui pelas ADI – quanto nos casos mais corriqueiros – representados aqui pelos *habeas corpus*. Como registrado, a expectativa inicial era de que os votos e acórdãos diminuíssem de tamanho ao longo do tempo, em razão da força dos precedentes. Fatores ambientais como a informatização do tribunal, o incremento do número de assessores, parecem ter prevalecido

[316] Foram desconsideradas as ausências eventuais e os lapsos entre aposentadoria e posse do ministro sucessor.

neste particular. A mudança de perfil dos Ministros também pode ter contribuído para as alterações.

Por outro lado, verificou-se que o crescimento dos acórdãos proferidos em controle concentrado correspondente ao dobro daquele observado no grupo de controle. A questão que fica é se a diferença pode ser apenas explicada apenas pela complexidade dos casos, dos fatores ambientais, da mudança de perfil ou se o televisionamento agiu como *catalisador* de todo o processo. Esta última conclusão estaria de acordo com os achados do experimento de Hoyt, discutidos no capítulo 3. Sem embargo da discussão sobre o papel da transmissão, parece relevante indagar o que significam, do ponto de vista institucional e metodológico, as mudanças registradas no perfil do Supremo (*i.e.*, mais julgamentos monocráticos, votos maiores, menos colegialidade). Esta é uma pauta ampla de estudos empíricos e análise política. O próximo capítulo dedica-se a oferecer uma contribuição nesta perspectiva.

Capítulo 6

6. AS MUDANÇAS QUALITATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO: 6.1. INTRODUÇÃO. 6.2. MARCOS TEÓRICOS. 6.2.1. O modelo de comportamento judicial orientado à audiência. 6.2.2. A argumentação jurídica: o direito orientado à audiência. 6.3. A TRIDIMENSIONALIDADE DO VOTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 6.3.1. Dimensão interna (agregativa). 6.3.2. Dimensões externas. 6.3.2.1. O primeiro auditório: a comunidade de juristas (dimensão comunitária). 6.3.2.2. O segundo auditório: a sociedade como um todo (dimensão social). 6.4. MANIFESTAÇÕES ESPECÍFICAS DA (NOVA) DIMENSÃO SOCIAL. 6.4.1. A função pedagógica da corte. 6.4.2. O recurso à argumentação extrajurídica. 6.4.3. A importância da opinião pública. 6.5. REQUALIFICAÇÃO DOS FILTROS TRADICIONAIS DE DIÁLOGO ENTRE A CORTE E A SOCIEDADE. 6.5.1. A fragmentação das narrativas no discurso constitucional: *internet* e TV Justiça. 6.5.2. Mídia convencional e discurso constitucional: limites e possibilidades. 6.6. CONCLUSÕES PARCIAIS.

6.1. INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por objeto a discussão relativa à mudança qualitativa nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao longo dos últimos anos, coincidente com as alterações provocadas pela TV Justiça. O argumento consiste no seguinte: antes do televisionamento, os votos eram predominantemente bidimensionais. Eles possuíam uma *dimensão interna (ou agregativa)*, que se relaciona ao papel agregativo próprio dos colegiados; e uma *dimensão externa (ou comunitária)*, relativa à justificação da decisão para o auditório formado pela comunidade de operadores do Direito [317 - 318]. Após o televisionamento, agregou-se uma *dimensão social*, que consiste no uso do voto, de modo mais intenso, para o diálogo direto com o cidadão comum. O uso dialógico e aberto do voto pode ser percebido, na jurisprudência, pelo papel pedagógico assumido pela Corte, pelo uso

[317] Essas ideias não se confundem com as defendidas por WRÓBLEWSKI, Jerzy, "*Justification on legal decisions*", *Revue Internationale de Philosophie* V. 33, n. 127/128, 1979, pp. 277-293, reproduzidas em todas as obras relevantes de argumentação jurídica, que se relacionam ao *tipo de argumento* utilizado para fundamentação das decisões.

[318] A ideia de que o voto, em deliberações colegiadas, destina-se a diferentes auditórios está em FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. "Constitutional adjudication: lessons from Europe", *Texas Law Review* n. 82, 2003-2004, p. 1692: "Podemos distinguir entre dois tipos de práticas deliberativas: a 'interna' e a 'externa'. A deliberação interna de um grupo é um esforço para usar a persuasão e a argumentação para levar o grupo a decidir em algum curso comum de ação. A deliberação externa é um esforço para persuadir e argumentar a respeito de ações tomadas fora do grupo. A deliberação interna envolve dar razões e ouvir razões de outros dentro do grupo. A deliberação externa envolve o grupo, ou seus membros, dando e ouvindo razões provenientes de fora do grupo". Os autores, contudo, não abordam a questão na perspectiva tridimensional (agregativa, comunitária e social). SILVA, Virgílio Afonso da. "Deciding without deliberating", *International Journal of Constitutional Law* v. 11, 2013, p. 580 e ss., desenvolve a mesma hipótese do texto, com viés crítico.

extensivo de fundamentação extrajurídica nas decisões e, finalmente, pela sensibilidade à opinião pública, manifestada na fundamentação de votos e nas declarações públicas dos Ministros, fenômenos marcantes do STF pós-2002.

Colocada em outros termos, a ideia aqui desenvolvida é que o Supremo dos últimos treze anos teria acrescentado um *novo auditório relevante* à parcela de destinatários das razões expressas em suas decisões[319]. Com efeito, além da comunidade de intérpretes formais da Constituição[320], dos membros da academia e dos juristas de modo geral, a corte resolveu finalmente falar, sem o auxílio dos intermediadores tradicionais – advogados e imprensa especializada –, à população de modo geral. Esse acréscimo de auditório pode ter impactos dramáticos na legitimidade da juridição constitucional, na forma de produção do direito constitucional, bem como na construção de espaços cívicos e no reforço da cultura democrática, temas que serão desenvolvidos especificamente na terceira parte da tese.

A mudança metodológica no uso dos votos no Supremo Tribunal Federal tem, inequivocamente, efeitos significativos na imagem pública da corte[321]. Assim, este capítulo ainda pretende discutir o surgimento de narrativas concorrentes sobre a jurisdição constitucional brasileira, bem como o antigo e o potencial novo papel da mídia no controle da narrativa pública sobre a corte[322]. A possibilidade de construção de narrativas a

---

[319] Seria ingênuo afirmar quem antes da TV Justiça ou nos países em que não há televisionamento, as Cortes constitucionais nunca atuaram/atuam tendo como preocupação ou alvo de argumentação o público em geral. A decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, brevemente comentada no capítulo 10, é um exemplo de preocupação com o grande público: redigida em linguagem simples, curta e aprovada à unanimidade, o seu texto teve por auditório primário o cidadão comum. Na realidade, a tese é que o televisionamento teria *potencializado* esse efeito. E isso por uma razão óbvia: a presença física das câmeras e/ou a ciência da radiodifusão atua como reforço psicológico da existência do auditório geral no momento do julgamento.

[320] Nesse sentido, Peter Haberle fala de uma "sociedade fechada de intérpretes da Constituição", composta pelos intérpretes formais tradicionais, v. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 12.

[321] Uma corte que fala *em público* não é, necessariamente, uma corte que fale *ao público*, de modo a gerar interesse sobre seus trabalhos. O Tribunal Superior Eleitoral, por exemplo, vem sendo transmitido pela TV Justiça desde 2006, e não há indícios de que as pessoas estejam mais interessadas nas atividades desenvolvidas por ele. Os votos no TSE não aparentam ter essa "dimensão social" aludida e desenvolvida no presente capítulo. No caso do STF, todavia, há um amplo e constante interesse social sobre a instituição, que pode ser representado pela intensidade das discussões na nomeação do Min. Fachin, recentemente ocorrida, e também pelos crescentes índices de aprovação, conforme descrito no capítulo 7.

[322] O trabalho identifica na mídia especializada e na advocacia o papel de intermediação tradicional entre a jurisdição constitucional e o cidadão comum. O televisionamento público parece afetar diretamente as funções da mídia tradicional, retirando-lhe o monopólio sobre o controle de narrativas. Por isso, a atenção específica ao tema. A advocacia, contudo, quando não atuando em *apoio* à mídia

partir de votos que falam diretamente ao cidadão é essencial à criação de alternativas institucionais aos discursos da "grande mídia", o que representa um avanço em um país com alta concentração dos meios de comunicação de massa como é o caso do Brasil.

O próximo tópico busca fazer uma breve exposição das ideias essenciais à compreensão da relação entre tribunais e público. Os marcos teóricos relevantes para as ideias aqui defendidas são as obras de Lawrence Baum e Chaïm Perelman, autores que abordam a *relevância do auditório*, respectivamente, na construção de um *modelo de comportamento judicial* e na *teoria da argumentação jurídica*. Em seguida, à luz das teorias mencionadas, serão discutidas as dimensões agregativa, comunitária e social dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O terceiro tópico destina-se a identificar manifestações da dimensão social na jurisprudência recente da corte, nos termos antecipados linhas acima. O quarto tópico, finalmente, tem por objeto confrontar a (nova) dimensão social com o monopólio tradicional do discurso pertencente aos veículos de comunicação de massa.

6.2. MARCOS TEÓRICOS

6.2.1. O modelo de comportamento judicial orientado à audiência

No âmbito da ciência política norte-americana, há três modelos dominantes que buscam explicar o comportamento judicial[323]. O primeiro é o *modelo legalista*, que circunscreve o âmbito de atuação do magistrado à pura interpretação da lei, relegando à desimportância outros fatores, como a ideologia dos julgadores, a vontade de influir positivamente em políticas públicas e o desejo de obter consenso em colegiados. Como

---

especializada, parece exercer papel bem mais restrito na construção dessas narrativas. Por esse motivo, é duvidoso que a TV Justiça possa ter afetado esse papel em algum grau substancial. Imagine-se, por exemplo, advogados cujo papel é assegurar o *compliance* atuando nos setores público e/ou privado. É bem provável que outros setores corporativos sigam buscando nesses advogados a função de traduzir as decisões judiciais, cuidando para que os seus impactos sejam devidamente observados, ao invés de construir suas próprias interpretações a partir do que viram na televisão. Os professores de Direito em geral, e os de direito constitucional, em particular, ao menos informalmente, não parecem entuasiastas do televisionamento. É possível que a má vontade esteja relacionada ao risco que a popularização do Direito pode trazer para suas posições sociais.

[323] Para a discussão em língua portuguesa e especificamente aplicada à realidade brasileira, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos, "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal", *Tese de doutorado,* (UERJ), 2014; e CAMARGO, Marcelo Novelino, "Como os juízes decidem: A influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial", *Tese de doutorado* (UERJ), 2014.

se trata de um modelo empírico de comportamento, a ideia é que a exclusiva motivação dos juízes, no exercício de sua atividade profissional, é a busca pela única resposta jurídica correta para o problema concreto que lhe foi submetido.

Presumindo a suficiência do modelo legalista para explicar a realidade, não faria qualquer sentido indagar sobre a influência do televisionamento nos julgadores, eis que eles seriam indiferentes à presença da mídia ou qualquer outro elemento que não seja proveniente de fontes formais do Direito. Colocando de modo direto, o modelo legalista é a negação da ideia de audiência. Poder-se-ia afirmar, nesta linha, que o julgador não tem nenhum compromisso em obter adesões à sua decisão, mas sim apresentar puramente aquilo que representa a sua visão jurídica, produzida com base nas normas jurídicas abstratas, nos fatos do caso e nos precedentes[324]. Existe ampla concordância que a descrição acurada da atividade dos juízes *reais* envolve algum grau de interferência institucional e preocupação estratégica[325]. Afinal, juízes não decidem em um vácuo social, mas sim situados no tempo e no espaço, sendo inequívoca a participação do ambiente em suas atividades[326].

Se os modelos empíricos de comportamento judicial refutam uma atuação puramente legalística dos juízes, como registrado acima, ainda assim é possível, do ponto de vista teórico, defender este papel para o julgador. Um legalista afirmaria que o magistrado não deve se ocupar de qualquer outro fator que possa influenciá-lo em seu convencimento, mantendo-se focado *exclusivamente* nas leis e nos fatos que lhe são apresentados[327]. É duvidoso que esse estado ideal de *pureza judicial* pudesse ser atingido no

---

[324] MELLO, Patrícia Perrone Campos, "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 19: "O modelo em exame provém da jurisprudência mecânica, em voga no início do século XX, segundo a qual o ordenamento jurídico ofereceria resposta para todos os problemas concretos, cabendo aos juízes apenas a função de descobrir e de revelar a única resposta correta para cada julgamento".

[325] BAUM, Lawrence, *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 9: "Todos os maiores modelos [de comportamento judicial] compartilham a premissão de que considerações de políticas públicas influenciam de maneira poderosa as escolhas de juízes em tribunais superiores. Assim, cada modelo permite [espaço] para o agir estratégico judicial". O autor faz ampla revisão bibliográfica dos estudos de ciência política sobre a atuação judicial (p. 12).

[326] HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 29: "A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (*...in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Vergassung interpretiert*). Seria errôneo reconhecer as influênicas, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial".

[327] Essa parece ser a concepção do Ministro Marco Aurélio Mello ao se opor, por exemplo, à circulação dos votos antes da sessão, tal como propôs o Min. Luís Roberto Barroso. O Ministro tem dado declarações, em diversas oportunidades, sobre esta visão do Direito, defendendo que o julgador

mundo real, pelas razões já mencionadas, e que serão objeto de mais considerações no capítulo oito. Existe razoável consenso, portanto, de que o modelo legalista explica menos do que deveria sobre a atividade dos juízes[328].

O segundo modelo de comportamento judicial é o *ideológico* ou *atitudinal*[329]. Segundo essa corrente, os juízes atuam segundo suas preferências ideológicas, pretendendo maximizá-las por meio de decisões judiciais. Nos Estados Unidos, isso significa que a identificação da matriz ideológica do juiz permitiria antecipar e explicar suas posições em certos assuntos (*e.g.*, democratas são liberais do ponto de vista político; juízes republicanos, por outro lado, exibiriam tendência conservadores) [330]. A ciência política norte-americana produziu diversos estudos empíricos que comprovaram forte ligação entre a ideologia do partido que indicou o juiz e as decisões por ele proferidas; sem embargo, tais estudos quantitativos são duramente criticados[331].

O modelo ideológico de compartamento judicial tem muita afinidade com a sociedade norte-americana, onde vigora um sistema político que, na prática, é bipartidário, permitindo uma divisão muito clara entre as visões de mundo e, assim,

---

deve apenas se apegar à sua "ciência e consciência" para apreciar os casos. À luz dessa ideia, a troca prévia de votos poderia "contaminar" a pureza do julgador. A propósito, v. COSTA, Sylvio; SARDINHA, Edson. "Marco Aurélio: 'nunca troquei figurinhas, e não vou trocar'". *Os Constitucionalistas* (blog), disponível em: http://bit.ly/1lejUWG, 18 abr. 2014.

[328] Não é possível deixar de lado a advertência de Lawrence Baum, segundo o qual "modelos têm o propósito de simplificar a realidade para propósitos analíticos, e muitos estudiosos que os adotam aceitaram concepções mais amplas sobre as motivações judiciais" (*Judges and their audiences*, ob. cit., p. 4). Sem embargo, Patrícia Perrone Campos Mello defende que o legalismo é a visão tradicionalmente passada ao leigo. V. "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 19.

[329] Para uma explanação sobre o ponto, v. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambrige University Press, 2002, pp. 48-53. Os autores afirmam, citando Frank Cross (p. 48), que a maioria dos estudiosos não encampa modelos formalistas de adjudicação judicial, concluindo: "nós sustentamos que o modelo legal e seus componentes servem apenas para racionalizar as decisões da Corte, e para encobrir a realidade do processo decisório por ela empregado" (p. 53). Lawrence Baum ressalva que o modelo legalista ainda é uma realidade nas escolas de Direito, cf. *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 8. Registre-se que os monografistas brasileiros também duvidam da capacidade do modelo legalista para explicar as decisões judiciais.

[330] A ligação entre juízes e partidos políticos é tão intensa nos Estados Unidos que durante certo período de tempo tornou-se uma política editorial do *The New York Times* a publicação do Presidente responsável pela indicação dos juízes federais, todas as vezes em que estes últimos fossem citados. Cf. GREENHOUSE, Linda. "Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", *Yale Law Journal* n. 105, 1995-1996, p. 1537.

[331] MELLO, Patrícia Perrone Campos, "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 88. A autora discorre sobre as falhas atribuídas aos estudos empíricos, as quais envolvem desde a seleção de casos até a excessiva generalização (pp. 89-94). Como a matéria não interessa diretamente a tese aqui defendida, remete-se o leitor ao estudo específico.

associações mais imediatas entre resultados constitucionais e a ideologia política. Todavia, mesmo naquele país, parece reducionismo reconduzir todas as decisões judiciais à ideologia ostentada pelo juiz, sem conferir qualquer papel significativo para o direito objetivo, por exemplo[332]. No Brasil, onde há uma miríade de correntes políticas e pluripartidarismo, não parece tarefa simples fazer as mesmas asociações[333]. Mais do que isso, a debilidade das ideologias e a forte cultura de independência dos magistrados – potencial causa do muito criticado solipsismo em ambientes colegiados – são elementos que fazem com que as decisões judiciais sejam imprevisíveis.

O último modelo é o *estratégico*. Ele concebe os magistrados como agentes inseridos em um contexto institucional no qual realizam escolhas racionais, de modo a avançar suas próprias visões sobre políticas públicas[334]. Nesse sentido, os atos praticados pelos juízes nem sempre seriam *sinceros*, ou seja, vinculados à interpretação jurídica que consideram mais apropriada ao caso, mas em alguns casos eles envolveriam compromissos informais com outros juízes e atores políticos, além de considerarem a "perspectiva de interação com outros membros do colegiado, a previsão de resposta da população em geral face ao conteúdo da decisão e a ser tomada em temas particularmente polêmicos e, ainda, o comportamento que adotarão os outros Poderes constituídos, como o Legislativo e o Executivo"[335]. O modelo estratégico aproxima-se ao modelo ideológico ao preconizar que magistrados não julgam orientados puramente à aplicação do direito objetivo. A diferença

---

[332] V. SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 113.

[333] Defendendo a aplicação do modelo ideológico no Brasil: TÜRNER, Claudia; PRADO, Mariana. "A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF", *Revista de Direito Administrativo* n. 250, 2009. Em sentido oposto, v. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner", *Revista de Direito Administrativo* n. 255, 2010. Como ressalta MELLO, Patrícia Perrone Campos, "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 98, um modelo puramente ideológico não ajudaria a explicar a indicação, pelos Presidentes oriundos do Partido dos Trabalhadores, de ministros como Cezar Peluso, Menezes Direito, Luiz Fux e Teori Zavascki. Afirma a autora: "Sem uma divisão ideológica clara, com expressão constitucional, torna-se difícil a avaliação do papel da ideologia no processo decisório do Supremo Tribunal Federal ou no comportamento judicial dos seus integrantes".

[334] V. EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: C.Q. Press, 1998. CAMARGO, Marcelo Novelino, "Como os juízes decidem: A influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial", ob. cit., p. 243: "Esta concepção parte da premissa de que as decisões judiciais refletem preferências políticas pessoais dos juízes (*maximização de preferências*), embora limitadas pelo contexto institucional. Tais preferencias são restringidas não por haver um compromisso autêntico dos juízes com os princípios jurídicos, mas pela influência consciente ou subconsciente das restrições institucionalizadas sobre o seu poder".

[335] SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*, ob. cit., p. 113.

entre eles está no *tipo* de objetivo que é buscado em cada uma das teorias. Neste sentido, o modelo estratégico é mais amplo que o atitudinal ou ideológico.

A capacidade de explicar o comportamento dos juízes no modelo estratégico é criticada sob diversas maneiras[336]. A mais importante é que o modelo acaba por considerar qualquer tipo de comportamento dos juízes que não seja orientado à "interpretação pura do Direito" como *agir estratégico*, quando é possível defender que uma *compreensão adequada* do ordenamento jurídico deve incluir, no processo hermenêutico, as suas implicações sobre as demais instituições políticas e sociais. A concepção da argumentação jurídica voltada à ideia de auditório, discutida no próximo tópico, infirma as bases teóricas do modelo estratégico. Aliás, toda a ideia de *sociedade aberta de intérpretes*, defendida de maneira uniforme no direito constitucional brasileiro, significa que os juízes devem considerar a realidade na construção judicial do Direito. Nesta lógica, a distinção entre *sinceridade* e *estratégia* para definir a atuação dos magistrados perde o sentido de existir.

Lawrence Baum sugere um modelo alternativo, no qual os juízes atuam orientados à *audiência relevante*, sem outros objetivos estratégicos pré-definidos. Eis a tese central: "Sustento que os juízes se preocupam com a apreciação do público percebido porque gostam dessa apreciação por si própria, não como meio para outros fins" [337]. A premissa básica do modelo de Baum é o ***desejo inerente aos seres humanos*** *de obter respeito e consideração das pessoas que lhes são importantes*[338]. Esse anseio influencia a forma como os indíviduos se comportam nos mais diversos contextos sociais, constituindo o que Baum denominada de "gerenciamento de impressões". A forma de apresentação pessoal é uma maneira de cativar o público relevante e, ao mesmo tempo, acaba sendo um mecanismo indireto de definição identitária. É dizer: no processo de adequação aos contextos sociais, o

---

[336] Para um rol extenso de críticas, v. CAMARGO, Marcelo Novelino, "Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial", ob. cit., pp. 250-253.

[337] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 4. GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*. Chicago: Chicago University Press, 2015, diferentemente de Baum, argumentam que a reputação buscada pelos juízes tem finalidade instrumental: "Nós desenvolvemos a ideia de que a reputação é instrumental para assegurar o cumprimento da lei, para a obtenção de recursos materiais e para proteger as cortes das várias formas de repercussão pública (*backlash*)" (pos. 91). É possível que estes fatores também sejam sopesados no contexto de descoberta das decisões, de modo consciente ou mesmo inconsciente.

[338] Segundo o autor, trata-se de uma proposição que alcançou o *status* de axioma na psicologia social, v. BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 26, com vasta citação de fontes no campo específico de estudo. A premissa é assumida como verdadeira ao longo deste trabalho.

indivíduo acaba ajustando sua própria personalidade às expectativas dos demais membros relevantes.

É razoável supor que o gerenciamento de impressões seja ainda mais intenso no âmbito dos ocupantes de cargos públicos. A carreira do agente público eleito depende da manutenção da estima dos eleitores, de modo que a apresentação pessoal é algo decisivo para esse propósito. A relação dos juízes com o público pode ter outros objetivos mediatos, como obter promoções ou promover objetivos políticos ou jurídicos, o que corresponderia ao modelo estratégico. **Contudo, para Baum, políticos e magistrados são pessoas, de modo que eles também estão interessados em obter aprovação das suas audiências relevantes simplesmente pelo seu valor intrínseco e pessoal (*i.e.*, para a construção da autoestima).** Afinal, o que mais poderia explicar, por exemplo, o tom caústico pelo qual ficou conhecido o juiz Antonin Scalia em seus votos dissidentes ou as passagens poéticas nos votos do Min. Ayres Britto? O estilo comunicativo adotado pelas referidas autoridades não é explicado por nenhum dos modelos de comportamento judicial, salvo o orientado à plateia e à construção da reputação[339].

Baum critica os modelos tradicionais de comportamento judicial por *desconsiderar as relações sociais* no qual os magistrados estão inseridos[340]. O modelo de Baum vai adiante e reconhece que os votos são *veículos atrativos* para que os juízes se apresentem ao público. Diz o autor: "A leitura dos próprios votos deixa claro que uma de suas funções é ser um ***veículo de auto-apresentação***, especialmente evidente quando juízes vão além das formas padronizadas de expressão das decisões judiciais"[341]. O *insight* oferecido por Baum traz implicações importantes para a explicação do comportamento judicial. **Significa que o grau de exposição dos juízes à publicidade tem efeitos significativos na *forma* e no**

---

[339] Para uma definição de reputação, v. GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*, ob. cit., pos. 349: "Nós definimos reputação como o estoque de avaliações sobre a performance passada de um ato".

[340] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 32: "Em cada um dos modelos dominantes de comportamento judicial, juízes são isolados socialmente (...). Se os juízes são como as outras pessoas, eles se importam com a consideração que lhe é dirigida por si próprio. Logo, seu interesse na estima dos outros pode ser tido como influenciador de seu trabalho".

[341] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 34, destaque acrescentado. BOUSMANJIAN, Haig. *Metaphor and reason in judicial opinions*, ob. cit., pp. 27-34. GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*, ob. cit., pos. 149. POSNER, Richard A. *Law and Literature*. 3a. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 331 e 334.

***conteúdo* com que eles expressam suas opiniões e votos**. Essas considerações serão retomadas adiante.

6.2.2. A argumentação jurídica: o direito orientado à audiência

Segundo Oliver Wendell Holmes, "a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência"[342]. Não se trata de uma afirmação de que não exista lógica no Direito, mas sim de que o formalismo, puramente considerado, não é capaz de oferecer uma explicação satisfatória para a atuação dos intérpretes do Direito[343]. Em tempos recentes, assiste-se ao incremento da importância da *dimensão argumentativa* das decisões judiciais[344]. Manuel Atienza[345] registra algumas razões pelas quais as concepções jurídicas predominantes do século XX não se ocuparam dela. Segundo o autor, a prevalência da visão do juiz como boca da lei, a insistência na representação do Direito como um sistema do tipo lógico-dedutivo, a predominância da visão legalista de Estado (constituições eram documentos políticos e, portanto, insindicáveis judicialmente) e a legitimidade fundada na autoridade e na tradição, eram fatores que impediam uma preocupação efetiva com a dimensão argumentativa das decisões judiciais[346]. Esses pressupostos do Direito acabaram revistos: reconhece-se ao intérprete papel criativo, as constituições tornaram-se jurídicas, a autoridade e a tradição deram lugar ao debate e à pluralidade cultural. Assim, o Direito não é um sistema puramente

---

[342] HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1923, p. 1.

[343] Uma crítica ao formalismo jurídico mais extensa é oferecida no capítulo 8, onde defendemos a abertura interpretativa como condição epistemológica para a produção de decisões judiciais de melhor qualidade. Para uma crítica mais ampla ao formalismo, v. ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*, ob. cit., pp. 32-36.

[344] A virada metodológica deve-se, ainda, à importante contribuição de Ronald Dworkin. Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. MAIA, Antonio Cavalcanti Maia. "Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica contemporâneas". In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (org.). *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 357-365.

[345] ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*, ob. cit., pp. 20-26.

[346] Registre-se que a própria obrigação de *justificar* as decisões é uma conquista que tem pouco mais de duzentos anos. ATIENZA, Manuel. *O sentido do Direito*, ob. cit., p. 283: "A obrigação de justificar as decisões não é inerente à existência do Direito. Nos Direitos de tipo continental, a obrigação – e a prática – de motivar as sentençsas ('motivação' significa, neste caso, 'justificação') é um fenómeno recente. Conviria dizer que começa na segunda metade do século XVII e sofre uma aceleração depois da segunda guerra mundial, à medida que se vai implantando o modelo do Estado constitucional". Para uma análise sobre a obrigação de justificação escrita nos países de tradição inglesa, v. BOUSMANJIAN, Haig. *Metaphor and reason in judicial opinions*, ob. cit., pp. 19-27.

lógico, no sentido formal, mas também *argumentativo*[347]. Esses temas serão retomados no capítulo 8.

Atribui-se a Chaïm Perelman o mérito de haver resgatado a dignidade da *argumentação jurídica*, esquecida em razão da obsessão dos juristas com o uso da lógica formal[348]. Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em obra clássica, registram que a argumentação ocorre sempre em função de um *auditório*[349], um conceito central em sua teoria. Os autores o definem como "*o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*"[350]. Com efeito, registram que, "*toda a argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual*"[351]. Em síntese, a visão teórica de que os membros de um colegiado responsável por decidir casos jurídicos apenas apresentariam suas visões, sem qualquer compromisso de persuasão, somente é compatível com um paradigma jurídico puramente lógico-dedutivo e, possivelmente, autoritário do Direito[352]. A visão do Direito como argumentação requer um compromisso entre aqueles que falam e os destinatários da decisão judicial.

---

[347] FIGUEROA, Alfonso García. "Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica". In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). *Argumentação e Estado constitucional.* São Paulo: Ícone, 2012, pp. 47-51. POSNER, Richard A. *Law and Literature*, ob. cit., p. 347: "(...) a retórica conta muito no Direito porque muitas questões jurídicas não podem ser resolvidas pela lógica ou por demonstração empírica". V., ainda, DOLIN, Kieran. *A critical introduction to law and literature*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 19-40.

[348] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª. Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 157-158. A escolha pela teoria da argumentação de Perelman em detrimento das demais deve-se, como registrado anteriormente, ao seu foco no *auditório*. Com efeito, é do casamento entre o modelo de comportamento judicial de Baum e da teoria da argumentação de Perelman que as demais conclusões deste capítulo são extraídas.

[349] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 6: "Nossa aproximação desta última [retórica] visa a enfatizar o fato de que *é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve*".

[350] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 22.

[351] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 16. Os autores contrapõem a lógica formal, preocupada exclusivamente com os procedimentos para a demonstração de uma proposição e, portanto, desinteressada sobre os estados mentais dos participantes do discurso, à argumentação. Neste último campo, assinalam os autores: "Mas, quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente; considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito" (p. 16).

[352] ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*, ob. cit., pp. 25: "Falando em termos gerais, as sociedades ocidentais sofreram um processo de perda de legitimidade baseada na autoridade e na tradição; em seu lugar – como fonte de legitimidade – aparece o consentimento dos interesados, a democracia".

Quem deve ser contemplado na argumentação jurídica? Perelman e Odbrechts-Tyteca argumentam que a *extensão do auditório* envolve o *grau de apreço que o orador tem pela sua plateia*: "Há seres aos quais não nos preocupamos em dirigir a palavra; há outros também com quem não queremos discutir, mas aos quais nos contentamos em ordenar"[353]. O desejo de discursar para a comunidade como um todo envolve, portanto, uma decisão interna por parte das autoridades públicas, em especial dos juízes. É preciso que eles considerem o cidadão comum como um *interlocutor relevante* – dotado de igual respeito e consideração, por usar a conhecida fórmula de Dworkin[354] –, como alguém que precisa ser convencido de algo, e não simplesmente ordenado[355]. A lógica de autoridade, na qual se insere a mistificação da função jurisdicional, dispensa esse grau de reconhecimento[356].

Os autores estabelecem, ainda, algumas condições ligadas à viabilidade da argumentação[357]. A primeira delas, óbvia, é a *linguagem comum*. Sem um código comum mutuamente compreendido, não é possível estabelecer um diálogo. Nesse ponto, vale remeter às considerações que introduziram o primeiro capítulo da tese: sem que haja esforço do jurista para se tornar entendido, dificilmente as pessoas comuns sentir-se-ão confortáveis para

---

[353] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 18.

[354] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 304-305: "Quem quer que professe levar os direitos a sério e que elogie nosso governo por respeitá-los, deve ter alguma idéia do que seja esse objetivo. Deve aceitar, no mínimo, uma ou duas idéias importantes. A primeira é a idéia vaga, mas poderosa, da dignidade humana. (...) A segunda é idéia, mais familiar, da igualdade política. Esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede aos seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade".

[355] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 18: "Com efeito, para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental. (...) O racionalismo e o humanismo dos últimos séculos fazem parecer estranha a idéia de que seja uma qualidade ser alguém com cuja opinião outros se preocupem, mas, em muitas sociedades, não se dirige a palavra a qualquer um, como não se duelava com qualquer um. Cumpre observar, aliás, que querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, o que ele diz não constitui uma 'palavra do Evangelho', ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja indiscutível e obtém imediatamente a convicção. Ele admite que deve persuadir, pensar nos argumentos que podem influenciar seu interlocutor, preocupar-se com ele, interessar-se por seu estado de espírito".

[356] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 7: "Todo discurso se dirige a um auditório, sendo muito freqüente esquecer que se dá o mesmo com todo escrito. Enquanto o discurso é concebido em função direta do auditório, a ausência material de leitores pode levar o escritor a crer que está sozinho no mundo, conquanto, na verdade, seu texto seja sempre condicionado, consciente ou inconscientemente, por aqueles a quem pretende dirigir-se".

[357] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., pp. 17-19.

engajarem-se na interpretação do Direito. Ademais, como será visto em seguida, defenderemos que os votos proferidos no STF encampam cada vez mais considerações extrajurídicas, justamente com o propósito de se tornarem acessíveis ao grande público.

O segundo requisito é o *desejo de diálogo*, o que envolve tanto a disposição de alguém para falar para uma certa parcela do auditório, como também o interesse deste último em ouvir o que aquele está dizendo. Sem que o cidadão comum efetivamente tenha interesse pela instituição e vice-versa, não será possível haver genuíno engajamento dialógico. O Supremo Tribunal Federal passou por intensa transformação nos anos que sucedem a implementação da TV Justiça. De uma instituição burocrática comprometida com as estruturas então vigentes, o Supremo finalmente começa a empregar as potencialidades do texto constitucional a partir da Constituição Federal de 1988[358]. No início do século XXI, o tribunal vive a sua verdadeira revolução copernicana no que diz respeito ao seu papel institucional[359]. Ante tais mudanças, parece inevitável que o tribunal dialogue de maneira mais intensa com a sociedade.

Como teoria da argumentação jurídica, a obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca precisa dar uma resposta para o problema da correção do Direito, sob pena de incompletude. A preocupação com a retórica revelada na obra torna difícil essa transição. Ainda assim, os autores traçam a distinção entre *persuadir*, que diz respeito à utilização de argumentos para uma plateia específica, e *convencer*, quando está em jogo o auditório em sua universalidade. A correção depende, assim, do intérprete colocar o seu argumento de modo que ele seja aceitável (ao menos em tese, não se trata de exigir uma aceitação efetiva) pelo *auditório universal*, caracterizado pela comunidade de seres racionais. A *pretensão de universalidade*, todavia, não impede que os autores reconheçam que o ponto de partida de toda argumentação é um contexto histórico e social, situado no tempo e no espaço. A

[358] Para uma discussão relativa à espera de uma década para o exercício de poderes que, a rigor, já estavam potencialmente contidos na Carta de 1988, v. ARGUELHES, Diego Werneck. "Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 223-238.

[359] Em paralelo, os demais poderes foram objeto de acentuada desconfiança quanto às capacidades para o exercício de suas funções tradicionais, cf. MENDONÇA, Eduardo. "Jurisdição constitucional e democracia complexa". In: BRANDÃO, Rodrigo e BAPTISTA, Patrícia Ferreira (orgs.), *Direito público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 151.

mediação com a realidade impediria, assim, a existência de um único e definitivo argumento correto. A busca constante pela correção exige um sistema aberto à crítica e à tolerância[360].

6.3. A TRIDIMENSIONALIDADE DO VOTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As funções atribuídas aos votos proferidos em julgamentos colegiados, por serem razoavelmente intuitivas, é ponto que tem sido pouco debatido no âmbito teórico[361]. Segundo o dicionário Michaelis, a palavra *voto* pode ser definida como "opinião individual; juízo"[362]. A rigor, os indivíduos podem ser chamados a votar em muitos diferentes contextos da vida, que vão desde a opção sobre o destino das férias vindouras ao próximo Presidente da República. O voto pode envolver escolhas multidimensionais ou bidimensionais, pode conter justificação ou não e ter diferentes pesos. O teor das justificações também pode ser adaptável aos diferentes contextos: na escolha da viagem de férias, as razões discutidas pelos adultos da família podem ganhar contornos graves (como limites de dispêndio), ao passo que as crianças podem ser convencidas com razões mais pueris (a disponibilidade de uma praia, por exemplo). Na essência, contudo, o voto é necessário como um mecanismo de *tomada coletiva de decisões*[363]. Ele resolve um impasse entre agentes encarregados de fazer uma escolha.

O uso de colegiados para o julgamento de questões jurídicas funda-se na ideia de que a deliberação realizada por mais de uma pessoa gera resultados melhores que a decisão individual. No processo de busca da verdade processual, a comunhão de "muitas

---

[360] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, ob. cit., pp. 172-173.

[361] MENDES, Conrado Hübner. "Deliberative performance of Constitucional Courts". *Tese (Doutorado em Direito)*, The University of Edinburgh, 2011, pp. 107-108. BOUSMANJIAN, Haig. *Metaphor and reason in judicial opinions*, ob. cit., pp. 27 e ss..

[362] *Dicionário Michaelis*, versão eletrônica. Acesso em 4 fev. 2016. Disponível em: http://bit.ly/1phMtDU.

[363] É possível diferenciar a tomada coletiva de decisões individuais (exemplo: uma família que se reúne para decidir internar um de seus membros em uma clínica de reabilitação) da tomada individual de decisões coletivas (exemplo: um Ministro do STF que suspenda, em decisão monocrática, a eficácia de uma lei). O voto é um mecanismo de tomada *coletiva* de decisões (individuais ou coletivas). Para discussão sobre o voto no prisma da teoria da ação coletiva, v. DIXIT, Avinash. SKEATH, Susan. *Games of strategy*. 2ª. Ed. New York: W.W. Norton & Company, 2004, pp. 500-532. DEEMEN, Adrian Van. RUSINOWSKA, Agnieszka (ed.). *Collective decision making: views from social choice and game theory*. Heidelberg: Springer, 2010. LARUELLE, Annick. VALENCIANO, Federico. *Voting and collective decision-making: bargaining and power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

mentes" traz vantagens epistêmicas, ponto desenvolvido, com mais vagar, no capítulo 8[364]. O colegiado permitiria, ademais, a preservação da independência dos magistrados e a redução do arbítrio individual[365], ambos efeitos desejados quando se trata de resolução judicial de conflitos. Assim, ao contrário do que ocorre com os juízos singulares, em que o processo intelectivo de produção de uma decisão jurídica é feito internamente e somente em momento posterior externado, nos colegiados a solução deve ser alcançada conjuntamente. No sistema brasileiro, a legislação processual exige que a deliberação seja feita em sessão pública (para uma discussão específica, v. capítulo 4). O televisionamento desse processo dialético de produção de raciocínios jurídicos sem dúvida produz efeitos sobre a atuação dos juízes e a forma de apresentação de seus argumentos. É com base nessa intuição que foram divididas as três dimensões do voto apresentadas a seguir.

6.3.1. Dimensão interna (agregativa)

Em julgamentos colegiados, como são os que ocorrem no Supremo Tribunal Federal, ***a primeira função do voto é obter o convencimento dos pares***. O voto, proferido em sessão de julgamento, é uma proposta *provisória* ao colegiado sobre qual deve ser a solução jurídica daquele caso submetido à jurisdição da corte. Ele é o primeiro auditório. Por isso, trata-se de uma dimensão interna ou agregativa do voto. Como ocorre em qualquer colegiado, sem adesão de um número mínimo de membros, a proposta não poderá ser adotada como solução para o caso concreto (e, portanto, restará vencida). A ideia de que o voto se presta, primariamente, ao papel de convencer, encontra fundamentos tanto no modelo de comportamento judicial como na teoria da argumentação desenvolvidos no tópico anterior, eis que ambos centrados na relação entre os juízes e sua audiência.

---

[364] Sem embargo, as decisões colegiadas podem trazer desvantagens ao processo decisório, como excessiva lentidão (custos de inflexibilidade) e os riscos de polarização. Para o primeiro ponto, v. NAPOLITANO, Giulio. "The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law". In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) *Comparative constitucional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 582. Para o segundo ponto, v. SUNSTEIN, Cass. HASTIE, Reid. "Four failures of deliberating groups". U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 401, 2008, disponível em: http://bit.ly/1x1Kwzq.

[365] Acolhe-se aqui, integralmente, a sistematização proposta por SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*, ob. cit., pp. 81 e ss..

Tribunais não são criados para o exercício da capacidade criativa dos seus membros, não são, portanto, fins em si mesmos. A ideia de promover o concurso de vontade de diversos indivíduos para a solução de um problema concreto está fundada na premissa de que o *grupo produzirá decisões melhores que um indivíduo isolado*. Traduzido o propósito ao contexto jurídico, significa dizer que colegiados tendem a entregar uma prestação jurisdicional de melhor qualidade que juízos singulares. É importante registrar que a qualidade da deliberação judicial tem sido defendida como um dos elementos capazes de justificar e reforçar o papel das Cortes na defesa dos direitos das minorias (e, portanto, *contra* as instituições majoritárias) [366]. Daí a importância da estruturação do colegiado de modo a maximizar o resultado pretendido acima [367].

O uso de modelos do tipo *seriatim*[368], em que cada Ministro profere seu voto e depois eles são unificados em um único documento (acórdão), em deliberações judiciais, poderia induzir a crença de que cada magistrado deveria deliberar como se fosse julgar o caso isoladamente. De fato, o Supremo Tribunal Federal vem sendo duramente questionado por não realizar uma verdadeira deliberação sobre as questões a ele submetidas [369]. O que tem ocorrido, segundo aduz a crítica, é a leitura de votos para as câmeras, sem verdadeiro engajamento a respeito dos conteúdos nele veiculados. Não é possível, todavia, afirmar peremptoriamente a inexistência de debate sem um estudo empírico dirigido [370]. No mais, as causas aparentes para a inexistência de um *debate sincero* são

---

[366] SILVA, Virgílio Afonso da. "Deciding without deliberating", ob. cit, p. 559.

[367] KORNHAUSER, Lewis A. "Deciding together". *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 13-65, New York University School of Law, 2013, p. 2: "O designer deve estruturar a instituição de maneira que ela maximize a sua performance relativamente aos fins institucionais".

[368] Há dois modelos de agregação de resultados nos tribunais. O *per curiam*, no qual um magistrado é designado para redigir a opinião da corte, e o *seriatim*, em que cada um dos membros apresenta sua opinião, formando-se a decisão final pela contagem dos votos. Algumas cortes adotam um modelo misto, como é caso da Suprema Corte dos EUA.

[369] Ficou famosa a "metáfora das onze ilhas", cunhada por Conrado Hubner Mendes, que traduz o processo decisório do Supremo como um agregado de opiniões individuais sem preocupação sistemática. Afirma ele: "Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros". Estudo empírico posterior demonstrou, dentro da amostra estudada, que em 68% dos casos não há dispersão de votos, o que enfraquece o argumento em questão. Cf. KLAFLE, Guilherme Forma. PRETZEL, Bruna Romano. "Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze iilhas". *Revista de Estudos Empíricos em Direito* v. 1, n. 1, jan 2014, pp. 89-104.

[370] Como os debates são registrados em separado dos votos escritos, é possível mensurar a quantidade de debate oral ocorrido nos Plenários e nas Turmas. Portanto, saber o grau de deliberação que o tribunal realiza é uma matéria a ser empiricamente avaliada.

diversificadas. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, aponta os problemas intrínsecos ao modelo agregativo, bem como o potencial papel deletério que a TV Justiça pode exercer sobre os julgadores[371]. Outros têm preferido uma explicação cultural[372].

Como visto acima, somente uma visão formal e cega do Direito poderia sugerir a inexistência de uma dimensão interna ou agregativa, como se a tarefa de cada juiz fosse proferir seu voto e ir embora[373]. Esta pode até ser uma descrição adequada para um juízo de primeiro grau, mas certamente não o é para uma Corte constitucional[374]. O papel do magistrado, mesmo em um colegiado, envolve um esforço de aplicar as leis e fazer prevalecer a justiça do caso. Uma vez convencido de que o *direito objetivo* requer que determinada solução seja dada a um caso concreto, é mister do juiz, atuando em colegiado, buscar o convencimento dos pares, nos limites possíveis da cortesia e da argumentação[375].

Além disso, sob a perspectiva pragmática, por se tratar de um órgão colegiado, a interação entre os membros é fundamental para que a Corte ofereça à sociedade

---

[371] Todavia, um bom indício de que a TV Justiça não pode ser responsabilizada pelo "estado atual de coisas" consiste no fato de que os tribunais inferiores, não televisionados, também padecem dos mesmos (e graves) problemas deliberativos. A propósito, v. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 63: "Levanto a hipótese de que sua forma de argumentar possa ser explicada em parte pelo fato de que os debates entre os juízes sejam públicos. A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático".

[372] MENDES, Conrado Hübner. "O projeto de uma corte deliberativa". In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, pp. 69-73. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez, "Deliberação e procedimento no Supremo Tribunal Federal: propostas para um modelo de deliberação compatível com a Constituição de 1988", ob. cit., pp. 457-458.

[373] Por isso, é bastante criticável a postura de alguns julgadores que se ausentam fisicamente do Plenário durante julgamentos, sob a justificativa de que já teriam proferido seus votos, para atender a outros compromissos pessoais.

[374] Neste sentido, veja-se a seguinte passagem do Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI n° 4.425, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*e 4 out. 2015, p. 52: "Sendo a Constituição um documento que se situa na fronteira entre a política e o Direito, e que corporifica a difícil pretensão de conter e racionalizar o fenômeno político, é preciso ter presente a eterna advertência de que *'We must never forget that it is a constitution we are expounding',* nas palavras do Chief Justice Marshall, da Suprema Corte Norte-americana, no julgamento do caso McCulloch v. Maryland (1819), em alusão clara aos fatores subjacentes à ordem constitucional que muitas vezes não podem ser reduzidos aos mesmos conceitos lógicos ou teleológicos que perpassam as técnicas tradicionais de exegese da legislação ordinária".

[375] O pedido de vista tem o nítido propósito de permitir a interação mais detida entre o conteúdo do voto proferido, o material disponível nos autos, em ordem à produção de um julgamento melhor. A vista não faria sentido em um modelo em que os Ministros julgassem apenas para o próprio convencimento. Seria menos custoso encaminhar cópia dos autos para cada um dos Ministros, e aguardam que apresentem suas decisões em determinada data.

uma resposta jurídica internamente coerente[376]. Um modelo não-deliberativo de Corte constitucional tenderá a produzir julgamentos sem premissas claras, dificultando a compreensão e, por consequência, gerando insegurança jurídica. Portanto, o dever de deliberar também possui um fundamento sistêmico para que exista.

6.3.2 Dimensões externas

6.3.2.1. O segundo auditório: a comunidade de juristas

É um truísmo dizer que, em um Estado de Direito, as decisões judiciais precisam ser justificadas. A segunda função dos votos nos julgamentos colegiados, portanto, é oferecer aos jurisdicionados uma *justificativa racional* para a decisão alcançada. O voto tem o papel de convencer a *comunidade* de que a solução oferecida pelo colegiado é compatível com os rigores do Direito e os ditames da justiça. Conforme Manuel Atienza registra, "o ideal do Estado constitucional (o culminar do Estado de Direito) pressupõe a subordinação completa do poder ao Direito e à razão: a força da razão frente à razão da força"[377].

A ideia de que as decisões judiciais se dirigem a múltiplos auditórios é uma premissa já desenvolvida[378]. Ademais, a existência de um auditório externo composto pela sociedade, aos quais os juízes dirigem seus votos, também é algo intuitivo. A justificação da jurisdição constitucional baseada na ideia de "governo de razões" certamente não se limita às razões identificadas como legítimas e assimiladas pelos próprios juízes (constitucionais ou não), mas também pela comunidade que os cerca. Como colocam John Ferejohn e Pasquale Pasquino, "[s]e a deliberação interna envolve a discussão entre Ministros sobre o que a Corte

---

[376] Essa tem sido uma crítica doutrinária recorrente à jurisprudência do STF, v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez, "Deliberação e procedimento no Supremo Tribunal Federal: propostas para um modelo de deliberação compatível com a Constituição de 1988". In: BRANDÃO, Rodrigo e BAPTISTA, Patrícia Ferreira (orgs.), *Direito público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 448: "A multiplicidade de *votos* fundados em razões diferentes torna extremamente difícil – e, em alguns casos, verdadeiramente impossível – a operacionalização com precedentes".

[377] ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manoel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 23. V, ainda, BOUSMANJIAN, Haig. *Metaphor and reason in judicial opinions*, ob. cit., p. 34.

[378] CHEMERINSKY, Erwin. "A failure to communicate". *Brigham Young University Law Review* v. 6, 2012, pp. 1706-1708. O autor distingue cinco audiências para a Suprema Corte: partes no processo, público em geral, comunidade jurídica ("scholarly community"), tribunais inferiores e agentes públicos.

deve fazer, a deliberação externa é parte do processo público decisório sobre o que a Constituição exige de nós como cidadãos e atores políticos em potencial"[379].

A distinção entre as visões tradicionais e aquela defendida concentra-se na cisão do auditório externo em dois diferentes grupos. Nesse sentido, chamaremos esta de *dimensão comunitária* da fundamentação das decisões judiciais, que é, com efeito, o primeiro auditório externo das decisões judiciais[380]. Embora decisões de cunho constitucional sirvam à comunidade indistintamente, antes do televisionamento a dimensão comunitária prevalecia largamente sobre a dimensão social[381].

O auditório tradicional das decisões judiciais é composto essencialmente por profissionais das carreiras jurídicas, titulares do monopólio da representação judicial, bem como acadêmicos e, ainda, a mídia especializada[382]. Os longos votos técnicos, com múltiplas citações de autores nacionais e estrangeiros, não são pensados para "consumo interno", mas sim para uma comunidade *qualificada* de destinatários: somente

---

[379] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. "Constitutional adjudication: lessons from Europe", ob. cit., p. 1697. E prosseguem os autores: "Uma democracia constitucional precisa tanto de deliberação externa como interna. No mínimo, a Corte precisa apresentar argumentos razoáveis aos outros atores políticos, baseados na Constituição e nas leis justificadoras de suas decisões".

[380] No texto, serão empregadas as expressões *comunidade de juristas* e *sociedade em geral*. O uso das designações são inspiradas na distinção entre comunidade e sociedade de Ferdinand Tönnies (v. TÖNNIES, Ferdinand. "Comunidade e sociedade como entidades típico-ideias". In: FERNANDES, Florestan. *Comunidade e sociedade*. São Paulo: EdUSP, 1972, pp. 96-116. Com efeito, os juristas possuem um vínculo de afinidade decorrente de sua formação comum e, por isso, acabam tendo um outro tipo de relação com a Cortes e a argumentação jurídica. De todo modo, a fim de evitar críticas, parece claro que a categorização dos juristas como uma *comunidade* não se encaixa de modo óbvio nas distinções feitas por TÖNNIES. Para uma discussão específica, v. BRANCALEONE, Cassio. "Comunidade, sociedade e sociabilidade: revistando Ferdinand Tönnies". *Revista de Ciências Sociais* v. 39, n. 2, 2008.

[381] BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal. "Why the Supreme Court cares about elites, not the American people". *Georgetown Law Journal* n. 98, 2010, p. 1516: "Os ministros da Suprema Corte preocupam-se mais com as visões de acadêmicos, jornalistas e outras elites que com a opinião pública".

[382] Uma pergunta fica no ar: os demais poderes não constituem um auditório autônomo, a ponto de impactar de modo particular a fundamentação das decisões judiciais? Como atores formais no processo constitucional, tudo leva a crer que os demais poderes estão aparelhados para compreender e interagir com a Corte constitucional a partir de seus códigos tradicionais. Por essa razão, foram inseridos no âmbito do primeiro auditório externo (tradicional). Isso não significa que a Corte não os trate de modo diferente ao, por exemplo, considerar seus argumentos. Segundo pontuam Nuno Garoupa e Tom Ginsburg, "[a] interação entre juízes constitucionais e a audiência política não é completamente entendida (...)". ("Building reputation in Constitutional Courts: political and judicial audiences". *Arizona Journal of International and Comparative Law* n. 28, p. 541). É possível, portanto, que existam nuances não capturadas pela divisão aqui proposta, inclusive no que tange à fundamentação. No referido artigo, os autores trabalham com a relação entre as Cortes e as audiências política e judicial (outras cortes). As estratégias de diálogo, estudadas pelos autores, referem-se unicamente à política de decisões fragmentadas (do tipo *seriatim*) ou consensuais (*per curiam*).

pessoas com conhecimento técnico serão capazes de compreender e interagir com o conteúdo técnico das opiniões judiciais. Em sistemas onde não há televisionamento, a "comunidade jurídica" revela-se um auditório mais importante que a sociedade em geral[383]. Isso não é uma falha de caráter dos juízes ou ranço autoritário. Para que possam ter impacto na construção da narrativa pública sobre o Poder Judiciário, é preciso que eles se dirijam às pessoas que irão fazer a mediação com a sociedade civil.

6.3.2.2. O terceiro auditório: a sociedade como um todo

A dimensão social do voto também pode ser considerada *externa*, eis que o propósito é a persuasão de pessoas fora do ambiente colegial. Ela se difere da dimensão *interna*, desenvolvida no primeiro subtópico, na medida em que trata de um auditório diferente. Com efeito, enquanto a dimensão comunitária refere-se às partes no processo, representada por seus advogados, e aos tradicionais participantes da interpretação do Direito – acadêmicos, mídia e juristas de modo geral –, **a dimensão social tem por objetivo alcançar a população não iniciada no conhecimento jurídico**. Conforme será desenvolvido ao longo dos próximos tópicos, a dimensão social tem se manifestado de três modos: (i) pelo reconhecimento de uma função pedagógica às decisões do STF; (ii) pelo uso extensivo de fundamentação extrajurídica nos votos, especialmente nos casos envolvendo questões morais complexas; e (iii) pela consideração de visões públicas nos votos, como elementos relevantes para a argumentação jurídica.

É certo que a existência da dimensão social dos votos em colegiados e decisões judiciais em geral existe independentemente do televisionamento de julgamentos. Contudo, esse é um elemento tão marginal que dificilmente tem alguma saliência na vida das cortes constitucionais e dos tribunais. A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brown v. Board of Education* (1954), assinada pelo *Justice* Warren, teve enorme preocupação com o público – é curta, para que pudesse ser publicada integralmente, e

[383] O art. 1º, inciso II, da Lei n° 8.906/94, impõe a privatividade das atividades de assessoria, consultoria e direção jurídicas, excluindo, portanto, de qualquer profissional não-filiado o exercício de qualquer atividade jurídica relevante. ("Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas").

redigida em linguagem simples –, mas a excepcionalidade deste tipo de cuidado comprova o ponto geral. Portanto, a preocupação em tornar as decisões palatáveis ao público e a presença dos juízes em noticiários para explicá-las não são sintomas de atraso social, antes ao contrário: esta interação é essencial à consolidação da autoridade da Corte e da normatividade constitucional em países onde há baixa adesão às instituições políticas, como é o caso do Brasil.

A abordagem cindida, que considera a função do voto à luz dos diferentes auditórios, traz a vantagem de permitir compreender a existência de um *voto oral* e um *voto escrito* nos julgamentos do tribunal[384]. O *voto oral* destina-se quase exclusivamente à sociedade, e em alguma medida à dimensão interna, ao passo que o *voto escrito* posteriormente juntado tem por destinatário a *comunidade qualificada de intérpretes* (por isso são juntados sem leitura na maior parte dos casos)[385]. A prática de supressão das notas taquigráficas faz sentido porque elas não servem ao propósito de justificar a Corte perante quaisquer dos auditórios aqui apresentados (elas são relevantes, contudo, em uma perspectiva histórica). Para fazer uma analogia com o cinema, o voto apresentado em Plenário é uma "versão comercial" daquilo que, posteriormente, é juntado nos autos (aí sim, a "versão do diretor", destinada aos "verdadeiros apreciadores da arte"). **A bipartição dos votos é um indício sério de que as sessões de julgamento e a apresentação de razões escritas posteriores, que não correspondem com exatidão àquelas proferidas *ao vivo*, estão atendendo a funções diversas sob a perspectiva metodológica[386].**

---

[384] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*, ob.cit., p. 34: "Para juízes em atividades, oportunidades para a auto-apresentação aparecem durante os procedimentos da Corte e no anúncio das decisões".

[385] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., pp. 26-28: "O importante, na argumentação, não é saber o que o próprio orador considera verdadeiro ou probatório, mas qual é o parecer daqueles a quem ela se dirige. (...) Há apenas uma regra a esse respeito, que é a adaptação do discurso ao auditório, seja ele qual for: o fundo e a forma de certos argumentos, apropriados a certas circunstâncias, podem parecer ridículos noutras".

[386] KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez, "Deliberação e procedimento no Supremo Tribunal Federal: propostas para um modelo de deliberação compatível com a Constituição de 1988", ob. cit., p. 459, critica os votos extensos no Supremo, afirmando que eles não são discutidos por pessoas sem formação jurídica. O diagnóstico principal, segundo o autor, é "porque é faticamente impossível que alguém, de fora do Direito, decida ler decisões desse tamanho" (p. 459). O que o autor não percebeu é que, de fato, os votos escritos do Supremo são destinados *a outro auditório* (de juristas). Para o consumo externo das pessoas comuns, o STF reservou o voto oral, proferido em sessão. Sem embargo, a crítica é pertinente, afinal, é duvidoso que os juristas tenham recursos disponíveis para a leitura de votos tão extensos.

Há diversas críticas possíveis à dimensão social das decisões judiciais, que podem ser já antecipadas. Primeiro, é possível questionar a real necessidade de uma corte, constitucional ou não, apresentar razões que sejam inteligíveis para terceiros sem educação jurídica. Sucessivamente, pode-se ainda indagar se, uma vez confirmada essa necessidade teórica, uma dimensão dialógica não seria um projeto fadado, de partida, ao fracasso, eis as pessoas comuns normalmente se abstêm em discussões sobre questões técnico-jurídicas complexas. Em um país de baixa educação formal e pouco interesse cívico, o resultado de um projeto deste tipo pode ser pífio. Uma terceira crítica diz respeito aos efeitos perniciosos da dimensão social à construção de um *debate sincero* em ambientes deliberativos.

A dimensão social pode significar perda de precisão jurídica e de efetiva deliberação entre os membros do colegiado. Ela pode causar prejuízos evidentes, portanto, às duas dimensões registradas anteriormente, não há dúvidas. Contudo, espera-se que os juízes indicados a cortes constitucionais sejam capazes de articular seus argumentos de diversas maneiras, de modo a contemplar o auditório heterogêneo que atendem[387], e fazer o equilíbrio necessário entre eles. Por outro lado, a prestação de contas por meio da apresentação de razões não é um dever dependente do efetivo uso delas por parte do público destinatário, mas sim um *custo* inerente aos regimes democráticos. Assim como os parlamentos publicam debates e leis que nunca serão lidos no *Diário Oficial*, e a Administração disponibiliza dados de processos administrativos e contas públicas sobre os quais poucos se interessam, o Judiciário deve buscar ser transparente pelo dever resultante dos princípios democráticos. É preciso que as informações estejam disponíveis para a eventualidade de haver um interessado. Quanto à capacidade de compreensão as pessoas, reitera-se aqui o que foi dito no primeiro capítulo: a ignorância coletiva não pode ser justificativa para que as pessoas não tenham acesso ao governo.

A terceira crítica diz respeito aos efeitos perniciosos da dimensão social à construção de um *debate sincero* em ambientes deliberativos. Segundo desenvolve Virgílio Afonso da Silva, a preocupação com o público externo é mais adequada à lógica dos

[387] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 24: "É muito comum acontecer que o orador tenha de persuadir um auditório heterogêneo, reunindo pessoas diferenciadas pelo caráter, vínculo ou funções. Ele deverá utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório. É a arte de levar em conta, na argumentação, esse auditório heterogêneo que caracteriza o grande orador".

parlamentos que dos tribunais[388]. Esse mesmo risco é identificado por John Ferejohn e Pasquale Pasquino[389]. Não há dúvidas que um tribunal *exclusivamente* preocupado com a sua imagem pública, composto de ministros que priorizam a vaidade sobre a aplicação das normas jurídicas, é um arranjo indesejado. O oposto também aparenta ser uma solução ruim: um tribunal hermético e burocrático, desatento ao público que serve e despreocupado com sua imagem. Entre um e outro extremo, parece que a virtude está em equilibrar a argumentação direcionada às diversas audiências (*i.e.*, as múltiplas dimensões argumentativas). É certo que o Supremo está mais próximo do primeiro modelo do que seria desejado, mas certamente não é com a eliminação do diálogo público que o problema será resolvido.

Por outro lado, é provável que as câmeras realmente tenham efeitos negativos. O denominado *efeito silenciador*, segundo o qual os juízes deixariam de levantar certos argumentos no curso da deliberação, com medo das potenciais críticas da opinião pública, e o *efeito "catraca"*, que consiste na dificuldade (ou até impossibilidade) em se voltar atrás nas conclusões jurídicas uma vez que a posição jurídica é apresentada ao Plenário, são normalmente apontados como subprodutos do televisionamento. No primeiro caso, é bastante provável que os argumentos "não-ditos" não pertençam mesmo à esfera de razão pública (v. capítulo 10), de modo que se pode questionar *se* este é realmente um efeito adverso. Quanto ao efeito *catraca*, ele é, em primeiro lugar, *especulativo*, pois pressupõe que os juízes mudariam de opinião e não o fizeram simplesmente por causa da televisão. Caso ele realmente seja verdadeiro, o que não foi confirmado até hoje por qualquer juiz, é preciso considerar outras causas: no caso do STF, o excesso de processos nas pautas de julgamento seguramente extrapolam os limites cognitivos de qualquer ser humano. É bastante provável que os Ministros tenham que confiar em resumos e minutas preparados por assessores, lidos em espaços pequenos de tempo, e fica muito difícil mudar de opinião *no curso* do julgamento.

Não se pode deixar de lado a possibilidade de que a dimensão dialógica não passe de uma projeção de um desejo individual de aprovação por parte dos Ministros, que é, naturalmente, inerente a todo ser humano. Se essa explicação psicológica é verdadeira,

---

[388] SILVA, Virgílio Afonso da. "Deciding without deliberating", ob. cit, p. 559.

[389] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. "Constitutional adjudication: lessons from Europe", ob. cit., p. 1698: "Se os ministros individualmente se veem como envolvidos em uma ampla discussão na esfera pública, eles podem se sentir menos inclinados a buscar o compromisso de suas próprias visões com outros [membros] da Corte. Eles podem não buscar persuadir seus pares, mas discutir com eles e outros na esfera pública".

então, na realidade, a TV Justiça teria aumentado o *público percebido* para os juízes do tribunal, fazendo com que eles se preocupem com a imagem que possuem perante toda a comunidade de espectadores, composta, potencialmente, por todos os indivíduos. As implicações e riscos dessa ideia para a legitimidade do processo constitucional serão estudados no capítulo 7. Por ora, é possível afirmar que a preocupação com a *imagem pessoal*, mesmo quando atrelada a razões puramente narcisísticas, pode ter resultados positivos do ponto de vista democrático.

6.4. MANIFESTAÇÕES ESPECÍFICAS DA (NOVA) DIMENSÃO SOCIAL

Neste tópico são sistematizadas as manifestações jurisprudenciais específicas da denominada *dimensão social* dos votos no Supremo Tribunal Federal. A pretensão não é exaustiva, de modo que outras formas de concretização da dimensão social podem ter escapado. Além disso, há de se reconhecer, de antemão, todas as dificuldades e subjetivismos que as apreciações qualitativas podem revelar. Como forma de reduzir esse problema, foi adotada a seguinte estratégia argumentativa: foram comparados acórdãos sobre temas idênticos ou assemelhados, agrupados segundo o dispositivo constitucional invocado para a decisão, proferidos *antes* e *depois* de 2002. Espera-se, com isso, convencer o leitor de que o próprio modelo metodológico da corte variou ao longo do tempo. É certo que os casos selecionados podem revelar um viés confirmatório. Conclama-se, então, o leitor a realizar a própria comparação.

6.4.1. A função pedagógica da Corte

Em 2008, durante a Presidência do Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal se viu pressionado pela opinião pública em casos envolvendo direitos de acusados em processo penal. Foi neste contexto que, em agosto de 2008, o tribunal proferiu duas decisões em que afirmou, expressamente, a sua condição de *pedagogo dos direitos fundamentais*[390]. Em síntese, isso significa que o tribunal proclamou expressamente sua

[390] Em uma cerimônia na OAB, Gilmar Mendes afirmou: "Quase ouso dizer que um tribunal como o Supremo Tribunal Federal é muito mais importante pelo que ele evita que se faça, pela pedagogia

disposição em empregar o discurso constitucional para educar as pessoas quanto aos direitos fundamentais. Saliente-se que o ano judiciário de 2008 foi especialmente marcante em termos de repercussão pública das decisões do STF, pois nele foram julgados o caso das células-tronco embrionárias (ADI nº 3.150), o pedido de declaração de constitucionalidade da resolução do Conselho Nacional de Justiça que vetara o nepotismo no Poder Judiciário (ADC nº 12), a suspensão integral da Lei de Imprensa (ADPF nº 130) e, ainda, a demarcação das terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol (Pet nº 3.388)[391].

No *caso das algemas*[392], o STF afastou a possibilidade de utilização de algemas por agentes da polícia quando inexistir risco concreto de fuga ou estiver ausente a periculosidade do agente. Disse, mais, que o uso de algemas durante o Tribunal do Júri é circunstância que prejudica severamente o exercício do direito de defesa, desaguando na nulidade do processo penal. Na sessão de julgamento, o Ministro Presidente, Gilmar Mendes, asseverou aos demais ministros que a decisão não se limitava à mera questão veiculada no processo, *mas que se tratava de verdadeira proclamação de princípio*, relativo à incompatibilidade entre as algemas e a dignidade dos acusados em geral. Ato contínuo, o Ministro Marco Aurélio sugeriu a edição de súmula vinculante, o envio de ofício com o conteúdo da decisão ao Ministro da Justiça e aos vinte e sete secretários estaduais/distrital de segurança pública, e proclamou: "Senhor Presidente, é claro, o Supremo tem ***papel pedagógico*** da maior importância, considerada a busca de dias melhores". Posteriormente, veio a ser editada a Súmula Vinculante nº 11, que veicula exatamente o referido entendimento[393]. A decisão fundamentou-se, de modo mais intenso, nos arts. 1º e 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988.

No segundo caso relevante apreciado naquele ano – ADPF nº 144, rel. Min. Celso de Mello – discutia-se a possibilidade de considerar inelegíveis indivíduos

---

das decisões". "Habeas Corpus é essencial como ar, diz Mendes", *Folha de São Paulo*, 18 dez. 2008, disponível em: http://bit.ly/1DfxTQJ.

[391] Para uma revisão do ano, veja-se a retrospectiva escrita por BARROSO, Luís Roberto. "Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática". *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, 2009.

[392] STF, HC n. 91.952/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*e 19 dez. 2008.

[393] Eis o conteúdo da Súmula Vinculante n. 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

meramente processados pela prática de certas espécies de crimes[394], sendo certo que a legislação aplicável – Lei Complementar nº 64/90 – exigia o trânsito em julgado para que fosse possível a incidência da sanção. O longo acórdão, de 289 laudas, concluiu pela inviabilidade da pretensão formalizada. A discussão de fundo não é particularmente relevante para a hipótese formulada, mas vale transcrever a seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes:

> *"O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição, pelo contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa* ***pedagogia dos direitos fundamentais****, contribuir para um processo civilizatório elevado, como já foi destacado aqui nos vários votos".*

De modo ainda mais radical, o papel pedagógico voltou à cena no julgamento da Pet nº 3.388, rel. Min. Ayres Britto, iniciado em agosto de 2008 e somente concluído em março de 2009. A hipótese versava a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. No referido julgamento, de maneira absolutamente inédita, o STF decidiu normatizar a matéria das demarcações para casos futuros, incluindo os parâmetros a serem observados no próprio dispositivo do acórdão. A proposta partiu do Min. Menezes Direito, na assentada de 10 de dezembro de 2008. O Min. Ayres Britto, relator do caso, embora ressalvando que os condicionamentos propostos já estariam implícitos em seu voto, indagou o plenário quanto à natureza *extra petita* da decisão e chegou a mencionar o ineditismo da técnica adotada[395]. Essas considerações, contudo, não reverberaram no Plenário, e sucessivamente os Ministros foram se alinhando às propostas do Min. Menezes Direito, até

---

[394] STF, ADPF n. 144/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*e 26 fev. 2010.

[395] "Senhor Presidente, quero apenas confirmar com ajuste o meu voto, dizendo o seguinte – peço vênia ao Ministro Cezar Peluso para falar de logo -: o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no seu magnífico voto, usou de uma técnia de decidibilidade ou de uma formação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas, refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi traçar a diretivas para a própria execução desta nossa decisão por parte da União. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição, para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa" (p. 528).

que o próprio relator também as encampou. O argumento central em favor do desapego ao formalismo foi a importância social do precedente[396-397].

A autoafirmação do próprio papel pedagógico do Supremo está relacionada não apenas à TV Justiça – embora não se possa desprezar o incentivo gerado pela radiodifusão dos pronunciamentos do Supremo –, mas também ao fato de o Brasil ser uma democracia recente, sendo certo que ainda não foi possível filtrar toda a legislação infraconstitucional e atos infralegais à luz da teleologia da nova Carta constitucional[398]. Significa dizer que ainda não foi possível expurgar completamente a lógica autoritária do Direito, em especial do direito público brasileiro. Daí a importância de o Tribunal indicar os princípios norteadores da nova ordem para juízes em todas as instâncias, administradores e legisladores, nos três níveis federativos.

Além disso, um dos problemas tradicionalmente reconhecidos para o acesso pleno à justiça é o déficit informacional do qual padece grande parte da população. Sem conhecer os direitos, não há como buscar o Poder Judiciário para salvaguardá-los. Nesse ponto, a transmissão pública de julgamentos e o reconhecimento da função educativa da Corte constitucional podem exercer um importante papel *inclusivo* em relação a essas pessoas que se posicionam fora do raio de ação das instituições oficiais. Não se pode perder de vista que a televisão ainda é a fonte principal de informações para o grande público, até mesmo porque o Brasil ainda possui um contingente considerável de analfabetos totais e funcionais, para os quais o acesso à imprensa escrita segue inviabilizado.

---

[396] A Min. Ellen Gracie também fez ponderações sobre o ponto: "Inicialmente pensava, visto que o objeto da ação diz respeito apenas à desconstituição de uma demarcação já realizada, que poderáimos estar excedendo o pedido original. No entanto, as ponderações colocadas pelos Colegas me convencem de que, efetivamente, esse é o melhor caminho a ser seguido pela Corte, ainda mais numa matéria de tanta delicadeza" (p. 551).

[397] Posteriormente, o Plenário do STF decidiu que as condicionantes não tinham efeito vinculante, v. STF, Pet nº 3.388/RR, rel. Min. Roberto Barroso, *DJ*e 4 fev. 2014: "A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões".

[398] O Brasil passou por dois períodos ditadoriais (1937-45, 64-85). Diversas leis importantes foram aprovadas durante esses momentos, dos quais são exemplos o código penal (1940), o código de processo penal (1941), a consolidação das leis do trabalho (1943), o código eleitoral (1965), o código tributário nacional (1966) e o código de processo civil (1973, recentemente substituído). A metáfora é tomada de empréstimo da conhecida obra de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

A pedagogia dos direitos fundamentais não deve ser confundida elitismo, empáfia ou messianismo por parte dos juízes constitucionais. Como será defendido com maior vagar no capítulo 10, os agentes políticos desempenham um papel relevante na formação da cultura pública. A centralidade política do STF e o tipo de discurso que ele produz deixam a corte em uma posição extremamente relevante neste contexto. De toda sorte, como se verá nos tópicos seguintes, o STF tem buscado fundamentar as decisões que profere em elementos *extrajurídicos*, o que certamente vai ao encontro do propósito de se justificar e legitimar perante o grande público (e não apenas perente à comunidade jurídica), e tem considerado a opinião pública como um elemento de relevo na interpretação constitucional.

6.4.2. O recurso à argumentação extrajurídica

Entre as decisões que se tornaram referência no constitucionalismo mundial, é provável que *Brown* v. *Board of Education*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954, figure no lugar mais alto do pódio. Celebrada pelo seu conteúdo material, a declaração de inconstitucionalidade da política de segregação racial nos Estados Unidos que fora placitada pela corte em *Plessy v. Ferguson*, poucos dão a *Brown* seu valor enquanto triunfo da habilidade política dos *justices* que compunha a Suprema Corte, e mais especificamente do *Chief Justice* Earl Warren. A decisão foi proferida por unanimidade e lida perante uma corte integralmente presente (inclusive com o *Justice* Robert Jackson, que sofrera um ataque cardíaco pouco mais de um mês antes do anúncio). O mais importante é que a adoção de um estilo deliberadamente simples e uma decisão curta, de modo que pudesse ser *entendida* por cidadãos comuns e *publicada* integralmente nos diversos meios de comunicação[399].

Assim, uma das grandes características do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos realizados após 2002 é o recurso incessante à doutrina jurídica, mas também

---

[399] Cf. PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 156. Para uma defesa da significância cultural de *Brown*, sob o argumento de que nenhuma outra instituição pública havia se posicionado de modo contrário à política segregacionista antes, v. TUSHNET, Mark. "The significance of *Brown* v. *Board of Education*". *Virginia Law Review* n. 80, 1994, pp. 175-177. Para uma visão crítica sobre o papel de *Brown* no movimento racial americano, v. KLARMAN, Michael J. "*Brown v. Board of Education: facts and political correctness*". *Virginia Law Review* n. 80, 1994, pp. 185-199.

a argumentos de índole filosófica, moral e científica. O tribunal também tem especial apreço pela literatura e do uso de metáforas na elaboração de seus argumentos[400]. O uso exacerbado de citações doutrinárias pode indicar, como sugere Marcelo Casseb Continentino, a intenção de legitimar decisões que não se afinam aos precedentes do próprio Tribunal[401]. Em outras palavras, um abandono velado à história institucional. José Rodrigo Rodriguez, por sua vez, afirma que o uso de citações é uma estratégia para a obtenção da "vitória" no embate de visões jurídicas. Assim, quanto mais autores possam ser listados na defesa da posição do julgador, melhor[402].

As críticas citadas estão limitadas à utilização do saber técnico-jurídico. O que dizer quanto às inúmeras citações de autoridades filosóficas, religiosas, poéticas e até mesmo de cantores da musica popular brasileira[403]? Haverá uma razão que as justifique, além do estilo literário próprio dos juízes que atualmente ocupam e que recentemente ocuparam assentos na Corte constitucional brasileira? Uma análise orientada aos auditórios – tal como proposta por Baum e Perelman – permite somente uma resposta: é a preocupação com a audiência que motiva o uso da retórica nas decisões judiciais.

---

[400] Haig Bousmanjian afirma ser supreendente a falta de discussão sobre o papel dos tropos nas decisões judiciais, já que eles vêm sendo empregados com muita frequência neste tipo de discurso (cf. *Metaphor and reason in judicial opinions*, ob. cit., p. 12). O autor sugere que o uso das metáforas tem o propósito de "explicar a abstração, no Direito ou na filosofia, que não pode ser transmitida de modo tão efetivo ou persuasivo por meio da linguagem literal. Pela incorporação dos tropos nas decisões judiciais, o que é abstruso e obscurso torna-se concreto e compreensível. Pela personificação, o que é inanimidade recebe qualidades humanas e fica perceptível. Pela metonínima, nós podemos criar novas perspectivas pela substituição de uma palavra ou frase ou outra em razão de uma relação pré-existente" (p. 47). O objetivo é, portanto, persuasivo.

[401] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. "O problema das excessivas citações doutrinárias no Supremo Tribunal Federal". *Consultor Jurídico*, em 15 set. 2012. Disponível em: http://bit.ly/1SYKRJz Assevera o autor: "Ao constatar votos excessivamente apoiados em referências doutrinárias ou de Direito comparado e pobremente fundamentados em decisões do próprio STF, assumo a seguinte hipótese de trabalho, para posterior investigação: existe um ato de discricionariedade por parte do julgador, que, pretendendo livrar-se das amarras da história institucional, elemento essencial para a integridade do direito, e, por consequência, de uma maior legitimidade da interpretação constitucional, quer-se reconhecer livre para adotar a interpretação que melhor lhe convenha".

[402] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, ob. cit. p. 62. A crítica consiste na ausência de disposição para uma construção conjunta e dialógica da solução jurídica para o caso: "Nos casos difíceis, ou seja, aqueles em que os tribunais ainda não têm uma opinião homogênea e que, portanto, geram debates entre os juízes, a estratégia é invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, considerado sempre como indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria".

[403] Caetano Veloso, por exemplo, é citado no julgamento da ADI-MC nº 1.969, pelos Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim, na ADI nº 3.330, pelo Ministro Gilmar Mendes e na ADI nº 4.274, pelo Ministro Ayres Britto. Tomás de Aquino é um grande campeão de citações no Tribunal, com mais de 60 referências na busca textual por acórdãos. Aristóteles tem 78. A contagem é de citações por acórdão, em sendo certo que, dentro de cada acórdão pode haver mais de uma menção. A consulta foi realizada no sistema do STF em 15 de janeiro de 2013.

O acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, rel. Min. Ayres Britto, na qual contestada a constitucionalidade do artigo 5° da Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005, denominada "Lei de Biossegurança", é um exemplo emblemático do excesso de citações de fontes não jurídicas (e também o maior acórdão já proferido no julgamento de ações diretas). A discussão central veiculada na ação dizia respeito à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos à luz do direito à vida, assegurado pela Constituição Federal de 1988. As discussões concernentes ao momento em que a vida tem início, para fins de tutela jurídica, envolvem profundas convicções morais e religiosas, e têm sido acirradas em diversas cortes constitucionais do mundo[404]. Com exceção do voto da Ministra Ellen Gracie, de perfil mais dogmático, todos os demais votos foram impregnados de citações de conteúdo nitidamente moral, religioso, científico e *popular*. Nesta última categoria figuram, por exemplo, Tom-Zé, Ana Carolina, Fernando Pessoa, Jean Paul Sartre, pinçados do voto do relator.

Outro julgamento impregnado de citações extrajurídicas foi o relativo à ADPF nº 54, rel. Min. Marco Aurélio, no qual se discutia a constitucionalidade da incriminação, por prática do tipo penal de aborto, da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. Vale transcrever a análise empreendida por Marcelo Casseb Continentino a respeito dos votos já tornados públicos:

> *"O ministro Luiz Fux, recém-chegado ao STF, por sua vez, não se preocupou com o precedente. Entre autores e obras doutrinárias, ele citou, pelo menos, 40 referências distintas, que iam desde Aristóteles (Ética a Nicômaco) até autores atuais da Filosofia, do Direito ou da Medicina. (...) O terceiro deles, o ministro Ricardo Lewandowski, foi quem mais me surpreendeu; não fez menos de 15 referências doutrinárias (o que, diga-se, é bem razoável), citando desde o cético grego, Xenófanes ("A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá"), o que, aliás, deu todo o tom do seu voto, passando pelo código de Napoleão, para terminar com autores mais atuais do Direito brasileiro, a exemplo do prestigiado professor Paulo Bonavides. (...)"*[405].

---

[404] Sobre o tema, v. SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. "Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard M. (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

[405] CONTINENTINO, Marcelo Casseb. "O problema das excessivas citações doutrinárias no Supremo Tribunal Federal". *Revista Consultor Jurídico*, em 15.09.2012. Disponível em: http://bit.ly/1T0Paa7.

Naturalmente, a textura aberta da linguagem empregada na Constituição Federal de 1988 exige que o intérprete busque em áreas do conhecimento não jurídicas a fundamentação necessária à obtenção da solução aplicável ao caso concreto. Afinal, princípios constitucionais abstratamente positivados, como devido processo legal, dignidade da pessoa humana, moralidade, eficiência, demandam do intérprete enorme esforço argumentativo para que deles seja possível extrair consequências de ordem prática. Há, portanto, um problema de metodologia jurídica por trás da incorporação das referências não jurídicas. Como é natural, por se tratar de uma ciência social, o Direito não prescinde das referências culturais que lhe servem de fonte de criação. Mas a análise dos acórdãos indica a existência de outro fundamento para as referências extrajurídicas. Ao incorporar tais argumentos nas decisões, o que o tribunal pretende, segundo se defende aqui, é adotar um discurso comum aos jurisdicionados, em ordem a legitimar politicamente as próprias decisões que adota[406]. Ademais, decisões judiciais claras e prontamente acessíveis ao cidadão comum podem ser cumpridas de modo mais efetivo[407].

6.4.3. A importância da opinião pública

O Supremo Tribunal Federal deve estar disposto a considerar a opinião pública nos respectivos julgamentos? A questão tem sido objeto de extensa controvérsia doutrinária nos Estados Unidos[408]. Deveria também sê-lo no Brasil, já que a TV Justiça tem multiplicado a reação pública às decisões do tribunal, seja para referendá-las, seja para criticá-

---

[406] A necessidade de legitimação é mais bem evidenciada pela prática observada nas audiências públicas. Nelas, em teoria, deveriam ser ouvidos técnicos, já que voltadas ao deslinde de circunstância de fato (art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99). Mas o Supremo tem constantemente admitido representantes de grupos organizados de interesse, como é o caso de facções religiosas, caso da audiência convocada na ADPF nº 54, movimentos sociais (ADPF nº 186) e até associações de classe (STA nº 185). Sobre o tema, v. LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. "As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimacão formal?". In: SARMENTO, Daniel (org). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 518: "Em outras palavras, as audiências públicas do STF contribuem para a que se transmita aos grupos da sociedade civil a imagem de que os ministros estão dispostos a dialogar e a ouvir as ponderações que possam trazer. E isso preserva a autoridade das suas decisões".

[407] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*, ob. cit., p. 40.

[408] DAHL, Robert A. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". *Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, 1957, pp. 279-295. BARRETT LAIN, Corinna. "Upside-down Judicial Review". *Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 1, 2012, pp. 113-184. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

las duramente, o que vem ocorrendo de forma acentuada mediante emprego das redes sociais (*twitter*, *facebook*, etc.). Ao reconhecer no tribunal o papel de guardião da Constituição, cujo propósito é impor limites à atuação das maiorias ocasionais, a teoria clássica afasta as cortes constitucionais da opinião popular, como registrado. Mas afirmar a dissociação, de forma peremptória, importaria desconhecer que as Constituições e também o Tribunal Constitucional dependem de algum lastro de legitimidade, representado pela adesão dos cidadãos àquela ordem institucional, para que permaneça exercendo seu papel[409].

A tendência a considerar a opinião pública, embora anterior à transmissão dos julgamentos, ganhou *contornos explícitos nos votos*. Na apreciação da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, denominada de Lei da Ficha Limpa, veiculada na ADI nº 4.578, e ADC nº 29 e nº 30, todas relatadas pelo Min. Luiz Fux, este assim se pronunciou:

> *"A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como backlash, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.*
>
> *Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular.*
>
> *POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões.*
>
> *Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais,*

[409] POST, Robert e SIEGEL, Reva. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash". *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131.*, Disponível em: http://papers.ssrn.com/abstract=990968. Acesso em 24 fev. 2016.

> *poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.*
>
> *Assim,* ***não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema 'ficha limpa', sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10*** *– interpretações essas que ora se adotam. (...)" (negrito acrescentado).*

Observe-se o contexto que cercou o advento da Lei Complementar nº 135/2010: fruto de iniciativa popular e aprovação unânime nas duas casas legislativas que compõem o Congresso Nacional. Diversas entidades representativas de segmentos da sociedade civil habilitaram-se como *amici curiae*, todas favoráveis à aplicação da nova lei. Houve até mesmo manifestações nas imediações do Supremo Tribunal Federal, algo raramente observado. O único problema com toda a verve pública que sustentava a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 é que ela, em certos pontos, contrariava a jurisprudência assentada, de longa data, do Supremo Tribunal Federal (em especial a decisão proferida na ADPF nº 144, mencionada linhas acima)[410].

O Ministro Luiz Fux percebeu exatamente a dissenção entre a opinião popular e a jurisprudência do Supremo – especialmente a interpretação que conferia contornos quase absolutos à cláusula constitucional da presunção de inocência – e explicitamente considerou aquela para propor a superação da interpretação anterior da Carta Federal. A proposta foi acolhida pelo Plenário, por apertada maioria de 6 a 5. Deve-se notar, ademais, que a decisão referida foi tomada após a declaração de inaplicabilidade da referida lei às eleições de 2010, em razão da regra da anualidade prevista no art. 16 da Constituição Federal. A decisão, também tomada pelo voto de desempate do Ministro Luiz Fux – 6 a 5, portanto –, foi recebida com crítica e frustração pelos principais veículos de comunicação e pela população em geral. É dizer: após uma decisão extremamente impopular, o Supremo, ao debruçar-se novamente sobre a questão, revê a jurisprudência anterior e a substitui por outra,

---

[410] Bruno Bodart chega a afirmar que a decisão é um marco "de um novo Supremo". Confira-se: "Assistimos ao advento de um novo Supremo. A escultura 'A Justiça', que adorna a praça dos três poderes, representa bem a Corte reformulada: apesar dos olhos vendados, situa-se no meio do povo e não pode deixar de escutar a voz das ruas. E a frase do ministro Luiz Fux, no julgamento da Lei da Ficha Limpa, no último 16 de fevereiro, é um resumo do que deve ser a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: a opinião pública não pauta o Judiciário, mas este tem o dever de ouvi-la". BODART, Bruno Vinícius da Rós. "Com Ficha Limpa, vimos o advento de um novo Supremo". *Consultor Jurídico*. 9 mar. 2012, disponível em: http://bit.ly/23MmtS6. O caso também é comentado por FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*, ob. cit., pp. 128-131.

afinada aos anseios públicos, nas quais os votos ressaltam, em maior ou menor medida, a legitimidade popular da referida lei. O caso é de inequívoco e explícito diálogo entre o Tribunal e a opinião pública. Desta vez, no sentido inverso.

Outros julgamentos foram realizados sob intensa pressão da opinião pública. A apreciação da possibilidade de interrupção terapêutica de fetos anencefálicos sem reprimenda penal – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio – também resultou em protestos, notadamente de grupos religiosos, na Praça dos Três Poderes. Nesse caso, porém, a Corte, por 9 votos a 2, decidiu pela procedência integral do pedido. No julgamento da citada Ação Penal n. 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, houve intensas manifestações pela condenação ou absolvição dos réus, tanto que o tema do processo figurou, nos dias de sessão, nos *trending topics* do *twitter*. É evidente que a configuração da tipicidade dos fatos imputados aos réus não é (ou não deveria ser) uma questão sujeita à interpretação jurídica, mas sim de mera apreciação da prova. Mas o "constitucionalismo democrático" aludido pelo Ministro Luiz Fux, e que envolve a consideração da opinião pública na interpretação do Direito, voltou a fazer parte das discussões na questão atinente à perda dos mandatos políticos dos deputados federais condenados.

Em síntese, o voto passa a ter, agregado a si, um objetivo mais amplo, que é o de convencer o grande público de que as razões apresentadas pelo julgador são as mais apropriadas ao caso concreto, ou às vezes até mesmo corrigir equívocos decorrentes da divulgação de informações inexatas pela mídia. Um exemplo de que o Supremo dialoga diretamente com o corpo de jurisdicionados está nas constantes réplicas à imprensa que os ministros fazem, registradas nos votos por ele proferidos. No julgamento da ADI n° 3.510, por exemplo, o Ministro Cezar Peluso afirmou, em pleno julgamento, que a imprensa havia interpretado incorretamente o voto que proferira em assentada anterior. Disse ele:

> *"**Eu li - entre envergonhado e, de certo modo, entristecido -, nos jornais da minha terra, dos quais sou assinante há muitos anos, notícias sobre o julgamento e, em particular, sobre o meu voto, as quais me justificaram fundado temor de haverem induzido a opinião pública em erro grave**. Decerto, nenhuma de ambas as notícias foi inspirada por propósito menos nobre - porque evidentemente não o posso supor a nenhum jornalista -, mas, sem dúvida alguma, decorreu de equívoco - eu diria - quase inescusável. Os que fizeram referências ao teor do meu voto ou não me ouviram ou, se me ouviram, não me entenderam.*

> *(...)*
> *De modo que, Sr. Presidente,* ***gostaria ficasse constando esse registro por não subsistir dúvida a respeito do conteúdo e da extensão de meu voto****". (negrito acrescentado)*

O diálogo direto entre a Corte e o cidadão, especificamente no caso brasileiro, está relacionado a algumas tendências verificadas mediante análise do conteúdo dos acórdãos proferidos no período pós-TV Justiça. Os dados numéricos buscam reforçar o fato de que a TV Justiça é uma concausa relevante para esse resultado qualitativo (na verdade, um elemento catalisador, segundo é defendido nesta tese). Afinal, são práticas que não existiam anteriormente ou eram raramente empregadas, mas que foram potencializadas após a transmissão pública de julgamentos.

6.5. REQUALIFICAÇÃO DOS FILTROS TRADICIONAIS DE DIÁLOGO ENTRE A CORTE E A SOCIEDADE

6.5.1. A fragmentação das narrativas no discurso constitucional: *internet* e TV Justiça

Em 10 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da compatibilidade entre a Constituição Federal e a criminalização do porte de maconha. A matéria teve a repercussão geral reconhecida no bojo do Recurso Extraordinário n° 635.659, relator Ministro Gilmar Mendes. A discussão é grave. O Brasil vive uma epidemia de consumo de drogas e, ao mesmo tempo, uma explosão da população carcerária[411]. Os investimentos em penitenciárias têm ficado muito aquém do necessário para fornecer condições de dignidade de cárcere, o que tem levado a comentários na imprensa internacional[412] e intervenção judicial nessas políticas públicas[413]. A despeito do pano de fundo social catastrófico, a discussão versada no processo em referência tem roupagens jurídicas: discute-se a violação do direito à privacidade, à autonomia individual e ao princípio

---

[411] MARIZ, Renata. "Número de presos subiu 87% em oito anos no país". *Jornal O Globo*, 4 jun. 2015. No mesmo período, o déficit de vagas aumento 139%, segundo os estudos citados na reportagem.

[412] MUGGAH, Robert. CARVALHO, Ilona Szabo de. "Behind bars in Brazil is no place you want to be" (atrás das grades no Brasil é um lugar onde você não quer estar). *Los Angeles Times*, 22 jan. 2014, disponível em: lat.ms/1JRluZY.

[413] STF, RE 592581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13 ago.2015, no qual o Tribunal proclamou a possibilidade de realização de obras emergenciais em presídio, pelo Poder Judiciário. STF, ADPF-MC n° 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9 set. 2015, no qual o Plenário reconheceu a existência de um "estado de coisas inconstitucional" relativamente à situação dos presídios brasileiros.

da proporcionalidade; do outro lado da balança está a liberdade de conformação do exercício de direitos constitucionais, exercida pelo legislador ao editar o art. 28, da Lei n° 11.343/2006[414].

O relator proferiu voto pela inconstitucionalidade do art. 28, no que foi seguido pelos Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Interessa o voto proferido em sessão por este último. Em certa passagem, afirmou o Ministro: "*Se o indivíduo, na solidão das suas noites, beber até cair desmaido na cama, isso pode parecer ruim, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros, entre o jantar e a hora de ir dormir, isso certamente parece ruim, mas não é ilícito. Pois, digo eu, o mesmo deve valer se ele, invés de cigarro, fumar um baseado, entre o jantar e a hora de ir dormir*"[415]. Em termos de argumentação jurídica, a passagem não pareceu acrescentar muito ao que já havia sido exposto. Em sua melhor luz, indica que situações assemelhadas (uso de cigarros, consumo de álcool e drogas) deveriam ser tratadas de maneira igual, o que remete ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF88).

Do ponto de vista retórico, a mensagem foi profundamente poderosa. Ela transmitiu um juízo de valor relevante, proveniente de uma autoridade pública, a respeito do uso de uma droga que corresponde a um tabu social. A resposta coletiva à mensagem foi imediata[416]. O trecho acabou reproduzido milhares de vezes em redes sociais, editado para que o Ministro aparecesse, ao final, de óculos escuros, ao som da música e com a expressão "thug life"[417]. Veja-se: o Ministro poderia ter optado por um discurso jurídico formal. Sem a pretensão de igualar o brilho da retórica do Ministro, uma versão tradicional do trecho em questão poderia soar assim: "é incompatível com o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, tratar situações iguais de modo diferente, sem que haja um critério

---

[414] Lei n° 11.343/2006: "Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica".

[415] A íntegra do voto por ser encontrada no YouTube, disponível no seguinte vídeo: http://bit.ly/1MGzT6Z. A postagem não é oficial. Acesso em 20 nov. 2015.

[416] A montagem encontra-se disponível em: http://bit.ly/1YkAa75. Na data do acesso, tinha mais de 30.000 exibições. Como o vídeo foi carregado por diversos usuários, e também reproduzido pelo comunicador *WhatsApp* não é possível estimar quantas vezes foi acessado.

[417] A expressão é normalmente traduzida como "vida bandida", mas há outras definições possíveis.

razoável para a discriminação (para ficar ainda mais sério, poder-se-ia dizer: *discrímen*). Na hipótese, não há razoabilidade em se permitir o uso de substâncias alucinógenas, como as bebidas acrescidas de álcool, e outras cancerígenas, como o cigarro, e proibir-se o uso de derivados da *cannabis sativa*".

Da mesma forma, em 19 de junho de 2015, a pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal contemplou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF, em que se discutia a constitucionalidade da exigência de concordância prévia do biografado para que fosse possível a publicação de biografias, que decorre da interpretação literal dos arts. 20 e 21 do Código Civil. O caso opôs editoras e escritores profissionais, interessados em viabilizar este nicho do mercado editoral, associações, preocupadas com a liberdade de expressão, e personalidades públicas, desejosas de proteger sua esfera de intimidade. A Ministra Cármen Lúcia, relatora do caso, julgou o pedido procedente, informando ao Plenário haver preparado um longo voto de cerca de duas centenas de páginas, posteriormente reduzido para pouco mais de uma centena. A versão do voto lida em Plenário, contudo, limitou-se a cinquenta páginas.

Logo nos primeiros minutos da votação, a Ministra afirmou que o caso a fizera lembrar-se de um velho ditado de infância: "cala a boca já morreu, quem manda na minha boca sou eu". Fazendo a adaptação aos novos temos, disse ela: "cala a boca já morreu, quem disse foi a Constituição"[418]. A frase causou impacto, tendo sido reproduzida no Jornal Nacional, horas depois de encerrada a sessão, e figurou na capa do jornal "O Globo" do dia seguinte.

O objetivo jurídico de expressar o ponto seria atingido pelas duas formas de expressar o argumento, mas o mesmo não se pode dizer em termos de *impacto no espaço social*. Os discursos realizados por ministros do Supremo gozam de uma posição diferenciada no imaginário popular: como será discutido posteriormente, além de contarem com uma credibilidade pública maior que a dos políticos tradicionais, as pessoas normalmente associam as decisões judiciais às exigências de justiça e imparcialidade. Por isso, o discurso que é produzido pela jurisdição constitucional é diferente daquele proveniente das demais instâncias políticas.

[418] STF, ADI n. 4.815/DF, rel. Min. Cámen Lúcia, *DJ*e 1 fev. 2016.

Neste passo, a publicidade gerada pelo televisionamento dá aos juízes a possibilidade de gerar saliência sobre temas esquecidos pelo público ou pela mídia, permite que insiram novas informações sobre a questão no espaço público e até mesmo que obtenham apoio para uma causa específica, que pode ser minoritária no seio do próprio tribunal (como parecer se a inconstitucionalidade da criminalização do consumo pessoal de drogas, neste momento). Em certa medida, a mídia tradicional perde a função de guardiã (*gatekeeper*) das mensagens da corte[419]. Hedieh Nasheri afirma que "[a] questão é se a informação do público sobre julgamentos deve vir apenas de resumos de segunda mão em noticiários, conferências de imprensa 'controladas', e caracterizações prejudiciais e infladas de terceiros interessados; ou se ao público será permitido observar a inteireza do verdadeiro procedimento no tribunal – dignificado, sóbrio e sob o controle da Corte"[420].

Os juízes constitucionais brasileiros sabem que seus votos serão imediatamente conhecidos por um número substancial de pessoas, e que o público irá reagir prontamente às suas falas. Esta é uma dinâmica inteiramente nova quando comparada àquela em que a Corte tinha que lidar apenas com os advogados e a mídia especializada. A transmissão de julgamento tornou-se um ***instrumento para a construção de narrativas alternativas àquelas apresentadas pela mídia ou pelas corporações jurídicas***, requalificando a atuação sociopolítica dos Ministros da corte constitucional brasileira[421].

Na outra ponta, a TV Justiça permite que qualquer cidadão que possua acesso à internet ou TV a cabo acompanhe, em tempo real, o desenrolar dos trabalhos da

---

[419] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. The last word, ob. cit., p. 8: "As empresas de mídia têm suas próprias motivações a agendas e sua própria lógica institucional. Mais importantes, elas têm um papel de guardiões (gate-keeping role)".

[420] NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*, ob. cit., p. 50.

[421] GREENHOUSE, Linda. "Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", ob. cit., p. 1538. Observe-se que a relação que se estabelece entre a mídia e os juízes é bastante assimétrica: como estes últimos falam, tradicionalmente, apenas por meio de seus votos, dificilmente eles terão poder para rebater as eventuais distorções produzidas pela mídia tradicional (embora estejam tentando, como visto no tópico anterior). A autora narra o caso da decisão proferida pela Corte constitucional da África do Sul que julgou inconstitucional a pena de morte (p. 1552). A despeito do longo e fundamentado acórdão de 130 páginas, a mídia local reportou a decisão como se fosse um "um ato político, puro e simples". A representação da decisão na mídia foi objeto de críticas públicas por um dos juízes da Corte. Neste contexto, o televisionamento poderia ajudar a reequilibrar esse jogo, retirando dos veículos tradicionais de comunicação o "quase" monopólio na formação das narrativas públicas. V., ainda, com ampla indicação bibliográfica, BASSOK, Or. "Television coverage of the Israeli Supreme Court 1968-1992: the persistance of the mythical image". *Israeli Law Review* v. 42, n. 2, 2009, pp. 310-316.

Corte. Confere a tais indivíduos a prerrogativa de assistir a cada um dos argumentos apresentados nas sustentações orais, ao relatório e aos votos proferidos pelos ministros, tornando-os imediatamente responsivos a qualquer julgamento, especialmente aqueles dotados de maior relevância. Esse novo paradigma permite aos cidadãos acesso aos materiais do Tribunal em "estado bruto", sem os filtros de valor e as contextualizações realizadas pela mídia convencional. Assim, o televisionamento provê as condições mínimas para a proclamação da "independência reflexiva" do cidadão comum a respeito da ordem constitucional em que vive, dando a ele a oportunidade de formular suas próprias visões sobre a Constituição e as instituições responsáveis pela sua aplicação.

6.5.2. Mídia convencional e discurso constitucional: limites e possibilidades

No Brasil, assim como na maior parte do mundo, o acesso à jurisdição, como regra geral, somente pode ser realizado por intermédio de um advogado[422]. A justificativa mais comum para tal restrição é o uso efetivo da linguagem técnica atribuída aos juristas. O cidadão comum é tido como incapaz de compreender as decisões judiciais e verter as pretensões que formula em termos técnicos. Falta-lhe educação jurídica para que compareça ao Poder Judiciário com proficiência, afirma o discurso tradicional. Quanto às decisões que afetam o grande público, como normalmente são as proferidas em jurisdição constitucional, a responsabilidade por traduzi-las recai sobre a imprensa[423], que normalmente o faz por meio de profissionais especializados em assuntos jurídicos. Há extenso debate sobre o papel dos meios de comunicação e dos advogados na intermediação entre a compreensão pública e as decisões dos tribunais[424]. É exatamente esse paradigma tradicional que a transmissão pública de julgamentos coloca em xeque.

---

[422] Os casos em que se reconhece capacidade postulatória universal, no direito brasileiro, compreendem o habeas corpus, as reclamações trabalhistas e as ações sujeitas ao rito da Lei n° 9.099/95, desde que limitadas a vinte salários mínimos.

[423] COHN, Marjorie; DOW, David. *Cameras in the Courtroom: Television and the Pursuit of Justice*, ob. cit., p. 41: "No caso do tribunal não poder acomodar todos os membros 'do público', a mídia é normalmente considerada 'substituta' dele. A Suprema Corte dos EUA afirma que a mídia faz jus a uma proteção mais forte pela primeira e'menda do que membros individuais da coletividade quando está agindo como os 'olhos e ouvidos do público'".

[424] GREENHOUSE, Linda. "Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", ob. cit., pp. 1537-1561. SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word*, ob. cit., pp. 8-35. SLOTNICK, Elliot E.; SEGAL, Jennifer A. *Television News and the Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Para a discussão no Brasil, v. MACCALÓZ,

Contudo, seria ingênuo crer que o televisionamento de tribunais judiciários e, em especial, de cortes constitucionais, poderia retirar das mídias tradicionais – em especial da televisão aberta – o protagonismo na difusão de informação, ainda que seja apenas sobre a pauta de disputas constitucionais. Essa constatação é ainda mais forte na realidade brasileira, em que os graus de penetração da *internet* e da TV Justiça (que não está disponível na televisão aberta, mas somente no canal a cabo) são baixos se comparados ao uso da mídia convencional, em especial da televisão, como veículo de informação pessoal. Isso significa dizer que a mídia ainda tem – e continuará tendo por longo tempo – um papel decisivo na divulgação das decisões judiciais, em especial das cortes constitucionais, e na explicitação de seu conteúdo para o público leigo[425].

A mídia possui quatro funções essenciais nas sociedades contemporâneas, segundo propõe Amartya Sen[426]. A primeira é contribuir diretamente para a *qualidade de vida* das pessoas. O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe o acesso à informação, sendo certo que uma mídia livre e saudável – para usar as expressões do autor – contribui para a redução dos custos e produz ganhos para toda a sociedade. O segundo papel da mídia é permitir a *análise crítica*. Nesse sentido, a mídia tem um papel decisivo na saúde da democracia, pois é a partir das informações produzidas pelo jornalismo que as pessoas poderão julgar a qualidade do governo. O terceiro papel é *protetivo*. A mídia expõe publicamente a miséria humana, da qual os governantes normalmente estão a uma segura distância, impedindo que ela se transforme em omissão. O quarto papel é *formativo de valores*. É um erro acreditar que as preferências individuais se configuram independentemente do espaço público. Pelo contrário: o uso do discurso permite que as pessoas formem e transformem suas ideias.

Salete. *O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*, ob. cit., pp. 1-54. FALCÃO, Joaquim. "A notícia que virou fato: a imprensa em questão". *Monitor Público* n. 6, ano 2, 1995.

[425] MELLO, Patrícia Perrone Campos, "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 142: "E a *mídia* constitui um poderosíssimo intermediário entre os magistrados e seus demais grupos de identificação. As pessoas sabem muito pouco sobre um juiz e seu trabalho. A opinião delas a tal respeito baseia-se nas informações e avaliações recebidas de jornais, de revistas e de noticiários de TV".

[426] SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 369-370.

Portanto, a mídia convencional continuará realizando essas quatro funções, fazendo-o em conjunto com as potencialidades trazidas pela TV Justiça. Ela seguirá como (i) um importante instrumento de controle dos limites institucionais do próprio STF, denunciando os momentos em que o tribunal exercer poderes para além do seu mandato constitucional, e (ii) fornecendo instrumentos para que os indivíduos comuns possam compreender e criticar as decisões provenientes dos órgãos responsáveis pela interpretação constitucional. Não há dúvidas que os comentários e análises produzidos por especialistas ainda terão um papel importante na formação de opiniões no espaço público.

É importante salientar que compreender o que se passa em um tribunal constitucional é tarefa complexa. Às vezes, profissionais experimentados não são capazes de perceber a importância de um novo precedente ou superdimensionam uma afirmação proveniente do tribunal, que posteriormente se releva trivial[427]. Os custos da radiodifusão de notícias são elevadíssimos e, por isso mesmo, o poder de síntese dos jornalistas é testado a cada novo precedente. O esforço de simplificação pode passar mensagens equivocadas ao grande público. Assim, a diversificação das fontes de consulta pode ajudar a superar esses "erros culposos" dos quais padece a mídia especializada. Por outro lado, não há neutralidade absoluta nas narrativas feitas a respeito do trabalho da Corte[428]. Como registra Linda Greenhouse, "uma batalha feroz está sendo travada no espectro político sobre a estória da Corte – sobre quais ideias vão prevalecer e como a história julgará este período. É uma batalha sobre a percepção pública e sobre a realidade, e o jornalismo sobre a Corte é muito importante para os combatentes"[429].

---

[427] CHEMERINSKY, Erwin. "A failure to communicate". *Brigham Young University Law Review* v. 6, 2012, p. 1705, em que dá exemplos de equívocos da mídia ao noticiar casos julgados pela Suprema Corte. O autor, contudo, imputa tais problemas à dificuldade em se comunicar da própria corte. No experimento da Conferência Judicial, uma das questões perguntadas aos juízes dizia respeito ao conhecimento jurídico dos jornalistas. Metade dos entrevistados (20) afirmou que os profissionais da mídia não são bem informados sobre os procedimentos judiciais, cf. JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings*, ob. cit., p. 27.

[428] SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. The last word, ob. cit., pp. 31-32: "Primeiro, como já mencionado, eles [os jornalistas], junto com editores e produtores, decidem quais casos serão cobertos e quais não serão. (...) Segundo, e igualmente importante, jornalistas escolhem os 'enquadramentos' ou ângulos que serão usados ao reportarem os casos. (...) O problema fundamental para os juízes da Suprema Corte é que eles não conseguem passar suas mensagens à sociedade sem que ela seja alterada pelas lentes dos jornalistas. Neste sentido, os jornalistas têm a última palavra".

[429] GREENHOUSE, Linda. "Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", ob. cit., pp. 1555.

Em síntese, a existência do televisionamento permite que o cidadão comum possa formular juízos a respeito de questões jurídicas sem a intermediação da mídia convencional, mas isso não significa uma sentença de obsolescência para ela. Os meios de comunicação de massa perdem, em alguma medida, o poder de agenda que antes possuíam, em se tratando da política constitucional. Isso não é pouco em um país em que os meios de comunicação estão extremamente concentrados em poucos grupos, como é o caso do Brasil[430]. Todavia, eles seguem ainda com o importante papel de levar aos cidadãos comuns as informações provenientes do sistema jurídico.

6.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

Neste capítulo foram defendidas três ideais centrais. *Primeiro*, que a TV Justiça teria provocado uma modificação na percepção dos juízes quanto ao auditório relevante de suas decisões e reputações. A inclusão do espectador no grupo de destinatários das decisões do tribunal teria tornado relevante a *dimensão social* dos votos proferidos pelos Ministros. Se os marcos teóricos escolhidos estiverem corretos, então essa mudança é determinante na produção do tribunal. *Segundo*, a dimensão social tem se manifestado, de modo saliente, na função pedagógica, no uso de argumentos extrajurídicos nas fundamentações e, finalmente, na importância que os Ministros têm conferido à opinião pública. *Terceiro*, a existência do televisionamento permite que cidadão e tribunal se engajem em diálogo direto, sem intermediação da mídia tradicional, como ocorria no passado.

O uso de tecnologias associado à transmissão de julgamentos permite às cortes constitucionais que construam suas próprias narrativas, funcionando como um mecanismo de *by-pass* relativamente à mídia tradicional. Por outro lado, cidadãos comuns passam a ter acesso aos materiais em estado bruto, liberando-os para que façam suas interpretações de maneira *não-mediada*. Essa combinação é absolutamente nova em termos de

[430] A mídia é perigosamente concentrada no Brasil, o que certamente prejudica os efeitos epistêmicos da democracia. Cf. ANDERSON, Elizabeth. "The epistemology of democracy". *Episteme: a jornal of social epistemology*, v. 3, n. 1-2, 2006, p. 15. SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralism – perspectivas de regulação.* São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 149-152. Afirma o autor: "O alto grau de concentricão dificulta a entrada de novas empresas, estilos e conteúdos no mercado e acaba por padronizar o noticiário das diferentes emissoras e jornais, dificultando a comparação das mensagens produzidas por diferentes meios de comunicação. Aumenta-se, assim, o custo para que a população possa verificar, por si só, a credibilidade de determinada mensagem e da própria entidade de comunicação".

jurisdição constitucional: daí a importância da experimentação ocorrida no Brasil na última década. Por outro lado, isso não significa que a mídia não terá mais papel a desempenhar. A cobertura do Poder Judiciário é um ramo especializado do jornalismo que ainda é absolutamente necessário à população.

Parte III

EM DEFESA DO TELEVISIONAMENTO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Capítulo 7

O ARGUMENTO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 7.1. INTRODUÇÃO. 7.2. O ENIGMA DA PERMANÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES. 7.2.1. O valor da estabilidade constitucional. 7.2.2. A estabilidade constitucional na perspectiva comparada. 7.2.3. O *insight* da lealdade constitucional. 7.3. EXPOSIÇÃO PÚBLICA E LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. 7.3.1. A teoria do viés da positividade. 7.3.2. Suporte difuso e função contramajoritária das cortes constitucionais. 7.4. TELEVISIONAMENTO, LEGITIMIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 7.4.1. O Supremo Tribunal Federal e o apoio popular. 7.4.2. O Supremo Tribunal Federal contra as maiorias. 7.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

7.1. INTRODUÇÃO

Sem o apoio das mentes e corações da sociedade, a jurisdição constitucional não pode ser bem-sucedida em sua missão: eis um daqueles consensos teóricos raramente observados em uma ciência social. Esta é a intuição central que subjaz aos difundidos trabalhos de Konrad Hesse e Pablo Lucas Verdú, e que serve de ponto de partida à reflexão proposta no presente capítulo. Os estudos empíricos sobre estabilidade das constituições igualmente corroboram essa conclusão: **uma ordem constitucional que pretenda ser duradoura depende da aquiescência pública**. Assim, no primeiro tópico, discute-se a importância da *lealdade* do público como condição de possibilidade do funcionamento regular das instituições e, em específico, de realização da justiça constitucional.

O segundo tópico dedica-se a apreciar os meios disponíveis para promover a lealdade às instituições. Enfrenta, em especial, os riscos associados ao televisionamento de julgamentos. Como mencionado no capítulo inicial da tese, uma das objeções à transmissão consiste em afirmar que a exposição excessiva dos tribunais ao público poderia enfraquecer o respeito coletivo pela jurisdição, minando as bases de aquiescência necessárias ao seu funcionamento. Esse é o tema específico da teoria do viés da positividade (*theory of positivity bias*, no original), cuja proposição central consiste na ideia de que a exposição das instituições judiciais à sociedade incrementa (e não diminui) o respeito que as pessoas têm por ela. Embora a teoria esteja alicerçada em pesquisas empíricas realizadas nos Estados Unidos, há motivos para crer que os mesmos efeitos poderiam ser esperados na realidade brasileira.

Outra potencial objeção ao televisionamento diz respeito à função protetiva dos direitos fundamentais exercida pelas cortes constitucionais. A questão que fica é se a exposição pública dos juízes não poderia torná-las menos propensas a realizar essa missão de maneira efetiva, já que mais expostas às maiorias. Afinal, como visto no capítulo anterior, a expansão do auditório dos juízes constitucionais tem inequívocos efeitos sobre o comportamento deles. Neste ponto, a resposta será fornecida por meio da ideia complexa de *capital institucional*. Eis a tese, colocada de modo direto: se a premissa decorrente da *theory of positivity bias* estiver correta, a publicidade permitirá à corte acumular *mais* capital institucional, que poderá ser empregado para sustentá-la em momentos delicados de atuação contramajoritária.

A conclusão do capítulo é, então, contraintuitiva: espera-se que uma corte sujeita à exposição pública constante, como a promovida pelo televisionamento, esteja mais capacitada para exercer o papel de defesa dos direitos fundamentais e dos pressupostos da ordem democrática que outras, não sujeitas aos mesmos mecanismos de publicidade. Há bons indícios de que este é o caso do Supremo Tribunal Federal, que promoveu uma pequena revolução na ordem pública brasileira em apenas uma década de atuação.

7.2. O ENIGMA DA PERMANÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES

7.2.1. O valor da estabilidade constitucional

No campo do direito constitucional comparado, muito se discute a respeito das condições de permanência dos textos constitucionais[431]. Diz o conhecimento convencional que as constituições foram feitas para viger indeterminadamente[432]. A mudança

[431] V. ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila (org.). *Social and political foundations of constitutions.* New York: Cambridge University Press, 2013. GINSBURG, Tom. "Constitutional endurance". In: _____. DIXON, Rosalind (org.). *Comparative constitucional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, pp. 112-128. LUTZ, Donald S. *Principles of constitiutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

[432] É conhecida a posição de Thomas Jefferson, que propunha a edição de uma nova constituição a cada dezenove anos, para evitar que os mortos governassem os vivos. Cf. *The essential Jefferson*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2006, p. 244.

da ordem constitucional seria, portanto, um sintoma de *fracasso institucional*[433]. Estamos mal nesse quesito. Enquanto os Estados Unidos da América, paradigma de sucesso constitucional, podem contar com uma constituição com vigência ininterrupta por mais de dois séculos, tendo sofrido pouquíssimas alterações ao longo desse período, muitos países de América Latina já ultrapassam o saldo de dez constituições. São exemplos do fenômeno a República Dominicana, Venezuela, Haiti, Equador e Bolívia. Registre-se, ainda, aqueles que vivem sob o regime de constante reforma do texto constitucional, como é o caso do Brasil. O *reformismo crônico* foi criativamente denominado *wikiconstitucionalismo* por Daniel Lansberg-Rodriguez[434].

Há duas perguntas relevantes a ser feitas neste contexto. A primeira diz respeito ao valor social da estabilidade constitucional. É possível que, após alguma reflexão, a conclusão seja que trocar de constituição sempre que as circunstâncias o exigirem é a melhor estratégia a ser adotada por dada sociedade. No fundo, pode ser que a defesa aguda da permanência constitucional seja mero fetichismo de professores de Direito. Pode ser, por outro lado, que existam razões substanciais em defesa daquela posição. Parece necessário fincar posição neste debate antes de partir para outras discussões. A segunda questão, sucessiva, é relativa às condições institucionais e culturais que servem à permanência das constituições. Se o ideal de estabilidade constitucional é valioso, então será relevante e oportuno discutir as maneiras de promovê-lo.

---

[433] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55: "O que importa principalmente em uma Constituição, assinala Seabra Fagundes, não é que se resuma ela em um texto breve. O que se deve aspirar é que ela atenda, no seu bojo, às várias relações ou situações que, segundo as condições político-sociais do país, mereçam ser disciplinadas com exatidão e de modo a perdurarem no tempo, para que os poderes do Estado não as possam desconhecer, ferir ou deturpar". HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, 2009, p. 22: "Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição". V. ainda a severa crítica de Daniel Sarmento à banalização das constituições, o que levaria ao comprometimento de sua capacidade de "deitar raízes mais profundas nos corações e mentes dos cidadãos". ("Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda". In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 187).

[434] LANSBERG-RODRIGUEZ, Daniel. "Wiki-constitucionalism". *New Republic*: s/d. Disponível em: http://bit.ly/1gG53Sw: "Esse fenômeno eu chamo de "Wiki-constitucionalismo". Na América Latina, as constituições são modificadas com grande frequência e facilidade incomum (embora não por meio de uma plataforma aberta colaborativa), como se elas fossem páginas da Wikipedia".

Pois bem. Embora tenham sido ignoradas por cerca de dois milênios, nos últimos duzentos anos as constituições se tornaram instrumentos imprescindíveis às sociedades. De excentricidade norte-americana, as constituições, tal como hoje as concebemos, constituem uma tecnologia social exportada para os cinco continentes na terra – possivelmente o produto de maior sucesso da globalização[435] –, e estão dentro daqueles atributos básicos que fazem um Estado ser reputado civilizado[436]. O que fez (e faz) as constituições terem esse *status*? Para responder a essa pergunta, é preciso olhar para as funções atribuídas às constituições.

Carlos Santiago Nino afirma existir grande incerteza quanto ao conteúdo do constitucionalismo, mas que, no mínimo, ele significa a existência de certas regras disciplinando a *organização do poder político, a relação entre o Estado e a sociedade civil* e, ainda, *limites à atividade legislativa ordinária*[437]. Assim, de modo mais amplo, é possível dizer que as constituições impõem limitações ao exercício bruto do poder. Essa é a sua função essencial. Nas últimas cinco décadas, o constitucionalismo tem sido identificado como um ideal de governo moderado, em que são equilibradas as demandas sociais por um governo democrático – com suas reivindicações de acessibilidade aos cargos públicos, rotatividade e responsabilidade política dos agentes eleitos – e a proteção dos direitos fundamentais. Esses valores são promovidos por meio de arranjos institucionais que envolvem a separação das funções estatais em diversos órgãos dotados de relativa autonomia, os quais exercem controles recíprocos, sendo um deles incumbido de guardar a própria

---

[435] V. KENNEDY, Duncan. "Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000". In: TRUBEK, David M. SANTOS, Alvaro (ed.). *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

[436] Para uma análise sobre o uso estratégico das constituições em regimes não democráticos, v. TUSHNET, Mark. "Authoritarian constitutionalism". *Cornell Law Review* v. 100, pp. 421-461. O mesmo tipo de análise, com enfoque no uso das instituições judiciais, pode ser encontrado em GINSBURG, Tom. MOUSTAFA, Tamir. *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 4-11.

[437] NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 4. Para mais definições de constitucionalismo, V. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 3-40. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Brasília: Fórum, 2012, p. 67-94. ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*, ob. cit., pp. 36-65. GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila (org). *Social and political foundations of constitutions*, ob. cit., pp. 11-48, em especial p. 13 (introdução).

constituição[438]. Por seu turno, a constituição é colocada fora do jogo político ordinário, só podendo ser alterada com a concordância de maiorias qualificadas.

É certo que a forma organizacional dos sistemas constitucionais varia no espaço e no tempo, mas os resultados que proporcionaram às sociedades que os adotaram, em termos de *prosperidade econômica*, *estabilidade política* e *proteção dos direitos humanos*, são incomparavelmente superiores ao saldo dos regimes autoritários e totalitários que ainda subsistem e subsistiram no globo[439]. Em síntese, é a propensão das constituições para gerar governos efetivos e estáveis que lhes dá a credibilidade que hoje ostentam na esfera internacional.

Assim, se o constitucionalismo é um ideal desejável em razão dos ganhos que pode proporcionar a um povo, também é certo que boa parte dessas promessas depende de certo grau de estabilidade das próprias constituições[440]. Isto ocorre porque a troca de constituições é um fato político de grande significância: ela abre a oportunidade para a rediscussão integral das bases do pacto político, cenário em que a violência é sempre uma alternativa aberta aos grupos insatisfeitos com o sistema[441]. Em tais cenários, arranjos alternativos ao constitucionalismo liberal podem também abrir-se como opções politicamente viáveis, colocando em risco a própria democracia. Temas socialmente divisivos que estavam pacificados podem voltar à discussão, trazendo consigo o risco de deflagração da violência. Além desses riscos políticos, a estabilidade constitucional é importante para a segurança

---

[438] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade das leis*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 469: "É fácil ver, pois, que nos modelos não dotados de um sistema especial de controle de constitucionalidade, eventuais conflitos de índole constitucional resolvem-se pela interpretação da maioria, o que pode acabar por eliminar a possibilidade de qualquer consenso entre as forças políticas". V., ainda, ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers". *Harvard Law Review* v. 113, n. 3, 2000, pp. 633-729.

[439] HALPERIN, Morton; SIEGLE, Joseph T.; WEINSTEIN, Michael M. *The democracy advantage: how democracies promote prosperity and Peace*. New York: Routledge, 2005. Na referida obra, os autores compararam a evolução econômica de países autoritários e democráticos no período compreendido entre 1960 e 2000, concluindo que as democracias são mais capazes de promover o desenvolvimento econômico (p. 31). Sobre a relação entre democracia e direitos humanos, v. SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1999, pp. 148-159.

[440] V. HARDIN, Russel. "Why a constitution?". In: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila (org.). *Social and political foundations of constitutions.* New York: Cambridge University Press, 2013, p. 66, desenvolvendo o argumento de que as constituições são instrumentos de coordenação social.

[441] ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*, ob. cit., p. 67. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (Estudos sobre a Constituição).* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 67.

jurídica: é uma das finalidades do próprio sistema jurídico, pois se supõe que as pessoas não poderão desenvolver suas vidas e negócios sem um marco jurídico previsível e consistente[442].

7.2.2. A estabilidade constitucional na perspectiva comparada

Segundo defendem Elkins, Ginsburg e Melton[443], baseados em estudos empíricos resultantes do *Comparative Constitutions Project*[444], a longevidade das constituições está associada a três fatores estruturais: inclusão, flexibilidade e especificidade. Na visão dos mencionados autores, a constituição é fruto de um processo de negociação e barganha entre grupos sociais. Na sua origem, o processo constituinte é problemático por duas razões: (i) todas as partes lidam com resultados incertos, afinal elas vão precisar confiar em um terceiro para assegurar a observância do acordo (normalmente cortes constitucionais), e (ii) há assimetria de informações entre os grupos que negociam. No curso da vivência constitucional, os mesmos grupos ponderam constantemente os custos e benefícios atrelados ao rompimento da ordem constitucional vigente[445]. Os fatores estruturais acima listados interagem diretamente com os custos e benefícios atrelados à ruptura.

Nessa linha, os autores defendem, em primeiro lugar, que textos constitucionais excessivamente detalhistas e longos tendem a ser mais duradouros. Eles reconhecem que essa sugestão é contraintuitiva e que o "quase consenso" no direito constitucional norte-americano vai em sentido oposto[446]. Segundo o entendimento

---

[442] V. FINNIS, John. *Natural law & natural rights*. 2ª. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 231-290. RAZ, Joseph. *The authority of the law*, ob. cit., p. 215.

[443] ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*, ob. cit., pp. 65- 92.

[444] Disponível em: bit.ly/1nUVfaR. Acesso em 8 fev. 2016. O projeto é dirigido pelos autores citados e envolve a catalogação e análise de todos os textos constitucionais, escritos e históricos, editados desde 1789.

[445] HARDIN, Russel. "Why a constitution?", ob. cit., p. 61: "Estabelecer uma constituição é um ato massivo de coordenação que, se for estável por algum tempo, cria uma convenção que depende, para sua manutenção, dos incentivos e expectativas que gera".

[446] V. BEARD, Charles A. "The living constitution". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 185, The Constitution in the 20th Century, 1936, p. 34: "A flexibilidade de muitas das previsões constitucionais não deve ser entendida como um elemento de instabilidade em nosso sistema constitucional, mas sim o oposto". GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. "Deciding not to decide: deferral in constitutional design". *International Journal of Constitutional Law* v. 9, n. 3-4, pp. 636-672, onde são discutidas razões para a produção de textos com cláusulas constitucionais "incompletas". Em especial, elas ajudam a minimizar os custos e riscos atrelados às decisões constituintes.

convencional, quanto maiores e mais detalhistas são as constituições, maior é o risco de descompasso entre elas e a realidade. Elas seriam mais propensas a gerar impasses, dificultando soluções políticas. Há, ainda, o risco de descrédito público em razão das promessas não realizadas[447]. A estes argumentos, os autores contrapõem que a especificidade força as partes em negociação a apresentarem as informações que possuem, reduzindo os problemas de incerteza, gera incentivos para a defesa da ordem constitucional em razão dos custos investidos no processo de barganha e, por contemplar muitos interesses, faz com que grupos sociais de diferentes matizes defendam o texto constitucional contra os insatisfeitos[448].

Em segundo lugar, as constituições devem possuir algum *grau de flexibilidade*, o que pode ocorrer tanto pela previsão de métodos formais de mudança constitucional, dos quais as emendas são exemplos, como por métodos informais, como a interpretação realizada pelas cortes constitucionais, pela legislação ordinária e práticas governamentais informais de interpretação constitucional. Defender a flexibilidade pode parecer contraditório com o ideal de estabilidade, mas o que se busca aqui é um meio termo[449]: as constituições não devem ser tão flexíveis a ponto de qualquer maioria eventual ter o direito de modificá-las, mas também não devem ter a pretensão da imutabilidade absoluta[450]. Ora, os membros das assembleias constituintes não são dotados de presciência e, portanto, é desejável que prevejam algum espaço para a acomodação de mudanças culturais e novas reivindicações no quadro constitucional vigente[451].

---

[447] V. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 47-74, identificando a inflação jurídica, a insinceridade normativa e a juridicização do fato político como fenômenos relevantes para a frustração constitucional em geral, e a brasileira em particular.

[448] ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*, ob. cit., p. 87: "Uma constituição com um escopo alargado induz mais grupos de interesses, em mais áreas, a prestar atenção à barganha constitucional e monitorar sua operação",

[449] ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*, ob. cit., p. 82: "Para ficar claro, se levada ao extremo, a flexibilidade mina a nossa essencial de constitucionalismo como um conjunto de limites estáveis à política ordinária. Se a constituição é completamente flexível, como em um modelo de soberania parlamentar, ela pode não prover regras duradouras que unam a sociedade. Não obstante, abaixo de algum nível, a flexibilidade fomentará a sobrevivência das constituições; além de certo nível, mais flexibilidade terá consequências imprevisíveis – talvez até o encurtamento dela".

[450] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo***.** São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38.

[451] GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. "Deciding not to decide: deferral in constitutional design", ob. cit., p. 648: "Outra explicação [para a adoção de cláusulas constitucionais abertas ou incompletas] refere-se aos limites das informações disponíveis aos constituintes e o potencial fluxo das incertezas para a otimização de dispositivos constitucionais específicos (...)". Segundo esta lógica, os

Em terceiro lugar, e de modo mais relevante, os processos de criação da constituição, interpretação e aplicação da justiça constitucional *devem envolver as pessoas*. Quanto mais apoio social a constituição possuir, menores serão as chances de ruptura do sistema. "Constituições bem-sucedidas geram aliança daqueles que compõem as gerações sucessivas que não a elas não consentiram inicialmente"[452]. E embora o processo constituinte seja importante, ele é bem menos relevante, para a construção e estabilidade da ordem constitucional, que o processo interpretativo levado a efeito pelas instituições encarregadas de aplicar a constituição. Isso se deve à forma como os textos constitucionais são escritos: as cláusulas constitucionais com potencial impacto de modificação da ordem social são redigidas em termos genéricos, ficando muito dependentes da construção realizada pelas instituições de governo. Na percepção aguçada de Mark Tushnet, basta ver que os comentários às constituições normalmente têm milhares de páginas, sendo as constituições grandes ou pequenas[453].

Como visto, ao lado da especificidade e de razoável flexibilidade, o *caráter inclusivo do processo constitucional* é um fator relevante para a manutenção da constituição. É certo que não há nenhuma matemática aqui: os três elementos dizem pouco sobre o conteúdo material da constituição e as condições culturais têm um peso extraordinário neste cálculo (ponto abordado no capítulo 10). A constituição mais bem redigida do mundo pode fracassar de forma estupenda; assim como constituições resultantes de processos constituintes caóticos podem ser um sucesso[454]. Feita esta ressalva, vale notar que há uma diferença essencial entre os três parâmetros de sucesso mencionados: enquanto a especificidade e a flexibilidade dependem sobremaneira da redação original da

---

constituintes deixariam de tomar decisões definitivas com o intuito de evitar "graves erros" no momento de aplicação do texto constitucional.

[452] ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The endurance of national constitutions*, ob. cit., p. 78.

[453] TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to comparative constitucional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 117. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 2, mencionando a existência de um "segundo texto constitucional", ao lado do texto oficial.

[454] A Constituição brasileira de 1946 é considerada por muitos de excelente técnica legislativa, mas fracassou em seus propósitos. As constituições do Japão e da Alemanha editadas, respectivamente, em 1947 e 1949, tiveram a influência das potências ocupantes, e se revelaram casos de extremo sucesso. V. BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil.* OAB editora, 2008. MORRIS, Caroline; BOSTON, Jonathan; BUTLER, Petra. *Reconstituting the constitution.* Springer, 2011, p. 79.

constituição[455], *o elemento inclusivo é sempre um projeto em andamento*. Uma constituição imposta por potências estrangeiras ou criada por ditadores pode ganhar apoio popular e se tornar um símbolo nacional[456]. Em suma, a salvação sempre é possível e ela vem pela lealdade do público. É sobre este ponto que se discorre a seguir.

7.2.3. O *insight* da lealdade constitucional

A ideia de *lealdade constitucional* tem nos trabalhos de Konrad Hesse e Pablo Lucas Verdú a sua expressão mais difundida. O primeiro defende a vontade de constituição – *Wille zur Verfassung* – como condição de possibilidade de uma ordem constitucional; o segundo defende o *sentimento constitucional* com o mesmo propósito. O *insight* consiste em afirmar que uma ordem constitucional depende de certo grau de aquiescência popular para que possa subsistir ao longo do tempo.

Konrad Hesse explica que: "(…) a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às *forças espontâneas* e às *tendências dominantes do seu tempo*, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida"[457]. Sem o apoio social e sem âncora na realidade, além da probabilidade de serem ignoradas, as Constituições podem produzir algo pior, que é a instabilidade social. Sobre este ponto, Pablo Lucas Verdú afirma: "Uma consciência constitucional insuficiente produz, pouco a pouco, doença social e incrementa a neurose política"[458]. Assim é que, de acordo com Hesse, "de todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente

---

[455] Os meios informais de alteração da constituição podem contribuir na atualização do texto constitucional sem que haja necessidade de aprovação de emendas. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*; São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57

[456] A Islândia, por exemplo, adotou uma constituição em 1874, ainda sob o domínio da Dinamarca, que restou mantida após a independência do país, ocorrida em 1944. O fenômeno foi denominado de "preguiça constitucional". V. MEUWESE, Anne. "Popular constitution-making: the case of Iceland". In: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila (org.). *Social and political foundations of constitutions.* New York: Cambridge University Press, 2013, p. 473.

[457] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 18, destaque acrescentado.

[458] VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional.* Madrid: REUS, 1985, p. 130. Ele também diz: "A separação entre a constituição e a realidade não apenas implica um abismo entre normatividade e normalidade, mas também supõe uma internalização deficiente do desenvolvimento constitucional dos cidadãos, de modo que ela pode ameaçar o Estado em seu processo vital (Smend)".

por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente"[459]. Verdú aponta a mesma necessidade afirmando, "nós temos insistido na importante função desempenhada pelo sentimento constitucional como um elemento de *expressão emocional*, sem descartar sua racionalidade adjacente, na adesão ao desenho constitucional e aos direitos humanos"[460].

As ideias defendidas por Verdú e Hesse – o sentimento constitucional e a vontade de Constituição – são *insights* a respeito da *lealdade constitucional*. Os destinatários da justiça constitucional precisam concordar, em primeiro grau, a respeito de sua existência. A concordância com as decisões individuais da Corte não se confunde com o apoio difuso à própria existência dela e da justiça constitucional. De todo modo, parece certo que a interpretação da Constituição precisa refletir, em alguma medida, a vontade do povo. Não há fórmula predeterminada que possa exprimir o ponto de equilíbrio entre privilegiar maiorias e minorias na justiça constitucional. É certo que o significado da Constituição, tal como construído pela Corte, não deve e não pode ser objeto de total aquiescência popular, durante todo o tempo, exigência que transformaria tanto a jurisdição constitucional quanto o constitucionalismo em práticas inúteis e irrealizáveis. Todavia, ela deve, no mínimo, considerar as visões públicas sobre o que requer a justiça constitucional. Se os juízes constitucionais acreditam que o público está equivocado, eles devem considerá-lo e dizê-lo de modo explícito, preferencialmente em linguagem acessível à sociedade.

A importância da participação pública como requisito de legitimação da jurisdição constitucional é um ponto que vem sendo sublinhado tanto pela doutrina[461] como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[462]. Observe-se que a correlação entre legitimidade e participação é um dado com grande significância para a teoria do Direito. Se a

---

[459] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, ob. cit., p. 21.

[460] VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*, ob. cit., p. 163, destaque acrescentado.

[461] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, ob. cit., p. 88. V. também CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais – Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.* Editora Forense, 2010. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização.* Editora Renovar, 2014. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit.. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2008. O emprego de mecanismos de coerção para assegurar a observância do ordenamento jurídico só é viável até certa medida, eis que o aparelho de detecção e aplicação de punições possui custos econômicos. O ponto foi mencionado no capítulo 1.

[462] V. STF, ADPF 187, *DJ*e 28 mai. 2014, rel. Min. Celso de Mello; STF, ADI 3460, *DJ*e 11 mar. 2015, rel. Min. Teori Zavascki.

premissa for correta, ela fornece um diagnóstico importante, a saber: *modelos de adjudicação constitucional excessivamente insulados da opinião pública e da sociedade padecem do risco de serem politicamente superados ou socialmente ignorados, comprometendo assim a função que deve ser desempenhada pelas constituições*. O ponto seguinte lida exatamente com a necessidade de abrir as portas da corte ao público e como isso pode influenciar na consolidação da lealdade constitucional.

7.3. EXPOSIÇÃO PÚBLICA E LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

Do que se vem de expor percebe-se que acadêmicos e cientistas políticos têm enfaticamente apontado a necessidade de apoio às instituições judiciais para que elas possam funcionar regularmente. Cass Sunstein, por exemplo, argumenta que "faltando tanto a legitimidade eleitoral como a força policial, juízes são altamente dependentes da aceitação pública de sua autoridade" [463]. Alexander Hamilton, em *O Federalista* n° 78, em passagem célebre, afirmou que o Poder Judiciário não é dotado da força bruta, representada metaforicamente na *espada*, como o Executivo, ou do dinheiro público, representado na *bolsa*, como o Legislativo. Logo, o poder dos juízes está depositado, em última instância, na persuasão racional dos outros poderes e do público sobre sua correção, necessidade e utilidade[464]. Se isso é verdade para os juízes exercendo funções ordinárias, com maior razão para os que exercem a missão de interpretar a Constituição.

Além disso, em um Estado de Direito, o exercício de poder político requer justificação. Os poderes eleitoralmente responsáveis são capazes de se ligar à vontade

---

[463] SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 153. GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations: positivity theory and the judgments of the american people*. Princeton: Princeton University Press, edição *kindle*, 2009, p. 130: "De fato, talvez não seja hiperbólico afirmar que o conceito de legitimidade se tornou uma das bases mais importantes das teorias contemporâneas sobre estabilidade e eficácia".

[464] HAMILTON, Alexandre. MADISON, James. JAY, John. *O federalista*. Trad, Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, p. 470: "Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem *força* nem *poderio*, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos".

popular por meio do voto. Essa linha de justificação racional para o uso da força pelo aparelho estatal, todavia, não está imediatamente disponível ao Poder Judiciário. Dado que a interpretação constitucional é uma tarefa que envolve um misto de exercício político e jurídico[465], cortes constitucionais se encontram em uma posição institucional delicada. De um lado, elas estão encarregadas de proteger a Constituição contra os ataques advindos das maiorias eventuais. Todavia, se usarem seus poderes de maneira excessiva, elas enfrentam o risco real de serem fechadas, "empacotadas" ou simplesmente ignoradas.

A concordância geral quanto à necessidade de aquiescência popular (*i.e.*, legitimidade), contudo, não se reflete em um segundo nível, que envolve os *meios concretos* para a sua promoção[466]. Para comprovar o ponto, basta constatar que a esmagadora maioria dos tribunais constitucionais no mundo segue utilizando o mesmo instrumento de comunicação com o público que empregava há duzentos anos: os votos escritos publicados em veículos oficiais. A aproximação entre as pessoas comuns e as instâncias responsáveis pela interpretação constitucional não se tornou um programa político universal, embora esse pareça ser o caminho adequado a ser seguido, como conclusão decorrente dos *insights* e estudos empíricos envolvendo lealdade constitucional. Pelo contrário, há pelos menos duas narrativas razoavelmente difundidas que buscam justificar o insulamento das cortes em relação ao público.

A primeira funda-se na alegação de que *o público em geral é profundamente ignorante sobre o funcionamento da justiça constitucional*[467], de modo que

---

[465] A indeterminação é um fenômeno inerente ao direito, como já proclamava, acertadamente, Hans Kelsen: "Esta determinação nunca é, porém, completa. 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". (*Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 388). Como estão expressas na constituição as decisões fundamentais de uma sociedade, é natural que as cortes constitucionais tomem decisões de caráter político, tendo em vista o caráter criativo do direito. V., ainda, MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª. Ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[466] McELROY, Lisa T. "Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis", ob. cit., p. 1989: "por meio de seus rituais, sua presença física, seus procedimentos, suas declarações públicas, a Corte passa a mensagem que os americanos médios não são centrais ao seu funcionamento". GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations,* ob. cit., pos. 322: "alguma porção de ignorância pública sobre os tribunais é certamente função direta das decisões tomadas pelos tribunais que inibem a fluência de informação política relevante sobre juízes e cortes (...)"

[467] Parece ser esta a opinião do *Justice* Antonin Scalia, conforme passagens apresentadas na introdução. Sobre o ponto, é importante a observação de Arthur Lupia, segundo o qual quem quer afirmar que o público é ignorante deve, antes, apresentar uma teoria normativa convincente sobre o

ele não deveria participar ativamente dela (*e.g.*, seja no processo de indicação de novos juízes; seja na interpretação constitucional propriamente dita; ou sequer assistindo aos julgamentos pela televisão). Note-se que o argumento, em sua melhor formulação, não é contrário à participação popular *em si*, mas pressupõe que as pessoas deveriam ser previamente instruídas para que possam fazê-lo de maneira construtiva[468]. Vale dizer, desde logo, que o tipo de conhecimento exigido para a produção de decisões vinculantes à coletividade não deveria ser reservado a poucos iniciados. Quanto ao valor epistêmico da participação popular na jurisdição constitucional, este tema será discutido no próximo capítulo, razão pela qual, por ora, essa objeção ficará sem resposta.

O segundo argumento é mais grave e envolve os riscos que a participação popular pode trazer à função institucional dos tribunais constitucionais nas democracias[469]. Como as cortes constitucionais estão encarregadas de proteger a constituição e os direitos dela decorrentes – inclusive em favor das minorias –, a pressão majoritária poderia impedir o desempenho adequado desta missão. Cuida-se, assim, de defender o insulamento das cortes constitucionais como medida profilática à preservação das funções essenciais do próprio constitucionalismo. Este é um raciocínio normalmente apresentado por aqueles que são contrários à transmissão de julgamentos, em particular por tribunais

---

conhecimento mínimo a respeito das instituições políticas ("How elitism undermines the study of voter competence". *Critical Review* n. 18, n. 1-3, 2006, pp. 217-218). Naturalmente, tal teoria ainda não foi apresentada.

[468] Na sua melhor luz, o argumento permite sustentar que ampliar a publicidade das cortes não fará qualquer diferença, eis que o público, ignorante, não será capaz de entender o trabalho delas; na sua versão mais extrema, é um argumento contra qualquer tipo de participação popular na jurisdição constitucional. V. GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations: positivity theory and the judgments of the american people*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 130: "Uma conversa com virtualmente qualquer juiz dos Estados Unidos (e, por nossas experiências, todos os juízes na Europa) sobre se os juízes deveriam ser eleitos inevitavelmente evoca a visão de que o povo norte-americano conhece muito pouco sobre juízes, direito e tribunais para ser apto a exercer seus deveres democráticos como eleitores. Prova é quase sempre apresentada para documental os níveis deploráveis de conhecimento das pessoas comuns sobre questões judiciais e jurídicas, e a conclusão normalmente extraída é de que o sistema jurídico deve ser mais insulado desta ignorância".

[469] VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, desenvolve, de modo original, a ideia de que o constitucionalismo pode ser empregado como instrumento de gestão de riscos políticos (aplicando, assim, as ideias derivadas da regulação do risco às constituições), o que denomina de "constitucionalismo da precaução" (*precautionary constitutionalism*, na versão original em inglês). Embora o autor não aborde a relação entre tribunais e o público, parece fácil perceber como a ideia pode ser utilizada para defender o insulamento das cortes constitucionais.

constitucionais[470]. Ao contrário do primeiro argumento, este não faz qualquer juízo quanto à capacidade de entendimento do público ou o valor de sua participação para a jurisdição constitucional.

Para responder ao segundo argumento listado acima (o primeiro, como afirmado, será objeto do capítulo 8), será necessário desenvolver dois pontos. O primeiro diz respeito à interação entre legitimidade das cortes constitucionais e exposição pública. Se a reação do público à exposição for negativa (*i.e.*, se ela apresentar uma tendência de redução da confiança pública nos tribunais), então será possível defender as políticas de insulamento a partir da ideia de preservação do sistema. Contudo, se a relação for positiva ou neutra, então tais ideias não podem servir de fundamento válido para manter as câmeras fora dos tribunais. O segundo diz respeito à dinâmica entre legitimidade institucional e função contramajoritária exercida pelas cortes constitucionais. A perspectiva de que as cortes acumulem apoio popular ao seu expor ao público, e que podem dispor dele ao longo do tempo, permite defender a resposta contraintuitiva de que mais publicidade institucional significa reforço ao papel contramajoritário da jurisdição constitucional.

7.3.1. A teoria do viés da positividade

A teoria do viés da positividade (*theory of positivity bias*, no original em inglês ou, simplesmente, *positivity theory*) postula que "qualquer coisa que faça as pessoas prestarem atenção às cortes – inclusive controvérsias – acaba reforçando sua legitimidade instituições por meio da exposição dos símbolos de legitimação associados ao direito e aos

[470] V. MACHADO, Joana Souza. "Luz, câmera, jurisdição: tecnologia de comunicação e o mito da justiça transparente no Brasil", ob. cit., p. 47: "Pois é nessa derradeira conclusão, que o estudo parece assumir a delicada premissa de que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal passa por uma sintonia entre a opinião pública e a opinião do magistrado, aparentemente desconsiderando a importante função contramajoritária que o Poder Judiciário ainda está vocacionado a cumprir. Reside nesse exato ponto o grande perigo de se exercer o poder judicial diante das câmeras, isto é, o perigo da tentação populista, ou seja, de se tentar encarnar o sentimento mais profundo e real do povo, compreendido como uma verdade que se basta, e dispensa os desvios burocráticos da mediação processual". PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias", ob. cit.: "Normalmente pensamos na interferência da mídia a partir da crítica às decisões ou aos eventuais deslizes dos juízes. No entanto, assim como a recriminação, a celebração pela mídia de decisões que consagram certos entendimentos pode interferir na evolução da jurisprudência, ao motivar os julgadores a – consciente ou inconscientemente – reproduzir teses com ampla repercussão positiva nos veículos tradicionais.".

tribunais"[471]. James Gibson e Gregory Caldeira estão particularmente interessados nos impactos dos processos de indicação e confirmação dos novos juízes da Suprema Corte sobre a percepção geral de legitimidade da instituição, eis que estes eventos, nos Estados Unidos, são carregados de litigiosidade. Eles também pretendem contraditar a ideia compartilhada entre autoridades norte-americanas de que as pessoas comuns seriam ignorantes a respeito do funcionamento das instituições judiciárias, tema que não será abordado aqui[472].

A hipótese dos autores para explicar a associação entre grau de confiança e o conhecimento da instituição é a seguinte: ao obter informações sobre o poder judiciário (ativa ou passivamente), o indivíduo acaba exposto aos *símbolos de legitimação* dele provenientes[473]. Estes símbolos consistem tanto na imagem de imparcialidade, busca pela justiça, uso da razão e vinculação exclusivamente ao Direito, como também nos rituais associados ao julgamento (uso de togas, colares, palavras de ordem, etc.)[474]. Segundo os autores, o passo seguinte é a aceitação do "mito da legalidade"[475] – a ideia de que as cortes decidem exclusivamente com base no direito pré-existente, atuando por processos de subsunção. Segundo eles, quanto mais conhecimento as pessoas possuem sobre o funcionamento do judiciário, mais arraigado nelas é o mito da legalidade.

---

[471] GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations*, ob. cit., pos. 125.

[472] GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations*, ob. cit., pos. 121. É precisamente para contraditar essa presunção e analisar empiricamente os efeitos que a exposição do judiciário causa no público que os autores desenvolvem o estudo. Para realizar essa tarefa, eles pesquisam o grau de informações do público durante o processo de indicação do *Justice* Samuel Alito para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Em contraposição aos estudos anteriores, que usavam, de modo predominante, pesquisa do tipo aberto (*open-ended question*), os autores empregam pesquisas do tipo fechado (*i.e.*, com respostas predefinidas). V. HOEKSTRA, Valerie J. *Public reaction to Supreme Court decisions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, sustentando que as pessoas tendem a ter conhecimento das decisões judiciais que afetem seus interesses de modo mais direto.

[473] GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations*, ob. cit., pos. 728.

[474] Para uma discussão sobre semiótica, televisionamento e legitimidade judicial, v. ENTNER, Roberta. "The image of the judiciary: A semiotic analysis of broadcast trials to ascertain its definition of the court system". *Tese de doutorado* (New York University), 1993. Segundo a autora, a maneira como as instituições judiciárias são retratadas na televisão pode contribuir para a construção de ideologias e mitos em torno delas, tendo como resultado a deseducação do público por meio de um processo de acobertamento do que realmente ocorre nas salas de justiça.

[475] Em trabalho acadêmico posterior, os autores analisam se o *realismo jurídico*, ao opor-se à visão mecânica da jurisdição, teria causado danos à legitimidade da Suprema Corte. A conclusão é negativa. Desde que as pessoas percebam que a "discricionariedade" do juiz é empregada de modo sincero e coerente (*principled and sincere fashion*), a legitimidade da instituição estará assegurada. V. GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. "Has legal realism damaged the legitimacy of the U.S. Supreme Court?". *Law & Society Review*, v. 45, n. 1., 2011, pp. 195-219.

Observe-se que o modo de trabalho do Poder Judiciário contrapõe-se, ao menos em teoria, à lógica das instituições representativas ordinárias, que envolve barganha, confrontação e uso estratégico do discurso político[476]. Gibson e Caldeira registram que as pessoas comuns parecem menos tolerantes à política ordinária, ao passo que a forma de atuar das instituições judiciais é cada vez mais apreciada[477]. **Portanto, há um tipo de publicidade que faz mal às cortes: é aquela que associa a imagem do tribunal à política tradicional; que desfaz, portanto, o mito da legalidade.** Os autores americanos estão preocupados especificamente com o processo de indicação e confirmação de novos juízes para a Suprema Corte. Nos Estados Unidos, é corriqueiro que esses processos se convolem em batalhas ferozes entre democratas e republicanos em torno dos candidatos, e não é incomum que grupos ideológicos comprem tempo de televisão para fazer propaganda contra o nomeado. Além disso, essa é a única oportunidade que os norte-americanos comuns têm para assistir aos juízes debatendo publicamente as suas visões, eis que as sessões da Suprema Corte, como registrado antes, são extremamente concorridas, e as gravações são proibidas.

Gibson e Caldeira certamente não tinham em mente o impacto da gravação e/ou transmissão pública de sessões de julgamento ao desenvolver a *positivity theory*. Mas há razões para crer que, a depender do modelo de radiodifusão adotado, os símbolos do sistema judicial serão reforçados e não enfraquecidos. Um modelo baseado na iniciativa privada possui riscos porque transfere aos proprietários da mídia tradicional o poder de escolher como a corte será retratada ao público. Por outro lado, um modelo de radiodifusão direta e livre das sessões tende a reforçar esses símbolos, eis que o linguajar, o espaço físico e o procedimento adotado pelos juízes obedecem aos padrões tradicionais do Direito[478]. Em conclusão, os autores afirmam: "por esta perspectiva, o baixo conhecimento dos tribunais é

---

[476] Algumas razões para o desencantamento público com o funcionamento da democracia são aventadas no capítulo 9, ao qual se remete o leitor, por dever de síntese.

[477] A afirmação, feita pelos autores no contexto americano, vale também para as instituições brasileiras, como será demonstrado no próximo tópico. Os índices de rejeição às instituições políticas representativas e, em especial, à classe dos políticos, nunca foi inferior ao das instituições judiciais.

[478] Há exceções, naturalmente. O voto oral do Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI n° 4.650, rel. Min. Luiz Fux, que versava sobre financiamento de campanhas, fixou-se longamente na denúncia ao público de que a corte havia sido capturada por interesses político-partidários, precisamente o tipo de discurso que afeta negativamente a legitimidade do tribunal. De toda sorte, o televisionamento ou não das sessões é indiferente para este caso, eis que o Min. Gilmar Mendes repetiu as mesmas declarações, horas depois, para a rede de televisão *Globonews* (que jamais deixaria de retransmitir, insistentemente, algo do tipo). Note-se, ademais, que a famosa discussão ocorrida entre o Min. Gilmar Mendes e o Min. Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento dos EDcl na ADI n° 2791, a despeito de sua enorme repercussão, não envolveu acusação deste tipo.

politicamente significativo, porquanto ameaça a legitimidade das instituições judiciais"[479]. Essa é uma ideia importantíssima para a defesa da publicidade dos tribunais e, consequentemente, do televisionamento.

7.3.2. Suporte difuso e função contramajoritária das cortes constitucionais

Uma das muitas possíveis definições para a expressão *sistema político* afirma que eles consistem em um conjunto de interações voltadas a distribuir, de maneira impositiva, bens reputados valiosos pela coletividade[480]. A capacidade de um sistema político de processar essas demandas depende de apoio das pessoas tanto à unidade do grupo que dá existência ao sistema – sem o qual há o risco de desagregação, que pode ocasionar guerras de secessão ou emigrações em massa –, como também às regras existentes no sistema para a produção dessas decisões[481]. Sem apoio a estas últimas, o sistema político fica comprometido em sua capacidade de processar as demandas ou implementar suas decisões.

Para fins analíticos, David Easton subdivide o sistema político – objeto de apoio público – em três instituições centrais: a *comunidade política*, o *regime* e as *autoridades*. A primeira refere-se ao vínculo que une um grupo de pessoas a uma mesma unidade política. Portanto, a erosão do apoio à comunidade política levaria à ruptura da própria unidade estatal[482]. A segunda diz respeito ao sistema responsável pelo processamento das demandas e implementação de decisões. Sem suporte coletivo, a ausência de regime leva à anarquia. O *regime*, por seu turno, possui três componentes: *valores*, *normas* e a *estrutura de autoridade*. Os valores representam os consensos mais gerais da comunidade, que não podem ser ultrapassados sem que seja fortemente violado o sentimento comunitário (seriam, portanto, limites últimos aos sistemas políticos). As *normas* especificam os procedimentos que as demandas precisam observar para que as decisões sejam legitimamente tomadas (o autor sugestivamente as denomina de "regras do jogo"). Por fim, a *estrutura de autoridade*

---

[479] GIBSON, James L. e CALDEIRA, Gregory A. "Knowing the Supreme Court? A Reconsideration of Public Ignorance of the High Court", *The Journal of Politics* v. 71, 2, 2009, p. 430.

[480] EEASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Trad. Gilberto Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, pp. 76-89.

[481] EASTON, David. *A system analysis of political life*. New York: John Wiley & Sons, 1965, pp. 153-170.

[482] EASTON, David. *A system analysis of political life*, ob. cit., pp. 171-189.

designa os padrões formais e informais mediante o qual o poder poderá ser distribuído e exercido. O terceiro e último elemento são as *autoridades*, rótulo que designa as pessoas que ocupam os cargos dotados de poder.

A manutenção do apoio público a esses elementos essenciais do sistema político é condição para o seu funcionamento regular. Easton afirma existir um limite mínimo abaixo do qual as instituições políticas, caso não sejam capazes de responder à pressão, correm o risco de dissolução. O autor registra que uma dessas formas de reduzir a pressão é a representação[483]. Se o que está em jogo é a autoridade do tribunal constitucional ou de seus juízes, registre-se, este não é um remédio imediatamente à disposição[484]. Mudanças nas normas e estruturas de autoridade também são opções disponíveis para tentar amenizar os riscos de ruptura. Contudo, segundo Easton, o sistema não pode ficar à mercê das constantes mudanças estruturais para enfrentar a pressão. No longo prazo, é a *crença* de que o sistema produz resultados específicos e satisfatórios para os diversos grupos sociais o que realmente lhe confere estabilidade. Esta crença é denominada por Easton de "reserva de boa vontade" (*reserve of good will*, no original), também denominada *capital institucional* ou *político*.

Para entender a ideia, é importante a diferenciação conceitual entre o apoio específico (*specific support*, no original) e o apoio difuso (*diffuse support*, no original). O apoio específico é fruto da obtenção daquilo que um indivíduo ou grupo social especificamente deseja: "toda vez que o apoio concedido ao sistema puder ser rigorosamente associado a satisfações obtidas por tipos específicos de resultados [do sistema], ele será designado *apoio específico*"[485]. Assim, por exemplo, quando a comunidade negra obtém uma decisão favorável às cotas, o suporte específico dela proveniente é incrementado. Ocorre que, uma vez mais, o sistema não pode depender da produção de resultados favoráveis para todos

---

[483] EASTON, David. *A system analysis of political life*, ob. cit., p. 252: "Como uma possível resposta para clivagens, as estruturas representativas, nas suas muitas formas, operam de modo a habilitar grupos a obter acesso aos centros de autoridade do sistema".

[484] Nada impede, contudo, que a nomeação para a corte contemple os diversos grupos sociais, inclusive recrutando juízes entre pessoas comuns, consoante postula Richard D. Parker (*"Here, the people rule": a constitutional populist manifesto*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 110), de modo a contemplar a representar os diversos *pontos de vista*, cf. PITKIN, Hannah F. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, pp. 92-112. Essa pode ser uma forma de reforçar o pacto social e, assim, produzir ganhos de legitimidade.

[485] EASTON, David. *A system analysis of political life*, ob. cit., p. 268.

os seus membros, durante a maior parte do tempo, para se viabilizar[486]. Por outro lado, o apoio difuso funciona como "uma reserva de atitudes favoráveis ou boa vontade que ajuda os membros a aceitarem tolerar resultados aos quais eles se opõem ou efeitos que eles veem como danosos às suas necessidades"[487]. Cuida-se, assim, de uma decisão de segunda ordem: mesmo quando o sistema não entrega o que desejo enquanto membro de certo grupo social, mantenho o meu apoio às suas instituições.

Autoridades, regime e comunidade política, todos são elementos do sistema político que dependem da *reserva de boa vontade*. O mesmo vale para o tribunal constitucional, guardião das normas elementares do sistema e também componente da estrutura de autoridade do regime[488]. É por este motivo que as cortes constitucionais normalmente apoiam as decisões majoritárias, conforme pioneiramente apontado por Robert Dahl[489], e discutido mais recentemente por Corina Barrett Lain, Robert Pildes e Thamy Progrebinschi, esta última no Brasil[490]. Os tribunais constitucionais placitam políticas majoritárias e decidem em conformidade com a opinião popular na maior parte do tempo, de modo a acumular capital para que possam decidir *contra* as maiorias sem causar rupturas sistêmicas[491]. O capital institucional não é, certamente, uma medida matemática. O seu emprego pelas cortes constitucionais depende de complexidades que variam em cada questão submetida à sua jurisdição.

---

[486] A ideia de que as políticas públicas sempre geram vencedores e perdedores é básica em sua teoria geral. V. HOWLETT, Michael e RAMESH, M. *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 30: "Enquanto o Ótimo de Pareto pode ser alcançado num mercado competitivo (a despeito disto ser controvertido também), é impossível aplicá-lo na arena das políticas públicas porque todas as ações governamentais deixam alguns em situação melhor às expensas de outros".

[487] EASTON, David. *A system analysis of political life*, ob. cit., p. 273.

[488] ROBEIRO, Pedro José de Almeida, "O conceito de capital institucional e suas características". In: SARMENTO, Daniel (org). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 311-348.

[489] DAHL, Robert A. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". *Journal of Public Law* n. 6, 1957, pp. 279-295.

[490] LAIN, Corinna Barrett. "Upside-down Judicial Review". *Georgetown Law Journal* n. 101, 2012-2013, 113. PILDES, Richard H. "Is the Supreme Court a 'majoritarian' institution?". *Supreme Court Review* n. 103, 2010. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? - política, direito e democracia no brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. V., contudo, as críticas de CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. "As dificuldades em se quantificar o qualitativo". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 16, 2014, p. 641-670.

[491] ROBEIRO, Pedro José de Almeida, "O conceito de capital institucional e suas características", ob. cit., pp. 311-348.

Mas o ponto central que se quer chamar atenção aqui é a combinação entre a ideia de capital institucional e a *positivity theory*, que permite formular um argumento claro contra a associação entre publicidade e perda do respeito pelas instituições judiciais ou enfraquecimento da sua função contramajoritária. Como visto acima, ao ampliar o conhecimento sobre a jurisdição constitucional, o televisionamento tende a maximizar a percepção geral de legitimidade que ela ostenta. Traduzindo para o discurso de Easton, o que se tem é simples e puro aumento da "reserva de boa vontade" em favor da corte constitucional. Com mais capital institucional, os juízes constitucionais terão mais segurança para produzir decisões que contrariem os interesses da maioria sem que haja o risco correlato de descumprimento, empacotamento ou fechamento do tribunal. ***Em resumo: uma corte constitucional televisionada tem maior poderio para produzir decisões contramajoritárias do que cortes efetivamente insuladas das maiorias tradicionais.*** Um breve olhar sobre o histórico recente de decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre as pesquisas de confiança sobre a corte, podem ajudar a comprovar o ponto.

7.4. TELEVISIONAMENTO, LEGITIMIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

7.4.1. Supremo Tribunal Federal e suporte popular

A teoria do viés da positividade foi testada no ambiente político norte-americano, mas há razões para crer que também vale no Brasil (ou em qualquer outra sociedade). É certo que a expansão global do poder judicial foi acompanhada de incremento generalizado nos seus índices de confiança em diversos países do mundo, o que pode ser mais um argumento em favor da *positivity theory*[492]. As pesquisas de confiança nas instituições revelam que, longe de minar as bases de legitimidade do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário, a TV Justiça pode ter tido o importante papel de incrementá-las. A análise evolutiva da aprovação pública do Poder Judiciário em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular, dá indícios de que isso pode ter ocorrido no Brasil.

[492] GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*, ob. cit., pos. 286. A afirmação é baseada nos dados fornecidos anualmente pelo *World Justice Project*, disponível em: http://bit.ly/1bEP8ll. Acesso em 8 fev. 2016.

Em termos ideais, a análise acima mencionada poderia ser facilmente realizada mediante o uso de pesquisas de confiança, com a mesma metodologia, ano após ano. Infelizmente, há poucos registros de pesquisas abrangentes de confiança nas instituições nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988, o que dificulta a criação de um parâmetro de comparação. Em 2002, em obra específica sobre o tema, comentando sobre a popularidade do Poder Judiciário, Salete Maccalóz afirmou: "Para estas afirmações existem pesquisas de opinião que, aliadas às matérias jornalísticas (...), e permitem aferir um fato inconteste: o JUDICIÁRIO é uma INSTITUIÇÃO PÚBLICA MUITO DESACREDITADA NO PAÍS"[493]. De fato, a autora cita pesquisa realizada em 1992, que aponta um grau de confiança de apenas 3% nas instituições judiciárias[494]. Mais adiante, a autora registra que a desconfiança no Poder Judiciário atingia o patamar de 73% em 1995, consoante pesquisa realizada pelo *Vox Populi*[495]. Tal situação, de descrédito judicial em termos absolutos e relativos, diagnosticada precisamente em 2002, foi indubitavelmente revertida nos anos seguintes.

O IBOPE oferece o índice de confiança social (ICS), uma pesquisa de como o brasileiro enxerga suas instituições, baseada numa escala de 100 pontos. Embora ela não segregue as instituições judiciárias, avaliando-as sob uma única rubrica, é possível ter uma ideia das mudanças a partir de sua análise, seja em números absolutos, seja a partir da comparação com a performance das demais instituições políticas. De modo geral, o Poder Judiciário obteve aumento na sua avaliação de confiança, passando de 37 pontos em 1999[496] (a pior nota já registrada) para 53 pontos em 2010. Em 2015, a avaliação foi de 46 pontos[497], o que indica aprovação de metade da população brasileira.

---

[493] MACCALÓZ, Salete. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*, ob. cit., p. 12.

[494] MACCALÓZ, Salete. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*, ob. cit., p. 29. A autora não indicou a fonte da pesquisa, tornando impossível checar os critérios que foram empregados por ela.

[495] MACCALÓZ, Salete. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*, ob. cit., p. 31.

[496] "Confiança nas instituições". *IBOPE Opinião*. Disponível em: http://bit.ly/1OwLASi. Acesso: 7 jan. 2016.

[497] "Índice de confiança social – 2015". *IBOPE Inteligência*. Disponível em: http://bit.ly/1PLXGHM. Acesso: 7 jan. 2016.

Em 2012, o mesmo instituto registrou que o povo brasileiro confia mais no Supremo (54 pontos) do que no próprio Poder Judiciário (47 pontos), e substancialmente mais quando comparado ao Congresso Nacional (35 pontos)[498]. Ainda em 2012, o Datafolha também mediu o grau de confiança dos brasileiros nas instituições, incluindo o próprio Supremo. O percentual de confiança no STF foi de 70% (21% confiam "muito", enquanto 49% confiam "pouco" e 29% não confiam). É a segunda instituição mais confiável, atrás somente do Presidente da República, com 82% de confiança total ("muito" com 29% e "pouco" com 53%; 18% não confiam) [499]. Embora 2012 tenha sido um ano atípico de visibilidade do STF, eis que estava ocorrendo o julgamento do caso da Ação Penal nº 470, as duas pesquisas induzem a crença que o STF tem performance melhor que o Poder Judiciário.

Em 2015, em pesquisa realizada pela CNT/MDA, o Poder Judiciário constou como a segunda instituição na qual o brasileiro mais confia atrás, apenas, da Igreja. Houve uma queda na porcentagem entre setembro e outubro de tal ano (de 10,10% para 7,60%, respectivamente), porém a posição se manteve inalterada[500]. Na mesma pesquisa, houve um aumento de 3,7% para aqueles que confiam "sempre" no Judiciário (de 10,50% para 14,20%), queda de 3,3% para "na maioria das vezes" (de 24,4% para 20,10%), queda de 2,20% para "poucas vezes" (de 39,20% para 37%) e aumento de 2,70% para aqueles que na confiam "nunca" na Justiça (de 24,80% para 27,50%).

A Fundação Getúlio Vargas (FGV), por fim, mede o Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil) trimestralmente. Na última medição de confiança, no quarto trimestre de 2014, o Judiciário se encontrava em 4º lugar entre as instituições (com 31%, atrás das Forças Armadas, do Ministério Público e da Polícia, respectivamente)[501]. O índice mais baixo de confiança na justiça foi no primeiro trimestre de 2012, com um percentual de 23%[502]. O ICJBrasil mede também como o brasileiro encara o judiciário, nos quesitos "confiança", "competência", "independência" e "honestidade". A tendência

---

[498] A instituição com maior confiança foi o Corpo de Bombeiros, com 83 pontos. O Supremo Tribunal Federal obteve com 54 pontos, enquanto o Poder Judiciário registrou 47 e o Congresso 35 pontos, em uma escala de 0 a 100. Disponível em: http://bit.ly/20T8url. Acesso: 6 jan. 2016.

[499] "Intenção de voto presidente 2014 - Avaliação das instituições". *Datafolha*, 13 dez. 2012. Disponível em: http://bit.ly/1V0FvOy. Acesso: 6 jan. 2016.

[500] Pesquisa CNT/MDA, rodada 129, outubro de 2015. Disponível em: http://bit.ly/1K9GNq2. Acesso: 6 jan. 2016.

[501] Disponível em: http://bit.ly/1ooqFHj. Acesso: 6 jan. 2016.

[502] Disponível em: http://bit.ly/1QpgCls. Acesso: 6 jan. 2016.

apresentada em todos esses quesitos é a diminuição. Em "confiança", por exemplo, o ápice foi atingido no 4º semestre de 2012 (49%), o mínimo foi 34% no 4º semestre de 2013, encontrando-se em 39% no 4º semestre de 2014. Já em honestidade, a maior porcentagem registrada foi de 35% no 2º trimestre de 2012 e a menor, 23%, no 4º semestre de 2013. No 4º semestre de 2014 era de 30%.

A comparação entre os índices divulgados pela FGV, IBOPE e Datafolha e os registrados por Salete Maccalóz revelam a melhora substancial na confiança pública no Poder Judiciário, tanto em termos absolutos quando em termos relacionais, considerados os demais poderes políticos. O Brasil segue a tendência mundial de incremento da confiança nos juízes, e desconfiança com a política tradicional. Infelizmente, as pesquisas não mediram a confiança específica no Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos (somente foi possível encontrar tal informação em 2012, um ano "fora da curva" em termos de publicidade para o STF). De todo forma, acredita-se que somente o capital institucional acumulado pela corte nos últimos anos teria possibilitado o conjunto paradigmático de decisões que, em apenas oito anos, poderá ser considerada a "revolução brasileira dos direitos fundamentais". É o que se defende a seguir.

7.4.2. O Supremo Tribunal Federal contra as maiorias

Nos Estados Unidos, de tempos em tempos – normalmente medido em décadas –, a Suprema Corte profere uma decisão "monumental", capaz de chamar a atenção do público e das elites, que será objeto de discussão no país e fora dele. Foi assim com *Marbury* v. *Madison* (1803), provavelmente a decisão judicial mais conhecida de todos os tempos, *Brown v. Board of Education* (1954), *Roe v. Wade* (1973), e, mais recentemente, *Obergfell v. Hodges* (2015). Em menor escala, podem ser citados *New York Times* v. *Sullivan* (1964), *Miranda* v. *Arizona* (1966), *Buckley* v. *Valeo* (1976), *Regents of the University of California* v. *Bakke* (1978), *Texas* v. *Johnson* (1989), *Bush v. Gore* (2000), *Citizens United* v. *Federal Election Commission* (2010) [503]. A corte de cúpula norte-americana tem sido cautelosa ao despender o capital institucional que possui. Basta verificar que assuntos

[503] Para um resumo dos casos, v. *Oxford Handbook of Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

socialmente divisivos, como integração racial, aborto, eleições presidenciais e o casamento entre pessoas do mesmo sexo foram tratados, um após o outro, ao longo de ***seis décadas***.

O Supremo Tribunal Federal tem sido o *exato oposto* em termos de cautela e prudência política. Em termos comparativos, o STF produziu, ***em menos de uma década***, precedentes que o colocam ao lado das cortes constitucionais mais proeminentes em termos de defesa dos direitos fundamentais. A pauta do tribunal, ao longo dos últimos nove anos[504], tem sido farta ao contemplar casos envolvendo grande repercussão social, alguns deles apreciados sob intensa oposição pública ou política. **É com o intuito de demonstrar que o televisionamento não impediu a corte de atuar de modo contramajoritário quando entendeu necessário que a análise a seguir, que não tem a pretensão de exaustividade, é desenvolvida.**

Em 23 de março de 2011, o STF iniciou a apreciação definitiva do caso que ficou conhecido como "Ficha Limpa I", em que se discutia a possibilidade de aplicação das causas de inelegibilidade previstas na Lei Complementar n° 135/2010 às eleições que ocorreriam no mesmo ano, à luz do art. 16 da Constituição Federal de 1988[505]. A questão era especial por muitas razões. Primeiro, tratava-se de uma lei que fora objeto de iniciativa popular e que recebera aprovação unânime em ambas as casas do Congresso Nacional. Segundo, a mídia desde logo associou o seu conteúdo à moralização da política brasileira. Como consequência, as pesquisas anteriores ao julgamento apontavam que 85%

---

[504] Embora não seja possível erigir um marco definitivo para sinalizar o momento em que o STF passa a ter um papel substancial na vida social e política do país, é possível identificar o ano judiciário de 2007 como particularmente especial neste processo. Além de confirmar a decisão do TSE institucionalizando a fidelidade partidária, o STF mudou o perfil do mandado de injunção (MI 721) e ainda fez a sua primeira audiência pública, na ação direta contra a lei de biossegurança (ADI n° 3.510). V. BARROSO, Luís Roberto. "Retrospectiva 2007: Atuação do STF redefiniu relações entre poderes". *Consultor Jurídico*. 13 dez. 2007. Disponível em: http://bit.ly/1V0Uo3A. Segundo o autor, "O ano de 2007 foi marcado pela consolidação de um novo arranjo institucional no Brasil, que redefiniu as relações entre os Poderes. Vicissitudes ocorridas no âmbito do Executivo e a crise de legitimidade que afetou o Legislativo conduziram a uma expansão do papel do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal".

[505] STF, RE n° 633.703, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 18 nov. 2011. O dispositivo constitucional em questão tem a seguinte redação: "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência". A matéria foi inicialmente apreciada no STF, RE n°. 630.147, rel. Min. Ayres Britto, red. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, *DJ*e 5 dez. 2011. Na primeira assentada, a matéria restou empatada, tendo em vista a aposentadoria do Min. Eros Grau, ocorrida em 30 jul. 2010. O Min. Fux, que desempatou a matéria, somente foi nomeado em 3 mar. 2011, quase nove meses depois.

dos eleitores eram favoráveis à aplicação imediata do referido diploma legal[506]. O Presidente da Associação dos Magistrados do Brasil à época chegou a afirmar que uma decisão contrária à aplicação da lei seria uma frustração nacional[507].

O clima, portanto, era de intensa pressão no tribunal para validar a aplicação imediata da lei. Contudo, na referida sessão, por 6 votos a 5, com o voto desempate do Min. Luiz Fux, o tribunal fixou que o princípio da anterioridade eleitoral não permitia a aplicação da nova lei para as eleições de 2010, contrariando todas as expectativas anteriores. O relator do caso, Min. Gilmar Mendes, registrou a pressão que a corte vinha sofrendo: "Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia" (p. 42). O Min. Luiz Fux também fez questão de registrar que "a justiça não pode se balizar pela opinião pública".

O confronto entre a corte e a opinião pública ocorreria de modo ainda intenso nos anos seguintes. Em 5 de maio de 2011, ao julgar conjuntamente a ADPF 132 e a ADI 4277, o STF enfrentou a questão envolvendo o regime jurídico aplicável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Até o referido julgamento, as uniões homoafetivas não eram tratadas sob o regime do direito de família, mas sim como "sociedades de fato", submetidas à lógica do direito empresarial. O Plenário proclamou, por unanimidade, o direito ao reconhecimento das referidas uniões como entidades familiares, sendo-lhes aplicável o regime da união estável[508]. Houve notícia posterior de juízes recalcitrantes na aplicação do acórdão, mas logo esses problemas foram sanados[509]. A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, seguida por outros líderes religiosos, criticou publicamente o tribunal[510].

---

[506] BONIN, Robson. "85% dos eleitores são favoráveis à Lei da Ficha Limpa, diz Ibope". *Portal G1*. 21 set. 2010. Disponível em: http://glo.bo/1Pc1ygO.

[507] MAZENOTTI, Priscilla. "AMB considera ´frustração´ se STF vetar Ficha limpa". *Revista Exame*. 21 set. 2010. Disponível em: http://abr.ai/1Tb7xJo.

[508] Este ponto, em particular, não foi acolhido pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, que defenderam a impossibilidade de enquadramento das uniões homoafetivas como uma das espécies de família previstas constitucionalmente.

[509] "Juiz de Goiás que anulou união de casal gay nega ser homofóbico". *Portal G1*, 26 jun. 2011, disponível em: http://glo.bo/1XgPXmC.

[510] MAYRINK, José Maria. "CNBB critica decisão do STF sobre união homoafetiva". *Agência Estado* 11 mai. 2011, disponível em: http://bit.ly/1V1MqHl. BRESCIANI, Eduardo. "Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime". *O Estado de S. Paulo*. 5 jun. 2013. Disponível em: http://bit.ly/1uH6jpQ.

Em 12 de abril de 2012, no julgamento da ADPF nº 54, o tribunal enfrentou a questão da interrupção terapêutica dos fetos anencefálicos – que, para muitos grupos religiosos, constitui hipótese de aborto. Grupos religiosos fizeram vigília nos arredores da corte na madrugada que precedeu o julgamento[511]. Os gabinetes foram inundados com cartas e telefonemas solicitando que o tribunal não criasse uma nova exceção às regras criminais sobre o aborto. Por 8 votos a 2, a Corte reconheceu o direito à interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico, afirmando a inconstitucionalidade da incidência do Código Penal na referida hipótese. Registre-se que pesquisa realizada e divulgada pelo IBOPE, por ocasião das eleições nacionais de 2014, constatou-se que a população brasileira é maciçamente contrária à legalização do aborto, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e à legalização da maconha[512].

Diversos políticos ligados à bancada evangélica no Congresso Nacional reagiram contra as duas decisões acima mencionadas. Foram apresentadas, em sequência, as PECs n° 3/2011 e 143/2012. A primeira objetivava ampliar o escopo do art. 49, inciso V, da Constituição, para permitir ao Congresso a sustação de atos judiciais. A segunda tem por objeto criar mandatos para os membros do STF e do TCU, pelo prazo de sete anos. Por seu turno, a PEC n° 275/2013 objetiva criar a "Corte constitucional do Brasil", transferindo ao STJ a maior parte das competências não-constitucionais hoje mantidas no STF. Embora os textos não mencionem, em suas justificativas, qualquer insatisfação em relação à atividade do tribunal, é certo que a motivação oculta foi a reversão de decisões do tribunal[513]. As iniciativas não produziram quaisquer efeitos práticos, até o presente momento. Não há notícias de mobilização da sociedade civil em defesa delas.

É possível que o julgamento da AP n° 470 (mensalão), ocorrido ao longo de 2012 e 2013, tenha tido o efeito de contrabalançar, sob os olhos da opinião pública,

---

[511] CARNEIRO, Luiz Orlando. "Anencefalia: CNBB convoca vigília para julgamento no STF na quarta-feira". *Jornal do Brasil*. 8 abr. 2012. Disponível em: http://bit.ly/20TQw86.

[512] "Maioria é contra legalizar maconha, aborto e casamento gay, diz Ibope". *Portal G1*. 3 set. 2014. Disponível em: http://glo.bo/1QpUDm8. Os outros temas mensurados na pesquisa foram a privatização da Petrobras, a pena de morte, a redução da maioridade penal e o bolsa família. Em 2015, o STF apreciou a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para o uso próprio, caso comentado no capítulo 6, que também serve de exemplo de atuação contramajoritária do tribunal.

[513] BARROS, Ana Cláudia. "Evangélicos tentam anular decisão do STF sobre união homoafetiva". *Jornal do Brasil*. 19 mai. 2011. Disponível em: http://bit.ly/1Lf2bVR.

as decisões anteriores que contemplaram pautas reivindicadas por minorias (feministas e homossexuais). As sessões do julgamento do mensalão com os embates espetaculosos entre os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski ofuscaram qualquer outro debate nacional por meses a fio. A condenação final dos réus a penas elevadas, seguidas de fortes discursos contrários à corrupção, foi ao encontro das aspirações populares, gerando uma "lua de mel" entre a corte e os cidadãos. A situação mudou quando a corte foi chamada a apreciar o cabimento dos embargos infringentes contra as condenações não unânimes. O recurso foi admitido pela escassa maioria de 6 votos a 5[514]. O fim do momento verdadeiramente ocorreu quando o STF deu provimento aos embargos interpostos pelos políticos e acabou por reduzir as penas anteriormente fixadas.

É possível que o maior teste ao apoio difuso do tribunal nos últimos anos tenha sido o julgamento da medida cautelar na ADPF n° 378, rel. Min. Edson Fachin[515], apreciada na última semana do ano judiciário de 2015. O STF, neste caso, foi chamado a discutir o rito de *impeachment* a ser empregado no julgamento da Presidente Dilma Rousseff, após a admissão do pedido pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. As discussões jurídicas perpassavam pelo papel do Senado e da Câmara, detalhes sobre a defesa da Presidente e pela forma de eleição dos membros da comissão especial a ser formada na Câmara. As minúcias do caso são irrelevantes para a discussão. O que importa é destacar o seguinte: uma decisão que tornasse o rito mais dificultoso seria percebida como favorável à Presidente, ao passo que uma decisão que facilitasse o impedimento teria o efeito oposto. A bem da verdade, não havia solução fácil: qualquer que fosse o veredito, o STF estava fadado a vestir a "camisa" de um dos times em disputa. A verdadeira questão é se ele vestiria a camisa do time que tem 9% de apoio público ou daquele que tem 70%. A decisão final, que referendou o uso estrito das regras do rito de 1992, empregado no bem-sucedido *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, foi encarada pela mídia tradicional, pelos partidos políticos

[514] CAMPOS, Mateus; COSTA, Mariana Timóteo da. "Para entidade, lua de mel do STF com a população acabou". *O Globo*. 18 set. 2013. Disponível em: http://glo.bo/1opBqsZ.

[515] Trata-se de ação ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) para questionar a Lei 1.079/1950, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade, incluindo o *impeachment* do presidente da República. O julgamento ocorreu em 17 de dezembro de 2015. A mídia interpretou a decisão da corte como uma vitória da Presidente Dilma Rousseff, cujo apoio popular beira os 10% da população. O resultado foi um ataque maciço à corte, e em especial ao Min. Luís Roberto Barroso, designado redator do acórdão, nas redes sociais.

e pela opinião pública como ajuda judicial à Presidente, cuja aprovação popular encontrava-se na casa de um único dígito[516].

Todas as decisões citadas certamente consumiram capital político do tribunal: elas foram nitidamente contramajoritárias à época em que proferidas. A judicialização da política e da vida, fenômeno que não se confunde com o ativismo judicial, tem sido um fato natural no cotidiano brasileiro. É certo que pesquisas de opinião não permitem às autoridades públicas conhecer o grau de apoio ou contrariedade às suas decisões, medida que não é binária. A noção de apoio específico comporta diversas respostas públicas possíveis: elas principiam no simples descontentamento popular e vão à disposição para tomar as ruas e tentar subverter o regime. **Em nenhum dos casos citados, a ousadia do tribunal cobrou um preço institucional tão elevado que o capital institucional adquirido não pudesse pagar.** Portanto, a preocupação de que o televisionamento poderia afetar negativamente a atividade de defesa dos direitos fundamentais por parte do STF não parece ter impedido que a corte enfrentasse cenários absolutamente inóspitos.

7.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Ao longo deste capítulo, procurou-se convencer o leitor de que a *confiança pública* é condição ao funcionamento regular das instituições políticas. A correspondência entre o sentimento coletivo e a constituição é um ponto destacado pela filosofia constitucional e também pelos estudos empíricos do direito constitucional comparado. Contudo, esse consenso teórico não se reflete na dinâmica entre as cortes constitucionais e o público de jurisdicionados: enquanto as outras funções estatais usam recursos audiovisuais e apelam diretamente à coletividade, as cortes de justiça tendem a ser mais tímidas. Elas continuam, em sua maioria, dialogando com o público como faziam desde o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, há duzentos anos.

O segundo ponto foi o uso da teoria do viés da positividade para justificar o televisionamento de julgamentos. Se conhecer é amar (*to know it is to love it*, no original em inglês), então é fundamental que as pessoas comuns sejam expostas à jurisdição

[516] MATOSO, Filipe. "Governo Dilma tem aprovação de 9% e reprovação de 70%, diz Ibope". *Portal G1*, 15 dez. 2015, disponível em: glo.bo/1k0MYzU.

constitucional, como forma de expandir sua base de legitimidade. À luz da teoria do suporte difuso, verifica-se que o incremento de legitimidade significa, na prática, mais capital institucional, que poderá ser empregado nos casos que demandarem atuação contramajoritária da Corte. Portanto, longe de possibilitar a captura majoritária das cortes constitucionais, o televisionamento pode ser uma garantia de que as cortes vão continuar a exercer a jurisdição com independência.

Finalmente, procurou-se demonstrar que, após a redemocratização, e especialmente no início do século XXI, as pesquisas demonstram a expansão da confiança social incidente sobre o Poder Judiciário em geral, e sobre o Supremo Tribunal Federal, em particular. Por outro lado, o televisionamento, que foi iniciado em 2002, não implicou alinhamento automático entre a corte e as opiniões majoritárias. Nos últimos anos o tribunal tem dado *vigorosas demonstrações* de que promoverá a defesa dos direitos fundamentais sem fazer concessões aos grupos majoritários da sociedade. A história recente do Supremo Tribunal Federal, que promoveu uma revolução contramajoritária na última década, é a prova de que o televisionamento pode contribuir, e não prejudicar, a defesa dos direitos fundamentais.

Capítulo 8

8. O ARGUMENTO DO PLURALISMO HERMENÊUTICO

SUMÁRIO: 8.1. INTRODUÇÃO. 8.2. A CONSTITUIÇÃO COMO "OBRA INACABADA". 8.3. PLURALIDADE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 8.3.1. O argumento do "estoque de ideias". 8.3.2. O argumento da "intuição coletiva". 8.4. PARTICIPAÇÃO PÚBLICA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 8.4.1. Métodos formais de participação constitucional: esboço de uma crítica. 8.4.2. Métodos informais de participação constitucional: esboço de uma agenda. 8.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

8.1. INTRODUÇÃO

O presente capítulo cuida das relações entre hermêutica constitucional e participação pública. De forma direta, a tese consiste em defender a participação popular a partir da contribuição que os membros de uma sociedade pluralista podem oferecer à construção de sentido do texto constitucional[517]. A primeira parte do capítulo é dedicada a apresentar uma concepção de Constituição como "obra inacabada" ou "coisa viva", denotando que o preenchimento do *sentido do texto constitucional*, especialmente dos enunciados normativos redigidos com alto grau de abstração, pode e deve ser feito à luz das condições político-sociais de cada momento histórico.

O segundo tópico propõe uma defesa da participação pública na jurisdição constitucional por seu valor hermenêutico. São dois os argumentos desenvolvidos: (i) quanto mais pessoas se dispuserem a pensar sobre a interpretação constitucional, maiores serão as chances de produção de uma resposta jurídica consistente; e (ii) quanto mais pessoas estiverem convencidas de que certo resultado é exigência derivada do texto constitucional, é grande a probabilidade de que estejam corretas, o que deve ser objeto de consideração e cuidado por parte da corte constitucional. Ambos tratam de participação popular, mas o primeiro diz respeito ao *estoque de ideias*, formado a partir das vivências e conhecimentos individuais, ao passo que o segundo está ligado à *intuição majoritária*, e sua relação com a construção de uma interpretação constitucional consistente. Neste sentido, ao despertar o

[517] Para uma defesa de ideias similares, a partir da atuação dos movimentos sociais brasileiros, v. GOMES, Juliana Cesario Alvim. "Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição". *Dissertação de Mestrado* (UERJ), 2014.

interesse público pela corte e vice-versa, o televisionamento pode ser uma ferramenta para incrementar a qualidade das decisões constitucionais.

O tópico final buscar operacionalizar o argumento à luz das críticas que se avolumam aos processos formais de participação popular da jurisdição constitucional, caso das audiências públicas e dos *amici curiae*. De fato, os mecanismos de abertura resultantes da Lei nº 9.868/99, tão celebrados pela academia, acabaram capturados por atores interessados e diminuídos em importância pelos juízes constitucionais, reduzindo, assim, seu valor hermêutico para a corte. Nesse sentido, resgatar a ideia de uma *verdadeira* sociedade aberta de intérpretes da constituição, tal como defendida por Häberle, envolve a defesa de uma agenda de abertura de meios informais e menos custosos de participação popular, que dependem da atitude dos juízes, do uso intensivo da tecnologia e da adequação das regras processuais aos novos tempos de sociedade de massas.

8.2. A CONSTITUIÇÃO COMO "OBRA INACABADA"

Há algo de especial na interpretação constitucional [518]. Embora compartilhem com a legislação ordinária diversas características – como a imperatividade, a abstração e a generalidade – , as constituições não podem ser a ela equiparadas. Em primeiro lugar, porque a Constituição representa o *marco zero* dos acordos políticos nas sociedades contemporâneas, de modo que nela estão expressos os compromissos mínimos que os grupos sociais se dispõem a observar (v. capítulo 7). Segundo, em sua feição contemporânea, o texto constitucional normalmente expressa as *aspirações de um certo povo*, apontando para um estado de coisas ideal que se quer alcançar[519]. Por estas duas razões centrais, a redação das

[518] É a partir desta premissa que se fala em *princípios ou métodos específicos de interpretação constitucional*. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 107-112. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, ob. cit., pp. 436 e ss.. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, pp. 510-517. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 49-54. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*, ob. cit., pp. 104-108. V., ainda, a coletânea SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2005.

[519] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, ob. cit., p. 15: "Ocorre que, no mesmo contexto em que afirmou sua normatividade, a Constituição progressivamente ampliou seus papéis. Além de estruturar o Estado, como tradicionalmente lhe cabia, passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e

constituições é impregnada de enunciados de textura aberta, como dignidade humana, igualdade, liberdade, moralidade, para ficar em exemplos comuns, bem como sua interpretação é caracterizada como parte integrante do processo político[520].

Charles Beard, em 1936, já afirmava que "[c]omo a maioria das palavras e frases lidando com os poderes e limites do governo são vagas e precisam, na prática, ser interpretadas por seres humanos, a consequência é que a constituição, como prática, é uma *coisa viva* [*a living thing*, no original]"[521]. Beard aponta para a ***inevitabilidade*** de que as constituições sejam interpretadas evolutivamente. Aliás, como qualquer regra que objetive exercer uma função de controle social, as constituições precisam se adaptar aos novos tempos para que possam sobreviver. Conceber uma constituição viva é acreditar que ela "evolua, mude com o passar do tempo, adaptando-se a novas circunstâncias sem que seja formalmente emendada"[522]. A comparação entre os textos constitucionais e a realidade constitucional não deixa dúvidas quanto ao acerto desta visão[523]. Na inspirada metáfora de

---

estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos – a chamada *constituição dirigente*, na consagrada expressão de Canotilho – que têm o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento".

[520] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, ob. cit., pp. 184-240, no qual destacam a feição idealista que as constituições adquiriram no século XX. V., também, GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. "Deciding not to decide: deferral in constitutional design", ob. cit., apontando também razões pragmáticas para justificar o modo aberto como as constituições são escritas.

[521] BEARD, Charles A. "The living constitution", ob. cit., p. 31. Nos Estados Unidos, a corrente denominada "living constitution" (construtivismo judicial) erige-se em oposição ao originalismo, que atribui ao intérprete a tarefa de pesquisar a *vontade original* dos criadores da Constituição. V., ainda, ACKERMAN, Bruce. "The living constitution". *Harvard Law Review* v. 120, n. 7, 2007, pp. 1738-1812. AMAR, Akhil Reed. *America's Unwritten constitution*. New York: Basic Book, 2012. STRAUSS, David A. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

[522] STRAUSS, David A. *The living constitution*, ob. cit., p. 1. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 517: "Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, perat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática".

[523] Cass Sunstein, sugestivamente, denomina esse fenômeno de "a vingança da Jefferson": mesmo sem sofrer alterações formais, a Constituição norte-americana foi objeto de inúmeras alterações ao longo do tempo. Nas palavras do autor: "Em incontáveis domínios, a vitória de Madison é quase ilusória. Houve inúmeros fundadores, e eles podem ser encontrados em muitas gerações. A nossa é uma constituição de muitas mentes". Cf. *A constitution of many minds*, ob. cit., p. 3. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*, ob. cit., pp. 109-119: "4. A vinculação à constituição escrita não exclui o 'direito constitucional não escrito'. A constituição não codifica, *unicamente* regulamenta. Não contém nenhuma codificação, mas uma 'colaboração' pontual de princípios e elementos fundamentais. As suas cláusulas frequentemente estabelecem uma 'constituição vivente' (*living constitution*) que delega nos juízes o poder de aplicar 'normas

Gustavo Zagrebelsky, o direito constitucional contemporâneo fornece o conjunto de "materiais de construção", mas é a política constitucional, nas suas muitas possíveis combinações e manifestações, que irá construir o "edifício constitucional"[524].

A noção de que as constituições são mutáveis pela via interpretativa é problemática por duas razões. *Primeiro*, por expressar que a prática constitucional pode ser eventualmente infiel às bases e pretensões originárias do pacto social que levaram à sua adoção – como parece ter ocorrido no exemplo da Constituição Federal de 1988, fornecido no início deste tópico –, que se consubstanciam no texto promulgado pelo constituinte originário[525]. É verdade que isto não seria um problema grave se a interpretação constitucional fosse realizada por um órgão majoritário tradicional (*e.g.*, como os parlamentos), impregnado por um tipo de legitimidade assemelhado ao das assembleias constituintes democráticas. Mas a esmagadora maioria das sociedades liberais optou por um segundo caminho – as cortes constitucionais –, fato que nos leva ao segundo problema: ao conferir esse poder a um grupo pequeno de juízes, como separar as adaptações legítimas daquilo que é puro voluntarismo?

Por muito tempo a atividade judicial foi caracterizada como a busca de uma verdade objetiva transcendente esperando para ser apreendida. A proposta do formalismo jurídico consiste em defender a existência de uma resposta correta, disponível no ordenamento, para cada problema jurídico, sendo acessível por meio de processos puramente intelectivos[526]. Neste universo de ideias, caberia aos juízes o papel de *descoberta* da norma

---

contemporâneas concretas' que os constituintes não previram e em alguns casos até haviam claramente rejeitado" (p. 113).

[524] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10ª. Ed. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2011, p. 13. V., ainda, CASTRO, João Bosco Marcial. *O controle de constitucional das leis*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 58: "(...) seria demasiado pretender que na Constituição se detivesse em si a realidade social e todo ordenamento jurídico. A vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e de manter a validez real da Constituição assim criada".

[525] Para uma defesa do denominado *originalismo*, método hermenêutico que postula a descoberta de sentido da Constituição por meio da inquirição, pelos intérpretes, da vontade original dos constituintes v. SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997. Em razão de sua especificidade ao contexto norte-americano, pensamos ser desnecessário discutir as suas características.

[526] O formalismo jurídico possui duas teses centrais, quais sejam, a primeira no sentido de que o direito é um sistema fechado do qual se pode deduzir soluções para todos os casos individuais, e a segunda, a atividade do órgão encarregado de aplicar o direito consiste unicamente em descobrir a regra geral que revolve o caso concreto apresentado; todo material necessário para a solução do caso está dado pelo próprio ordenamento jurídico. Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 82. STRUCHINER, Noel. *Direito e*

jurídica aplicável ao caso concreto, promovendo sua incidência a ele por meio de operações silogísticas aos fatos descortinados no processo judicial[527]. Se o papel dos juízes for entendido como uma atividade puramente técnica de descoberta do sentido (*i.e.*, sem envolver qualquer aspecto criativo), exercida em caráter monopolístico, essas variações de sentido somente podem ser imputadas ao arbítrio de agentes políticos não-eleitos. Elas se tornam injustificáveis.

Contudo, esta não é a visão prevalecente na hermenêutica constitucional. A sua adequação à peculiar posição das constituições exigiu que os papeis do intérprete, das normas e dos fatos fossem revisitados e requalificados[528]. Em primeiro lugar, a distinção metodológica entre enunciado normativo – que corresponde à literalidade dos textos jurídicos aplicáveis – e as normas jurídicas – resultado da interpretação, acabou por relativizar o papel antes tido como absoluto do texto[529]. Em segundo lugar, a indeterminação do texto constitucional e sua incapacidade de fornecer soluções precisas faz com que os fatos sejam relevantes na determinação do próprio conteúdo da norma[530]. Por fim, e por consequência, a metódica constitucional contemporânea reconhece nos juízes o exercício de *criatividade* na interpretação constitucional[531]. Veja-se bem: não se trata aqui de defender uma teoria

---

linguagem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 130. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 145-146.

[527] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3ª. Ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 28-44. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ob. cit., pp. 39-45. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, ob. cit., pp. 131-134.

[528] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, ob. cit., p. 331: "A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização". V., ainda, BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". *Temas de direito constitucional* t. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 61-130.

[529] V. MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, ob. cit., p. 38, para quem o enunciado normativo é meramente a 'ponta do *iceberg*' no trabalho de interpretação.

[530] BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 115-123.

[531] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª. Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 23-24, onde registra o autor que todo processo de aplicação do Direito envolve valoração. V., também, DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 312: "Muitos autores analisam o processo constitucional como questão técnica, limitando-se a oferecer informações sobre ações, recursos, procedimentos,

normativa que busca incrementar o papel político dos juízes em sociedades democráticas, mas sim de uma *descrição* mais acurada da própria realidade do Direito, em particular do direito constitucional[532]. O lado negativo é que o avanço do método para reconhecer o papel criativo da jurisdição deixa a descoberto o problema da legitimidade da jurisdição constitucional, fundada na estrita separação de poderes[533]. *É aí que entra a contribuição decisiva da abertura interpretativa como condição de legitimação do direito constitucional.*

Häberle também considera a constituição ***uma coisa viva***, não apenas porque o texto constitucional é aberto, mas também porque "quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la"[534]. Nessa linha, o autor alemão chama a atenção, embora não o faça de modo expresso, para um *terceiro aspecto* dos documentos constitucionais: além da *versão estática da constituição*, correspondente ao seu texto seco, e da *versão institucional*, acessível mediante consulta aos arquivos dos tribunais responsáveis por interpretá-la, há também uma **versão *vulgar* da constituição**, construída pelo conjunto de sentidos e práticas atribuídos a ela pelas pessoas comuns. A solução oferecida por Häberle para o problema do espaço criativo exercido pelos juízes constitucionais na atividade hermenêutica consiste em afirmar que *eles não têm o* monopólio dela[535]. A interpretação constitucional acaba concebida, nesta linha, como um *processo público*, que se desenvolve

---

prazos ou efeitos das decisões. Essa tecnicização do processo constitucional esconde escolhas políticas. Procura *despolitizar* a jurisdição constitucional para apresentá-la como necessária".

[532] FREITAS, Juarez. "A melhor interpretação vs. única resposta correta". In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 322: "Neste passo precisa ser reconhecida a impossibilidade da vinculação pura (que pressuporia automatismo impossível) e da discrição pura (que pressuporia uma espécie de 'pêndulo caótico' em zonas do ordenamento)". AARNIO, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". *Doxa* n. 8, 1990, pp. 23-38.

[533] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79: "Ora bem: se o juiz constitucional utiliza-se da vontade, identifica valores substantivos e faz escolhas – isto é, se o ato judicial não é meramente cognitivo, mas também volitivo –, cai por terra a legitimação do controle de constitucionalidade com base na concepção tradicional da separação de Poderes".

[534] HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 13. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ob. cit., p. 513.

[535] HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 31. Como salienta Häberle, nem todos os conflitos constitucionais chegam às cortes, deixando muito da vivência constitucional ao livre sabor das instituições e pessoas. Se a existência da constituição depender de uma combinação de decisões judiciais e força policial, parece que tal ordem estará fadada ao fracasso. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 44: "A Constituição, em realidade, habita e sobrevive muito mais nas ruas e espaços do convívio social cotidiano do que nos gabinetes dos juízes ou plenários dos tribunais".

dialeticamente com a interpretação judicial[536]. Nesta ordem de ideias, a famosa e repetida frase de Charles Evans Hughes, *ex-Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos: "Nós estamos submetidos à Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é" [537], além de profundamente antidemocrática, também é descritivamente incorreta.

Em sua influente obra, Häberle está interessado em uma metódica constitucional que leve em consideração não apenas os *inputs* provenientes dos outros órgãos estatais e demais participantes formais do processo de interpretação, mas também a "pré-interpretação" realizada por todos aqueles que vivenciam a realidade constitucional. O professor alemão não parece associar, como fazem Hesse e Verdú, uma interpretação constitucional descolada da realidade aos riscos de colapso da ordem constitucional vigente (v. capítulo 7). Em defesa desta tese, Häberle associa **a *abertura interpretativa* ao caráter democrático e pluralista das sociedades contemporâneas**. Sem dúvida, a abertura metodológica das cortes constitucionais é uma exigência das democracias contemporâneas, como fator fundamental de legitimação e preservação das constituições (tema abordado, igualmente, no capítulo 7). Colocando o argumento de outro modo: a democracia exige que a corte tome em consideração, em alguma medida, a opinião pública – ativamente externada ou revelada pelas práticas sociais – no processo interpretativo[538]. Contudo, ao manter seu enfoque no aspecto democrático, Häberle deixou de lado um ponto essencial sobre a abertura: suas vantagens cognitivas.

---

[536] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ob. cit., p. 513 afirma que Häberle, ao defender essa dialética, "subestima, pois, porventura, a função estabilizadora da Constituição e a sua importância para a interpretação". Não nos parece, contudo, que a crítica seja procedente. Certamente Häberle não está defendendo uma visão de constante mutação do texto constitucional, mas sim a necessidade de adaptação no longo prazo, sendo certo que o processo de acomodação entre realidade e normatividade deve considerar as visões coletivas sobre o conteúdo constitucional.

[537] *Apud* WHITE, G. Edward. *The constitution and the new deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 357.

[538] HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 14: "Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática". MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade das leis*, 3a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 466: "Uma das virtudes da teoria de Häberle reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura. O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma conseqüência metodológica da abertura material da Constituição". No mesmo sentido, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 44-45.

Em síntese, a ideia de uma *abertura constitucional*, *i.e.*, de uma constituição como *obra inacabada*, está ligada às características essenciais do próprio projeto constitucional (em especial à estabilidade). Uma teoria puramente formal para explicar a atuação dos juízes constitucionais elucida pouco do que realmente ocorre no mundo real. Por outro lado, a legitimidade da "criatividade interpretativa" recentemente reconhecida aos juízes exige que eles estejam *atentos e dispostos* a dialogar com a coletividade. Contudo, a abertura também se relaciona aos ganhos hermenêuticos proporcionados pela participação do cidadão comum. É deste ponto que trata o tópico seguinte.

8.3. PLURALIDADE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

8.3.1. O argumento do "estoque de ideias"

Em 1945, Friedrich Hayek publicou o conhecido artigo "*The use of knowledge in Society*"[539], no qual discute, em essência, a importância do sistema de preços como mecanismo de transferência de informação nos mercados. Segundo ele, a construção de uma ordem racional econômica não pode partir do pressuposto de que os agentes terão conhecimento pleno das informações pertinentes, e a partir daí formular matematicamente a solução ótima; mas deve considerar que esses *dados estão dispersos na sociedade* e nunca serão obtidos inteiramente por um único agente racional. As decisões econômicas, conforme explica Hayek, são tomadas a partir de circunstâncias particulares de tempo e espaço, com o uso de dados contingentes. É por isso que se revela infrutífera a criação de um órgão central agregador, capaz de tomar essas decisões no lugar dos agentes individuais[540].

---

[539] HAYEK, Friedrich A. "The use of knowledge in society". *The American Economic Review* v. 35, n. 4, 1945, pp. 519-530. O artigo foi escrito logo após o término da segunda guerra mundial, época em que as bases da economia de mercado ainda eram questionadas pelos ideólogos do comunismo. Como se pode intuir, Hayek está interessado em combater a viabilidade do modelo de economia planificada.

[540] HAYEK, Friedrich A. "The use of knowledge in society", ob. cit., pp. 524: "Não podemos esperar que este problema será resolvido pela comunicação prévia de todo este conhecimento a um órgão central que, após integrar todo o conhecimento, emitirá suas ordens. Nós precisamos resolvê-lo por alguma forma de descentralização. Mas esta resposta é apenas parte do nosso problema. Nós precisamos descentralizar porque apenas assim podemos assegurar que o conhecimento das circunstâncias particulares de tempo e lugar serão prontamente empregados".

O *insight* de Hayek – a dispersão do conhecimento na sociedade – é empregado pelo autor com o propósito de defender a economia descentralizada de mercado, mas ele tem várias implicações e constitui um dado fundamental para a denominada "epistemologia institucional"[541]. Este ramo do conhecimento indaga se as instituições, públicas ou privadas, têm os meios necessários para obter as informações essenciais à tomada das decisões que lhes são atribuídas. As instituições estatais são obrigadas a tomar decisões vinculantes para a coletividade e têm que lidar com o problema do *déficit informacional* todo o tempo. Diferentemente do mercado, a maior parte das decisões públicas não são instantâneas, mas passam por um processo de amadurecimento. Além disso, não se pode contar com o preço como mecanismo de transmissão de informações em todas as esferas sociais.

Pois bem. Se a atividade jurisdicional for entendida como puramente técnica e cognitiva, *i.e.*, descobrir a regra aplicável ao caso a partir do direito objetivo, então, de fato, a ajuda coletiva parece pouco relevante, eis que a obtenção do Direito dependeria de processos puramente técnicos, para os quais os magistrados são altamente treinados, e definitivamente não-dominados pelas pessoas comuns. Porém, como visto no tópico anterior, a interpretação jurídica não é mais caracterizada desta forma, e menos ainda o é a interpretação constitucional. A construção das respostas jurídicas para as questões constitucionais reputadas "difíceis"[542] não pode se alicerçar em um argumento ***definitivo*** e ***correto*** (em um Estado plural e democrático, ninguém tem o poder de afirmar isso), mas decorre de várias linhas de argumentação que são consideradas *consistentes*. Isso significa compatibilidade com o direito objetivo, com as práticas anteriores do tribunal e com a realidade social (*em síntese*, com a integridade do Direito, para usar o conceito de Dworkin)[543]. Além disso, a solução passa, necessariamente, pelo convencimento racional do auditório composto pelos destinatários das decisões judiciais (v. capítulo 6) [544].

---

[541] ANDERSON, Elizabeth. "The epistemology of democracy", ob. cit., pp. 6-22. SPLETTSTÖSSER, Aline Isaia. "Modelos de análise epistêmica dos processos democráticos: as funções dos grupos sociais e suas implicações em uma política deliberativa". In: *XIII Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. XIII. pp. 1-12.

[542] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, ob. cit., pp. 127-204. Por outro lado, v. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, ob. cit., p. 25: "A clareza de um caso não é, porém, algo tão simples. Quem afirma que uma decisão é clara dá a entender que não cabe considerar argumentos que deem lugar a dúvidas sérias. No entanto, esses argumentos são sempre concebíveis".

[543] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 176-224.

[544] Aulis Aarnio sugere que, entre diferentes respostas igualmente plausíveis, deve ser adotada uma solução tal que a maioria dos membros de uma comunidade jurídica possa aceitar racionalmente

Assim, se o conhecimento da constituição requer, por parte dos órgãos responsáveis pela interpretação oficial do seu texto, um exercício dialético entre a normatividade abstrata e a realidade concreta – exigência da abertura constitucional –, então é natural imaginar que o conhecimento disperso na sociedade tenha grande importância nesta atividade intelectiva[545]. Dois exemplos ajudam a esclarecer o ponto.

No julgamento da constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas brasileiras, dois argumentos suscitados estavam relacionados a questões concretas[546]: o primeiro dizia que as cotas poderiam estigmatizar seus beneficiários e, assim, prejudicar os próprios propósitos que objetivava promover; o segundo afirmava que as cotas poderiam ser o estopim de conflitos raciais. Nos dois casos, o ordenamento jurídico, abstratamente considerado, pouco podia ajudar os juízes no enfrentamento dos argumentos, sendo que ambos eram importantes para a construção de uma solução jurídica consistente (veja-se: como afirmar a constitucionalidade de um instituto que promove, ainda que indiretamente, o racismo ou que tem o potencial para afetar a paz social?). Somente o conhecimento disperso, ou seja, a vivência daqueles que *efetivamente* foram beneficiados e prejudicados pelas cotas e a realidade social dos locais em que elas foram implementadas poderia ajudar a esclarecer a pertinência e a densidade jurídica dos argumentos.

No julgamento da constitucionalidade do exame de suficiência exigido pela Ordem dos Advogados do Brasil para o ingresso em seus quadros, a questão essencial era saber se o exercício da profissão de advogado é suficientemente arriscado e gravoso à sociedade para justificar, do ponto de vista da proporcionalidade, a restrição ao princípio da liberdade de ofício e profissão[547]. Uma vez mais, a construção de uma solução consistente não era possível por simples referência aos dispositivos constitucionais e legais invocados pelas partes. O conhecimento social sobre o número de bacharéis em Direito, a qualidade da

---

essa justificação, o que denominada de "princípio da maioria". AARNIO, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". *Doxa* n. 8, 1990, pp. 34-38.

[545] QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*, ob. cit., pp. 121-122: "Aplicar uma norma significa 'pensar conjuntamente o caso e a lei', a união da norma não univocal com a realidade a ordenar. É nesse pensar conjuntamente que se descobre o significado da norma constitucional, posto que 'o sentido de algo geral, de uma norma jurídica, só pode ser fundamentado e determinado na sua concretização e através dela'".

[546] STF, ADPF n. 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ*e 20 out.2014.

[547] STF, RE n° 603.583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*e 25 mai. 2012.

formação ministrada pelas faculdades, o grau de dificuldade imposto pelos exames de Ordem, o tipo de prática jurídica exercida e como ela afeta a vida das pessoas eram elementos essenciais à construção do raciocínio jurídico final. Mais uma vez, o conhecimento difuso na sociedade revela-se relevante à formulação de uma decisão consistente.

Produzir e ter acesso a este conhecimento – o "estoque de ideias" sobre os sentidos da constituição – pode ser útil ao tribunal de duas maneiras: (i) reduzindo o esforço hermenêutico dos julgadores; e (ii) pela razoável probabilidade de que surjam pontos de vista que transcendam aqueles que as partes, seus advogados e os juízes seriam capazes de construir a partir do texto constitucional e de suas respectivas perspectivas pessoais[548]. Do ponto de vista prático, o primeiro efeito consiste simplesmente em reduzir o trabalho de juízes que, no caso brasileiro, já estão sobrecarregados com o excessivo número de processos. A participação pública, neste caso, tem o propósito de *atalhar a intelecção* realizada no contexto de descoberta das decisões judiciais. O segundo efeito, por sua vez, reduz os riscos de que haja um "argumento órfão" oculto não-contemplado pela Corte[549]. As audiências públicas e os *amici curiae* nos processos constitucionais, quando verdadeiramente atingem o propósito de criar um contexto plural, reduzem a necessidade de o magistrado se preocupar com argumentos e consequências imprevistas das possíveis soluções jurídicas para o caso.

Outro contexto em que parece relevante levar em consideração a intuição de Hayek é no controle judicial de políticas públicas. Em muitos países, entre eles o Brasil, a Constituição é não apenas o quadro para a atuação governamental, mas também *fonte*

---

[548] Na Suprema Corte dos Estados Unidos é comum a designação de advogados para a defesa dos denominados "argumentos órfãos", o que nunca aconteceu no Brasil. Sobre o tema, v. GOLDMAN, Brian P. "Should the Supreme Court stop inviting *amici curiae* to defend abandoned lower court decisions?". *Stanford Law Review*, n. 63, pp. 931-933. V. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, ob. cit., p. 46: "Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis)".

[549] O caso julgado na ADI n° 4.029/AM, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*e 27 jun. 2012, padeceu deste problema. A questão envolvia a constitucionalidade da medida provisória que criou o Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICMBio). O processo de tramitação da medida não observou o art. 62, § 9°, da Constituição, que exige a emissão de parecer por uma comissão mista do Congresso. O dispositivo, ressalte-se, nunca fora observado, por força da Resolução n° 1/2002 do Congresso. A declaração de inconstitucionalidade formal no caso concreto, ocorrida na sessão de 7 mar. 2012, lançou dúvidas sobre a constitucionalidade de *todas as medidas provisórias* aprovadas no país, ponto que não foi objeto de consideração do Plenário. A questão foi suscitada pelo Advogado-Geral da União e, na sessão do dia seguinte, *o tribunal reabriu o julgamento*, para apreciar *também* a constitucionalidade da mencionada resolução, modulando os efeitos também neste particular.

direta de muitas políticas públicas, a ponto de existir uma genuína agenda pública constitucional. A linha que separa política e Direito, em países com constituições programáticas, como é o caso brasileiro, não pode mais ser claramente desenhada[550]. Se uma corte tem que decidir, por exemplo, a extensão do direito às prestações de saúde[551], a legitimidade das condições de encarceramento de presos[552] ou a existência ou não de um dever de prestar creches[553], não há razão para tratá-la de maneira muito diferente da burocracia tradicional, em termos de *procedimento decisório*. As políticas públicas não se desnaturam em razão de sua fonte judicial, mas a decisão judicial precisa ser, em algum grau, adaptada à nova função à qual está servindo[554].

Ora, os custos da mudança na interpretação constitucional tendem a ser mais altos que nas políticas públicas tradicionais. Enquanto é um *lugar-comum* afirmar que as políticas públicas são, por definição, experimentais e incrementais[555], as decisões de uma corte suprema são normalmente definitivas. Aprovar uma emenda constitucional pode, em dadas circunstâncias, ser praticamente impossível. A interpretação constitucional desenvolvida por tribunais tem um *custo de inflexibilidade* associado a ela, que é arcado por toda a sociedade. Isso precisa ser considerado quando o tribunal está julgando. Se reconhecermos que os *inputs* decisórios nas cortes constitucionais são limitados, então parece que o processo político tradicional tem uma capacidade de tomar decisões melhores (ideia desenvolvida no capítulo 6). Para que seja possível superar a objeção, é fundamental tratar da abertura dos processos interpretativos na justiça constitucional. É o tema tratado a seguir.

---

[550] Para o desenvolvimento deste argumento, v. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 165-195.

[551] STF, STA n° 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*e 30 abr. 2010.

[552] STF, RE n° 592.581, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ*e* 13 ago. 2015.

[553] STF, ARE-AgR n° 639.337, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*e 16 set. 2011.

[554] BARCELLOS, Ana Paula. "Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil". *Health and Human Rights Journal* n. 2, v. 16, 2014, pp. 35-46. No referido estudo empírico, a autora identificou problemas no uso do processo judicial para a implementação de políticas públicas envolvendo saneamento básico. De fato, juízes não expõem minutas de suas decisões à crítica pública, como o fazem a administração pública (e.g., como ocorre nas consultas públicas) e o Poder Legislativo. O Projeto de Lei n° 8.058/2014, apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, que versa sobre o processo judicial para o controle e intervenção judicial em políticas públicas.

[555] SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceito, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012, pp. 51-55. HOWLETT, Michel; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas – uma abordagem integradora*. Trad. Francisco G. Heideman Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 161-178.

8.3.2. O argumento da *intuição coletiva*

James Surowiecki, em seu livro sobre a sabedoria das multidões, narra uma curiosa história envolvendo Francis Galton, ocorrida em 1906[556]. Segundo ele, o cientista – famoso por suas ideias sobre estatística e hereditariedade – teria se dirigido a uma feira local na cidade de Plymouth, na Inglaterra. A razão para ir ao evento fora o interesse de Galton a respeito das qualidades biológicas de rebanhos (e também de seres humanos, já que Galton era um ferrenho defensor da eugenia). Na feira, contudo, Galton se deparou com um potencial experimento em andamento, que logo lhe chamou a atenção. A organização da feira oferecia um concurso de apostas, cujo objetivo era acertar o peso de um boi após o abatimento e preparo. Com a compra de um bilhete, os visitantes da feira poderiam oferecer um palpite e concorrer a diversos prêmios. O cientista, que não era particularmente entusiasmado com o potencial do "homem médio", viu ali uma importante forma de testar o conhecimento difuso das massas.

Assim, após o encerramento da "fase de apostas", Galton solicitou os cartões de respostas – que somavam oitocentos – e resolveu aplicar testes estatísticos a eles. Após descartar treze cartões por ilegibilidade, Galton calculou a média das respostas, considerando que essa seria "a estimativa do grupo". Embora no grupo de frequentadores da feira existissem pessoas acostumadas a lidar com rebanhos e animais, era razoável supor que muitos dos presentes não possuíam qualquer experiência na área ou, ainda, educação formal. A expectativa de Galton, portanto, é de que o palpite do grupo fosse bastante diverso da resposta correta. Após os cálculos e para a surpresa do pesquisador, a estimativa de grupo foi de que o boi, nas condições mencionadas, pesaria 1.197 libras, apenas *uma* libra abaixo do valor correto. A partir daí, ele reconhece que o resultado de uma simples testagem poderia indicar uma confiabilidade maior do ***processo de escolha democrático*** do que ele próprio imaginara[557].

---

[556] V. SUROWIECKI, James. *The wisdom of crowds,* ob.cit., 2005, pos. 32-68. Francis Galton foi estatístico, matemático, meteorologista e antropólogo, tendo vivido entre 1822 e 1911. O caso foi descrito também pelo próprio autor, v. GALTON, Francis. "Vox Populi". *Nature* n. 1989, v. 75, 1907, pp. 450-451.

[557] Outro exemplo da atuação da sabedoria coletiva é o famoso pedido de "ajuda dos universitários", no programa de auditório *Show do Milhão* (*Who wants to be a millionaire?,* na versão norte-americana). O desafio proposto ao participante consiste em selecionar a resposta correta para perguntas em nível crescente de dificuldade, para as quais há sempre quatro opções disponíveis. Um

A intuição de que os grupos têm maior chance de acertar do que indivíduos isolados encontra sua demonstração matemática no *teorema do júri de* Condorcet, formulado em 1785. As condições para que isso ocorra, segundo o autor, são quatro: (i) o problema deve envolver duas opções (resposta binária); (ii) os participantes devem votar de maneira independente uns dos outros; (iii) o voto deve ser sincero (*i.e.*, não-estratégico); e (iv) cada participante deve ter, na média, mais de 50% de chances de estar certo[558]. Para Condorcet, a correção dos vereditos, sejam eles proferidos pela Assembleia Nacional francesa ou pelos júris criminais, dependia do número e do grau de "esclarecimento" do rol de votantes[559]. A prova matemática e as eventuais críticas que ela suscita não podem (e não precisam) ser aqui desenvolvidas, eis que a transposição das ideias de Condorcet para a teoria democrática é, por diversas razões, bastante problemática.

Primeiramente, a homogeneidade intelectual exigida pelo teorema do júri de Condorcet é incompatível com a diversidade existente nas democracias. Assim, em ambientes em que o conhecimento sobre determinada questão é baixo (ou a educação em geral é baixa), o teorema poderia servir até mesmo para justificar a abolição da democracia. Além disso, a necessidade de que os jurados votem de modo independente não representa uma visão fidedigna do que acontece nas democracias contemporâneas, marcadas pelo debate no espaço público e, portanto, pelas influências recíprocas entre os cidadãos. Assim, "o teorema do júri de Condorcet coloca as duas formas de transmissão características de informação – votos e o discurso – potencialmente em conflito uma com a outra" [560]. Terceiro, e com maior gravidade, ao enfatizar a produção de um resultado correto, o teorema obscureceria a própria falibilidade das maiorias, e consequentemente dos mecanismos necessários para avaliar os resultados das políticas públicas democraticamente criadas.

---

dos socorros disponíveis é a consulta de um grupo de convidados selecionados, que levantem placas com as respostas que eles reputam corretas. Estudos feitos na versão norte-americana do programa apontam que os grupos acertam 91% das vezes, contra 65% de especialistas convidados. V. JUROWIECKI, James. *The wisdom of crowds,* ob.cit., 2005, pos. 206

[558] ANDERSON, Elizabeth. "The epistemology of democracy", ob. cit., pp. 9-10. Marquis de Condorcet. *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des decision redues à la pluralité des voix*. Paris: L'Imprimerie Royale, 1785,

[559] WILLIAMS, David. *Condorcet and modernity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 190. Daí as preocupações do Condorcet com o nível de educação pública: "Uma constituição que é realmente livre, em que todas as classes sociais desfrutam dos mesmos direitos, não pode existir se a ignorância dos cidadãos impedi-los de compreender a natureza e suas limitações" *Cinq mémoires sur l'instruction publique apud* WILLIAMS, David. *Condorcet and modernity*, ob. cit., p. 115.

[560] ANDERSON, Elizabeth. "The epistemology of democracy", ob. cit., p. 11.

Um aprimoramento da abordagem epistêmica de Condorcet é oferecido por James Surowiecki. A ideia por ele defendida consiste, em síntese, em afirmar que a diversidade intelectual prevalece sobre a *expertise* na solução de problemas cognitivos. Segundo o autor, "[s]ob as circunstâncias corretas, grupos são notavelmente inteligentes, eles são quase sempre mais espertos que as pessoas mais espertas dentro deles"[561]. A partir de estudos experimentais e casos reais, o autor demonstra que as condições que compõem o que chama de *grupos inteligentes* são as seguintes: (i) diversidade de opinião (as pessoas devem possuir algum tipo de informação privada sobre os fatos); (ii) independência (ninguém deve se conformar às opiniões alheias); (iii) descentralização (as pessoas devem ter suas próprias especializações, para que seja possível o emprego do conhecimento local); e (iv) agregação (deve existir algum mecanismo capaz de reunir os julgamentos privados e transformá-los em uma decisão coletiva)[562]. Alerte-se que essas ideias foram defendidas por Surowiecki no processo de tomada de decisão no interior de corporações, e não como uma defesa geral da democracia[563].

A transposição da abordagem desenvolvida acima para a interpretação constitucional pode ser problemática por duas razões. A primeira delas se refere ao *tipo* de problema que as cortes constitucionais estão encarregadas de resolver. A interpretação do Direito, e em especial a interpretação constitucional, envolve não apenas a descoberta do sentido de texto, mas o diálogo com outros elementos juridicamente relevantes, tal como a jurisprudência passada do tribunal, a tradição, a dinâmica política com os demais poderes e

---

[561] SUROWIECKI, James. *The wisdom of crowds,* ob.cit., 2005, p. 65. O argumento central do livro é que, dependendo das circunstâncias, seguir a opinião dos especialistas pode ser simplesmente equivocado. Para uma versão mais dura do argumento, aplicando-o ao debate sobre direito e desenvolvimento, v. EASTERLY, William. *The tyranny of experts: economists, dictators, and the forgotten rights of the poor*. New York: Basic Book, 2013, pp. 307-338.

[562] SUROWIECKI, James. *The wisdom of crowds,* ob.cit., 2005, pos. 65

[563] Assim, a despeito das correções ao teorema de Condorcet, algumas críticas ainda podem ser feitas. V. ANDERSON, Elizabeth. "The epistemology of democracy", ob. cit., pp. 13-14. *Nosso objetivo com as ideias de Condorcet e Surowiecki não é defender a superioridade epistemológica da democracia (embora nos pareça que assim seja), mas sim a importância da abertura interpretativa para a hermenêutica constitucional, trata-se, portanto, de uma tese bem menos abrangente*. Para a defesa da primeira tese, v. BENHABIB, Seyla. "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy". In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and difference*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 72: "Não são os números puros que dão suporte à racionalidade da conclusão [adotada pela maioria], mas a presunção de que se um grande número de pessoas vê alguns temas de certa maneira por resultado de procedimentos racionais de deliberação e tomada de decisão, então tal conclusão tem a pretensão presumida de ser racional até que se demonstre o contrário".

atores sociais relevantes[564]. Ela é repleta de sutilezas que transcendem aos tipos de problemas propostos por Surowiecki e Condorcet (embora, eventualmente, elas possam existir). Uma jurisdição constitucional baseada na premissa de que a maioria sempre tem razão seria, de fato, um exercício inútil, como já registrado. O magistrado constitucional ainda tem um papel relevante a desempenhar na filtragem e sopesamento dos elementos acima mencionado.

Contudo, isso não deve afastar a importância da opinião das maiorias e das pessoas em geral para a interpretação constitucional, especialmente quando elas são *fortes*. "Se muitas pessoas aceitam uma visão particular sobre uma questão importante, não deveria a Suprema Corte, e outros que pensem sobre o sentido da constituição, ***considerar*** este visão?"[565]. A resposta é claramente positiva, enquanto proposta para *incrementar a qualidade das decisões constitucionais*. As pessoas têm conhecimentos e vivências que transcendem aquelas dos juízes constitucionais e dos atores que ordinariamente orbitam a corte, que normalmente exibem perfis sociais semelhantes. Os juízes, especialmente os constitucionais, devem ser humildes para reconhecer tanto as capacidades intelectuais das pessoas comuns como as próprias limitações cognitivas das quais padecem[566]. Como salienta Cass Sunstein, "[a] intensa oposição pública é uma pista de que a interpretação da Constituição [imaginada pelo juiz] é incorreta" [567]. A própria *excepcionalidade* das situações em que há consenso (ou *quase* consensos) públicos relativamente a certas questões jurídicas deveria servir de importante alerta aos julgadores[568].

---

[564] QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*, ob. cit., pp. 201-244.

[565] SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*, ob. cit., p. 7, destaque acrescentado.

[566] Nesse sentido, parece-nos correta a crítica de Conrado Hübner Mendes ao que tem sido denominado de "representação argumentativa" do cidadão comum pelas cortes constitucionais, baseada na crença de que os poderes intelectuais do magistrado seriam superiores aos dos demais cidadão: "Costuma-se afirmar que a fonte de legitimidade do juiz está na qualidade do argumento que produz. O compromisso dos juízes com a fundamentação racional criaria uma instância de 'representação argumentativa'. Esta descrição da adjudicação foi bem-sucedida na doutrina constitucional. (...) Juízes são mais suscetíveis de acertar ou errar? Nem um nem outro. A possibilidade do erro é simétrica, nas palavras de Dworkin, se é que essa pergunta faz sentido nas 'circunstâncias da política'". (*Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 176-178).

[567] SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*, ob. cit.,p. 165.

[568] ALEXY, Robert. *A teoria da argumentação jurídica*, ob. cit., p. 29. Não é nosso objetivo oferecer uma teoria da decisão que cuide da interação entre opinião pública e decisão judicial. A pretensão aqui é bem menos abrangente: insistir na *limitação cognitiva* dos juízes e, assim, afastar a ideia de que eles não devem consultar a opinião pública ao decidir casos.

Com isso, espera-se oferecer um contraponto ao discurso tradicional, excessivamente centrado nas capacidades técnicas do juiz. Não há dúvidas que os juízes são profissionais altamente treinados, técnicos e preparados para o exercício de sua função. É preciso, todavia, não deixar que a exaltação se convole em elitismo judicial. Afinal, são as *garantias institucionais de imparcialidade do magistrado*, e não uma suposta capacidade intelectual superior, que o legitima para a composição de conflitos. Como afirma Cass Sunstein, "se este [dizer o que é o Direito] é o papel da corte, então pode parecer despropositado perguntar sobre o julgamento de outros – ainda que estes julgamentos estejam refletidos em tradições duradoras, os atuais compromissos dos cidadãos norte-americanos ou as visões dos países estrangeiros" [569]. Ademais, em se tratando especificamente da jurisdição constitucional, argumentos de técnica jurídica *são bem menos relevantes* que nos juízos ordinários.

O segundo problema se refere ao modo com as instituições judiciais dialogam com o público. A participação em processos judiciais é geralmente custosa demais para que pessoas comuns tenham interesse em fazê-lo. Contudo, para a obtenção de *diversidade de opinião*, é preciso que pessoas além daquelas que sofrerão impactos diretos decorrentes de certa controvérsia constitucional possam participar do processo constitucional. Ao contrário de concursos envolvendo prêmios em dinheiro, como o de Galton, participar de atividades cívicas é algo defendido pelo seu *valor intrínseco* (este ponto é discutido, com mais detalhes, no próximo capítulo). Será preciso, assim, estimular os indivíduos de todas as matizes para que eles colaborem no *processo público* mencionado por Häberle. Torna-se, assim, necessário construir uma *agenda inclusiva*, que não parece existir atualmente no direito constitucional brasileiro.

8.4. Participação pública e Supremo Tribunal Federal

Os benefícios epistêmicos atrelados à participação popular na interpretação constitucional demandam, naturalmente, a existência de meios e incentivos para

[569] SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*, ob. cit., p. 7. Em sentido semelhante, FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*, ob. cit., p. 77: "A consciência de um juiz e a independência do Judiciário não devem ser usadas como um fim em sim mesmo, a favor de uma imunidade alimentada pela vitalicidade e de uma solidão alimentada por Brasília. Quando isso ocorre, a sociedade radicaliza e reage: desde o descrédito do Supremo até propostas para acabar com sua independência. Aí todos perdem: o Supremo, a democracia e o Brasil".

que as pessoas se sintam interessadas a se engajar no debate constitucional. A transmissão de julgamentos parece uma maneira óbvia de gerar interesse e levar às pessoas comuns conhecimento sobre o funcionamento da corte constitucional. A forma como isso acontece será objeto de análise mais detalhada no próximo capítulo, ao qual se remete, para evitar redundância. Por ora, parece relevante discutir dois pontos. O primeiro diz respeito aos meios formais que estão disponíveis para que a corte capte os *inputs* vindos da coletividade. A incorporação do discurso da "abertura constitucional" ao direito brasileiro, materializado na Lei n° 9.868/99, seguramente proporcionou avanços, mas a literatura tem apontado para a captura dos novos mecanismos de participação interesses já processualmente representados. O segundo é a necessidade de delinear uma agenda que permita a inclusão das pessoas sem que isto represente onerá-las desnecessariamente e burocratizar ainda mais os processos judiciais. Assim, focar-se-á nos meios informais de participação pública na interpretação constitucional.

8.4.1. Métodos formais de participação constitucional: esboço de uma crítica

O pontapé inicial para o debate brasileiro sobre abertura constitucional ocorreu com a tradução da obra seminal de Peter Häberle pelo Min. Gilmar Mendes, em 1997, sucedida pela edição das Leis n° 9.868/99 e 9.882/99, ambas fortemente influenciadas pelo jurista brasileiro [570]. Embora o Código de Processo Civil sempre tenha contemplado mecanismos de intervenção de terceiros, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de 1984, vetou o seu uso nos denominados processos objetivos, nos quais se desenvolve o controle concentrado de constitucionalidade [571]. Com a edição das leis federais mencionadas,

[570] Para uma análise do contributo do Min. Gilmar Mendes para a jurisdição constitucional brasileira, v. FERREIRA, Siddharta Legale. FERNANDES, Eric Baracho Dore Fernandes. "O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes". *Rev. direito GV* v. 9 n.1, São Paulo, Jan./June 2013. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. "Moreira Alves VS. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal". *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2010, p. 135.

[571] A norma do art. 169, § 2º, do Regimento Interno do STF, incluída pela Emenda Regimental nº 2/1985, estatui: "Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. (...) § 2º. Não se admitirá assistência a qualquer das partes". A interpretação pelo descabimento, contudo, é anterior à emenda, vindo desde a Rp nº 1.155, rel. Min. Soares Munoz, *Revista de Direito Administrativo* n. 155, 1984, p. 155 e ss.. Consoante esclarece o relator, o STF vinha admitindo a intervenção processual por terceiros. O que não se admitia é que postulassem interpretações próprias: "Assim como ninguém tem direito subjetivo à promulgação da lei, assim também ninguém tem direito subjetivo a esta ou àquela interpretação *in abstrato* " (p. 161). Na assentada, contudo, os Ministro concluíram que a defesa objetiva do ordenamento não é compatível com instrumentos próprios aos processos subjetivos. O golpe derradeiro foi a edição da ER nº 2/85,

abriu-se a possibilidade de admissão de *amici curiae* (amigos da corte) e a realização de audiências públicas pela corte constitucional brasileira nos processos objetivos de constitucionalidade, dois celebrados instrumentos de participação da sociedade na jurisdição constitucional[572].

O *amicus curiae* consiste, em síntese, em um terceiro interveniente, que contribui com informações e argumentos para a formação de convencimento dos magistrados[573]. A atuação pode ter por fundamento o interesse de certa categoria – é o que normalmente ocorre –, mas também pode ocorrer de forma desinteressada, objetivando apenas a melhoria do debate público (v., *e.g.*, as participações de *think tanks*, clínicas jurídicas e entidades do terceiro setor). Embora o *amicus curiae* seja frequentemente associado às questões constitucionais, nada impede que seja admitido também em processos envolvendo problemas jurídicos infraconstitucionais, como tem ocorrido com frequência, por exemplo, em julgamentos relevantes no Superior Tribunal de Justiça. De maneira geral, os *amici* têm sido defendidos como uma maneira de ampliar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, na esteira das teses de Häberle.

Os argumentos contrários à figura do *amicus* têm índole formal ou consequencialista. No primeiro grupo, afirma-se que o processo objetivo versa apenas a interpretação abstrata da lei, não havendo interesse individual em participar do processo, como registra a jurisprudência do STF pós-1984, citada acima. O artificialismo do argumento salta aos olhos: é claro que pessoas comuns têm interesse no conteúdo das leis e na interpretação que será a elas atribuída (não fosse assim, elas sequer teriam se dado ao trabalho de pedir para participar do processo). O segundo argumento – pragmático – parece mais

---

transcrita acima. Na era pós-88, a jurisprudência do STF rejeitava oficialmente a admissão de terceiros até a Lei nº 9.868/99 (v. AgR-ADI nº 1.245-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19 set. 1997. Sem embargo, Damares Medina registra casos de admissão de *amici* previamente à edição da lei. V. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

[572] BINENBOJM, Gustavo. "A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99". SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 148-149.

[573] MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?,* ob. cit., p. 17. O relatório *Brandeis* foi apresentado perante a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1908 e representa um marco na história da atuação dos *amici curiae*, pois, das mais de cem páginas, apenas duas eram devotadas a argumentos de índole jurídica. Sobre o tema, v. COLLINS, Paul M. *Friends of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 37-74. KRISLOV, Samuel. "The amicus curiae brief: from friendship to advocacy", *Yale Law Journal* n. 72, 1962-1963, p. 696.

consistente. A admissão de diversos *amici curiae* em um mesmo caso pode tumultuar o processo e impedir o bom funcionamento do tribunal[574]. A pauta congestionada do STF e os votos preparados antes do julgamento explicam a impaciência dos Ministros com a longa lista de sustentações orais no Plenário[575]. A abertura do tribunal não pode chegar ao ponto de inviabilizá-lo e tem servido como justificativa tanto ao controle de representatividade dos *amici* como às restrições de suas prerrogativas processuais[576]. Uma estratégia de conciliação entre a efetividade do processo e a abertura epistêmica é urgente.

Sob a perspectiva crítica, a doutrina tem suscitado questionamentos, em primeiro lugar, quanto ao controle de ingresso dos *amici* dos processos do STF pelo relator, sem que seja possível a revisão pelo (já sobrecarregado) Plenário[577]. Na prática, é o arbítrio individual que decide quem tem ou não legitimidade para ser incluído no processo. Em segundo lugar, há o problema da seletividade na participação. Com efeito, Cassio Scarpinella Bueno afirma que a figura neutra e imparcial do *amicus* transformou-se, de certo modo, em interessada e parcial, pelejando por sua intervenção no processo "muito mais para a tutela de direitos seus" do que para manter o juízo informado. Conceituando o processo como

---

[574] A participação pública em processos decisórios, sejam eles de qualquer natureza, traz riscos, cujo mais evidente é o risco à ação estatal eficiente. É fato notório que o STF encontra-se sobrecarregado pelo volume de processos julgados, e defender mais participação popular parece ir de encontro à celeridade processual desejada (ou necessária ao enfrentamento do atual estoque processual). Acreditamos, contudo, que a solução para o problema jurisdição brasileiro não está nos mecanismos de aceleração de julgamentos (processuais ou institucionais), mas na revisão do próprio papel exercido pelo STF. Sobre eles, v. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 156-167.

[575] A sustentação oral dos *amici* passou a ser admitida a partir da Emenda Regimental nº 15/2004, que alterou o art. 131, § 3º, do RISTF, que passou a ter a seguinte redação: ""§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento".

[576] Formulamos crítica à posição do STF em outra publicação, v. FONTE, Felipe de Melo. CASTRO, Natália Goulart. "Amicus curiae, repercussão geral e o projeto de código de processo civil". In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo* Civil. Salvados: JusPodium, 2013, pp. 869-889.

[577] A possibilidade de interposição de recurso contra decisão que indefere a admissão de *amicus curiae* estava consolidada até 2012. Até esse ano, o STF admitia a recorribilidade, como ocorreu na ADPF 187, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*e 27 jun. 2011, na ADI 3615, rel. Minª. Cármen Lúcia, *DJ*e 25 abr. 2007 e na ADI 3394, rel. Min. Eros Grau, *DJ*e15 ago. 2008. Porém, a divergência foi aberta pelo Ministro Marco Aurélio, na ADI 3396 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*e 25 mai. 2012. A matéria não está pacificada na corte, como se verifica no RE n° 590.415 AgR-segundo/SC, rel. Min. Roberto Barroso, *DJ*e 30 abr. 2015.

”deformação” do *amicus curiae*, assevera: “De um *amicus* ‘neutro’ passou-se a um *amicus* ‘litigante’” [578].

É possível que a combinação entre *amici curiae* interessados e o excesso de processos submetidos à jurisdição do STF tenha contribuído para o problema maior, que é a pouca relevância da intervenção dos *amici* na produção da decisão final (uma pauta para estudos empíricos seria levar em consideração se os argumentos autônomos declinados pelos *amici* são considerados nos debates e votos escritos). Nesta esteira, a corte constitucional tem promovido a divisão do tempo de sustentação oral entre os vários *amici curiae*, deixando assim espaços mínimos para intervenções[579]. Em alguns casos, os advogados falam por apenas cinco minutos, tempo que não permite o desenvolvimento completo de uma linha argumentativa simples[580].

O segundo modo formal de intervenção são as ***audiências públicas***[581]. Em tese, elas deveriam ser realizadas para que o tribunal fosse instruído a respeito de matérias técnicas. Na dicção legal, elas deveriam ser convocadas para “esclarecimento de matéria de ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos” (art. 9º, § 1°, da Lei n° 9.868/99). A prática das audiências tem revelado, contudo, a sua vocação para a apresentação das visões de diversos segmentos sociais, instaurando-se um genuíno

---

[578] BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125.

[579] RISTF: “Art. 131. (...) § 3°. § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento. (...). Art. 132. (...) § 2°. § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, **será dividido igualmente entre os do mesmo grupo**, se diversamente entre eles não se convencionar”. A regra, portanto, determina a divisão dos 30 minutos de sustentação entre todos os *amici curiae* admitidos que pretendam produzir sustentação oral.

[580] O modelo de decisão no Brasil transformou a sustentação oral em direito do advogado (art. 7º, inciso IX, da Lei n° 8.906/94), e não em veículo para a realização da justiça. Na prática, nos julgamentos colegiados, os relatores já comparecem com as decisões prontas para a leitura, tornando a sustentação oral, na maioria das vezes, um exercício despiciendo e cansativo. O ideal é que somente casos verdadeiramente relevantes fossem submetidos à sustentação oral, que deveria ser realizada em data prévia àquela designada para o julgamento (permitindo, assim, ao relator que tenha tempo de refletir sobre os argumentos que lhe foram apresentados).

[581] Sobre o tema, v. LIMA, Barbara Scavone Bellem. “Participação democrática no controle de constitucionalidade brasileiro”. *Dissertação de mestrado* (USP), 2013. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

contraditório paralelo ao ocorrido nos autos[582]. A despeito dos inegáveis aspectos positivos que possuem, ao permitir a criação de uma verdadeira arena de debates em torno das questões constitucionais[583] e reforçar do tribunal por meio de sua exposição pública, as audiências públicas têm sofrido quatro críticas dignas de nota.

A primeira crítica se refere à ausência dos Ministros nas sessões públicas. Ora, uma das funções das audiências é influir no *contexto de descoberta* dos Ministros, contribuindo para a formação das suas respectivas convicções. O baixo comparecimento certamente impacta negativamente neste propósito. A segunda diz respeito à ausência de efetivo engajamento dialético com o conteúdo dos especialistas ouvidos nos votos e debates do Plenário. A terceira crítica diz respeito à excessiva concentração dos especialistas nas denominadas "partes interessadas". São as próprias partes do processo que acabam por indicar os especialistas que serão ouvidos, deixando pouco espaço para a sociedade civil. Finalmente, a quarta crítica refere-se à escolha dos participantes: estudos empíricos detectaram o desequilíbrio no número de especialistas partidários de diferentes teses nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, os mecanismos de abertura democrática da jurisdição constitucional resultantes das Leis nº 9.868/99 e n° 9.882/99, tão celebrados pela academia, acabaram, em certa medida, capturados por atores interessados e diminuídos pela excessiva carga de processos que a corte tem enfrentado. Isso acabou por impedir que toda a potencialidade contida na ideia de *sociedade aberta de intérpretes* fosse realizada[584]. Nesse sentido, resgatar a ideia de uma *verdadeira* sociedade aberta de intérpretes da constituição

---

[582] LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. "As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimacão formal?", ob. cit., p. 515.

[583] As audiências públicas podem ser a solução para o grave problema envolvendo as sustentações orais em Plenário. Como os advogados normalmente falam quando o voto do relator já está pronto, a oportunidade para que influam, por meio da palavra oral, no resultado do julgamento, é bastante reduzida. As audiências permitem esta interação ainda na fase de construção do entendimento dos Ministros. Por isso é relevante a presença dos Ministros nas audiências, como bem destacado por LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. "As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimação formal?", ob. cit., p. 525.

[584] V. a aguda crítica de GOMES, Juliana Cesario Alvim. "Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição". *Dissertação de Mestrado* (UERJ), 2014, pp. 14-15: "Não obstante o arrojo do seu ponto [desenvolvido por Peter Häberle], a doutrina brasileira recebeu-a de forma limitada, conformando-a à sua obsessão institucional". Com o mesmo diagnóstico, MUDROVITSCH, Rodrigo. *Desentrincheiramento da jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105, apontando a inexistência de "efetivos canais de comunicação entre as opiniões políticas próprias da sociedade brasileira e as decisões tomadas no âmbito do Parlamento e dos Tribunais", o que seria causa da ausência de arenas de dissenso na sociedade civil.

envolve levar o trabalho da corte às pessoas comuns, e abrir outros meios informais e menos custosos de participação popular. É o tema do tópico seguinte.

8.4.2. Métodos informais de participação constitucional: esboço de uma agenda

Se o televisionamento tem o condão de causar saliência sobre temas relevantes de justiça constitucional – é a hipótese aqui aventada –, e isto gera um acréscimo do "estoque de ideias" sobre o tema, promovendo ganhos epistêmicos para a Corte, então é preciso que, de alguma maneira, o tribunal seja provido de meios para *alcançar* esse conteúdo. Os meios formais delineados acima não parecem ter sido integralmente bem-sucedidos na realização deste propósito, a despeito de representarem um avanço quando comparados ao modelo anterior. Como registrado, eles impõem custos aos cidadãos, dependem da demonstração específica de representatividade e/ou *expertise* e, finalmente, estão sujeitos à vasta discricionariedade dos julgadores, elementos que dificultam sobremaneira a participação do cidadão comum. O ponto não é singelo e dele depende a higidez do argumento.

De partida, é preciso diferenciar as duas situações de ganho epistêmico delineadas anteriormente. Por um lado, é bastante difícil que os juízes constitucionais tenham capacidade de identificar, em meio ao ruído provocado pela multiplicidade de vozes, aquilo que corresponde à vontade popular. O Supremo não tem contrato com os institutos de pesquisa e nem deveria ter. A mídia tradicional, por seu turno, também não é porta-voz oficial dos anseios populares[585]. A ideia, contudo, não postula que os juízes sejam capazes de atuar com esse grau de sintonia fina. A existência de uma grande coalizão pública favorável ou contrária a certa interpretação da Constituição será facilmente percebida pelos juízes, e muito provavelmente ela far-se-á representar formalmente no processo judicial. Como visto, o argumento requer que os juízes reflitam detidamente sobre decisões que contrariem a vontade

[585] REIS, Jane Gonçalves Pereira. "O Judiciário e a opinião pública", ob. cit.: "A formação de uma ideia pode ser resultado da interação não planejada entre as pessoas. Pode também surgir da relação entre o público e os meios de comunicação de massa. Em certas situações, a opinião hegemônica dos cidadãos surge espontaneamente e, em sequência, é captada e vocalizada na mídia tradicional. Noutras ocasiões, diversamente, é a visão dos agentes controladores da mídia que influencia e determina a opinião da audiência. Nessa dinâmica, não raro se torna impossível apontar a origem da ideia tida por hegemônica e divisar a sempre lembrada diferença entre a opinião pública e a 'opinião publicada'".

pública manifestada de **maneira *intensa* e *evidente***. Todo o insulamento real e institucional existente atualmente não impedirá os juízes de ter ciência, *e.g.*, de manifestações na porta do tribunal, abaixo-assinados e mobilização política.

O segundo ponto, mais problemático, diz respeito ao acesso dos juízes ao "estoque *ampliado* de ideias". Há três estratégias para lidar com o problema, nenhuma delas perfeita. Primeiro, deve-se reconhecer que juízes são seres inseridos no mundo. Eles leem jornais e revistas, *blogs* na *internet*, participam de redes sociais, assistem à televisão, meios que são capazes de prover, em certa medida, informações sobre as ideias circulando na esfera pública a respeito do sentido da constituição e da atuação do próprio tribunal. No capítulo 6, foram citados exemplos de reação judicial posteriores aos julgamentos, baseadas em manifestações da mídia. O segundo meio de interação possível são as *redes de comunicação interpessoais*: os juízes e seus assessores diretos conversam com pessoas, que por sua vez estabelecem contato com outros indivíduos, estabelecendo uma corrente de transmissão de informações[586]. Não se pode subestimar o papel exercido e o valor, inclusive econômico, que esses contatos têm no exercício da atividade jurisdicional[587].

A terceira estratégia, mais heterodoxa, constitui-se em uma agenda genuinamente inclusiva das pessoas comuns na interpretação constitucional. Isso significa abrir consultas públicas por via eletrônica para que as pessoas comuns possam opinar em casos relevantes[588], realizar reuniões públicas e periódicas entre os juízes constitucionais, membros de grupos de interesse relevantes e pessoas comuns em diferentes cidades[589].

---

[586] KATZ, Elihu. LAZARSFELD, Paul F. *Personal influence: the part played by people in the flow of mass communications*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006, pp. 44-45. Os autores desenvolvem o conceito de comunicação em dois passos. Segundo eles, a comunicação de massa não tem impacto direto sobre as pessoas, mas este impacto é mediado por líderes (formadores e repassadores de opinião). O ponto geral é que, no fundo, são os círculos pessoais (de amizade, trabalho, família, etc.) que definem as opiniões pessoais.

[587] A despeito de todo os mecanismos existentes para blindar juízes da influência dos grupos de interesse, é evidente a existência do *lobby* também no âmbito judicial. Há várias razões estratégias atrelados à opção dos grupos de interesse pelo Judiciário, cf. NEUBAUER, David W.; MEINHOLD, Stephen S. *Judicial process: law, courts, and politics in the United States*. 5ª Ed. Boston: Wadsworth, 2010, pp. 222-224.

[588] O órgão responsável por este tipo de interação não precisa estar necessariamente vinculado aos gabinetes dos Ministros, mas pode ficar atrelado à secretaria de comunicação social do tribunal. Esta ficaria encarregado por divulgar, pela *internet* e na TV Justiça, o ingresso de casos de interesse público, a existência de prazo para o comentário, e compilaria a lista de ideias apresentadas, disponibilizando-as aos gabinetes para oportuna utilização.

[589] Não compartilhamos do ceticismo da Linda Greenhouse quanto à possibilidade de que os juízes façam "conferências de imprensa para explicar e elaborar suas opiniões escritas". Se isso pode gerar

Quando mais exposição à vivência e às ideias geradas a respeito da constituição, melhor será. Aliás, esta é a primeira lição do belo livro de Bryan Stevenson, tratando de sua advocacia humanitária: a *proximidade* é o atributo essencial para que sejamos capazes de verdadeiramente compreender uns aos outros[590].

8.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Em *Estes*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, pela voz autorizada do *Justice* Clark, afirmou que a função central do arcabouço jurisdicional é "a busca pela verdade", sendo que a *televisão* não contribui com esse objetivo[591]. No fundo, o argumento é que o público não teria qualquer papel a desempenhar no processo de aplicação do Direito, compreendido este como uma atividade puramente intelectiva, técnica e, por consequência, solipsista. Neste capítulo procuramos apresentar argumentos capazes de refutar esta assertiva.

Assim, assentamos que, no contexto da construção de sentido das constituições, a evolução e a coparticipação interpretativa das pessoas comuns são inevitabilidades. O texto constitucional é sempre revisto à luz das novas circunstâncias culturais e sociais de cada momento histórico. Por outro lado, as pessoas e as demais instituições não-judiciais também interpretam e aplicam a Constituições em seus negócios, públicos e privados. Quando se trata de interpretação judicial, a instauração de uma dialética com o público é, a um só tempo, uma exigência democrática e, ainda, pode ser uma estratégia hermenêutica para incrementar a consistência e a qualidade das decisões constitucionais. No fundo, abrir o processo constitucional significa que não devemos apostar todas as fichas na superioridade cognitiva dos juízes.

Ao fomentar a participação pública, tem-se a expansão do *estoque de ideias* (Hayek), que serve tanto para reduzir o esforço hermenêutico dos atores formais no processo judicial e ajuda a descobrir pontos de vista e informações que eles não puderam

---

benefícios para a jurisdição constitucional, por que não? ("Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", ob. cit, p. 1539).

[590] STEVENSON, Bryan. *Just mercy: a story of justice and redemption*. New York: Spiegel & Grau, 2014.

[591] 381, U.S. 545, p. 6.

antever. A *intuição coletiva* (Condorcet e Surowiecki), por sua vez, tem importância na medida em que o julgador não está em condição de superioridade epistemológica aos demais cidadãos comuns – e ao menos no que pertine à construção dos sentidos da constituição –, mas que a sua legitimidade para julgar decorre da posição institucional privilegiada que detém.

O modelo de abertura participativa do processo constitucional brasileiro, a despeito de todas os avanços ocorridos nas últimas duas décadas, que devem ser celebrados, ficou emperrado em discussões sobre o *amici curiae* e as audiências públicas, instrumentos que são normalmente capturados por grupos de interesse. Com efeito, é preciso resgatar o projeto de abertura a partir das pessoas comuns (e não de interesses organizados), o que pode ser feito com o uso extensivo da tecnologia, a criação de incentivos para que as pessoas opinem sobre temas constitucionais relevantes e a exposição dos juízes à opinião pública.

Capítulo 9

9. O ARGUMENTO CÍVICO

SUMÁRIO: 9.1. INTRODUÇÃO. 9.2. AS VIRTUDES CÍVICAS REVISITADAS. 9.3. O DECLÍNIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESPAÇO PÚBLICO. 9.4. A TEORIA DA IGNORÂNCIA RACIONAL. 9.5. ATIVISMO CÍVICO, TELEVISIONAMENTO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. 9.6. CONCLUSÕES PARCIAIS.

9.1. INTRODUÇÃO

No presente capítulo será desenvolvido o *argumento cívico* em defesa do televisionamento de cortes constitucionais, que se traduz em uma concepção de jurisdição constitucional preocupada com a *ativação da cidadania*[592]. Segundo essa visão, um dos papéis da corte constitucional consiste em contribuir para a criação de *contextos institucionais deliberativos* para que as pessoas se sintam estimuladas a discutir questões políticas nos espaços público e privado. O primeiro passo para a formulação do argumento consiste em analisar, sob o prisma normativo/deontológico, o grau de engajamento com o espaço público que a teoria democrática espera do cidadão comum. A discussão perpassa pelo equilíbrio ideal entre as liberdades positivas e negativas[593], tendo por objetivo a construção de um genuíno regime democrático. Sob este prisma serão discutidas, brevemente, as ideias democráticas liberal, deliberativa e o republicanismo democrático.

---

[592] Os capítulos 7 e 8 da presente tese assentam-se em premissas já estabelecidas sobre a jurisdição constitucional, respectivamente, a necessidade de legitimidade e o pluralismo hermenêutico, articulando-as com a participação popular. Os capítulos 9 e 10, por outro lado, extrapolam as ideias convencionais sobre as funções da jurisdição constitucional. Eles buscam oferecer uma compreensão mais ampla sobre a relação entre constitucionalismo e democracia e, assim, uma contribuição nova para a discussão. Sobre a ideia de funções da corte constitucional, v. TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 192-193: "Mas é fato notoriamente admitido que um amplo rol de funções *próprias* do Tribunal Constitucional tem sido determinado aos diversos tribunais constitucionais, 'um formidable complejo de competencias' (Enterría, 1983:157). Poder-se-ia crer que há, nesse elenco de funções, uma exacerbação (consciente ou não) do Tribunal Constitucional. Na realidade, contudo, trata-se mais propriamente, de uma realidade inafastável, carecendo de sistematização (raramente encontrável na doutrina) e de análise mais acurada das necessidades que, além do controle das leis, derivam imediatamente de uma Constituição, para garantir-se sua supremacia (a teoria, aqui, sustenta-se na ideia de função unitária como ponto de partida para seu próprio desmembramento e elucidação)".

[593] Conforme distinção desenvolvida no trabalho clássico de BERLIN, Isaiah. "Two concepts of liberty". In: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

O segundo passo consiste em verificar, *in concreto*, se a relação entre governos e indivíduos corresponde, em alguma medida, aos ideais defendidos pela(s) teoria(s). Como já se pode antecipar, *existe um desconcertante desencontro entre as exigências normativas das teorias que priorizam a participação do indivíduo no espaço público e a realidade das democracias contemporâneas*, de baixa intensidade e marcadas pela atuação intensa dos grupos de interesse[594]. Da mesma maneira que as teorias político-normativas sobre os papeis de juízes e legisladores acabam exigindo abstrações contrafáticas para funcionar – das quais a figura mais famosa e emblemática é o juiz Hércules de Ronald Dworkin[595] –, cabe indagar se os teóricos da democracia não esperam semelhantes virtudes sobre-humanas do cidadão comum.

O terceiro tópico destina-se à apresentação de um diagnóstico para o problema. O descompasso entre teoria e prática será analisado a partir das premissas da *teoria da ignorância racional* que explica, à luz da racionalidade tipicamente econômica, a razão pela qual cidadãos comuns pouco se interessam pela condução cotidiana da política. Há, certamente, muitas explicações possíveis para a baixa participação da sociedade civil na política – a mais óbvia, certamente, é a desilusão generalizada com os políticos[596] –, mas poucas permitem um diagnóstico e perspectivas de tratamento tão claros quanto a teoria de Anthony Downs[597]. O uso da racionalidade econômica e a compreensão de que a participação

---

[594] Para uma crítica contundente e um projeto de revitalização democrática, v. UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the progressive alternative*. London: Verso, 1998, especialmente pp. 263-287.

[595] O autor emprega a figura mitológica para indicar um juiz capaz de "construir um esquema de princípios abstratos e concretos que força uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas". A abstração é essencial à teoria do "Direito como integridade" do autor norte-americano. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, ob. cit., p. 182. Para uma crítica, v. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n. 156, 7 jan. 2002, disponível em: http://bit.ly/1OhQDl4.

[596] Nesse sentido, v. DUNN, John. *Democracy: a history*. New York: Atlantic Monthly Press, 2005, p. 166. No Brasil, analisando as suas consequências para o debate entre constitucionalismo e democracia, v. BARROSO, Luís Roberto. "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 22-23. Na mesma coletânea, ainda sobre o mesmo tema, mas escorando-se em *insights* oriundos de outras ciências sociais, veja-se: MARRAFON, Marco Aurélio. "Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 115-121.

[597] DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Boston: Addison Wesley, 1957.

no espaço público é internalizada como um *custo* individual pode ser fonte de valiosos *insights* para a melhoria de qualidade das democracias reais.

Em seguida, será oferecida a ideia de que, para atender aos ideais de participação democráticos e republicanos, que se encontram presentes entre os princípios fundantes da ordem constitucional de 1988 – e, em geral, também nos países que seguem o modelo democrático ocidental –, cabe às instâncias governamentais o dever de promover contextos institucionais adequados à participação pública. Isso significa que os instrumentos tradicionais de democracia indireta e semidireta não são suficientes para resolver a dificuldade associada aos custos de participação na gestão comum da coisa pública – muito bem reconhecidos e explicados pela teoria da ignorância racional –, que são especialmente gravosos às pessoas menos favorecidas economicamente. A desatenção a este problema tem resultado em uma *democracia parcial*, em que somente os membros dos estratos econômicos mais favorecidos conseguem realmente participar das decisões coletivas[598].

Assim, o uso do televisionamento, associado às tecnologias de transmissão pela *internet*, pode apresentar-se como uma alternativa capaz de reduzir dramaticamente os mencionados custos participativos em assuntos públicos. A radiodifusão, por ser o meio de comunicação de massa por excelência, deveria ser empregada com maior frequência para essa finalidade. Em particular, a transmissão de julgamentos da corte constitucional, em razão de suas características, pode ter o relevante papel de gerar *saliência pública* sobre temas importantes para a sociedade, servindo como relevante fator de ignição cívica (e não como anestésico, como tem sido defendido). Esta é a tese central defendida no presente capítulo.

9.2. AS VIRTUDES CÍVICAS REVISITADAS

[598] O problema é amplo e não pode ser enfrentado, em sua inteireza, nestas linhas. Para uma discussão crítica a respeito do papel do dinheiro na democracia norte-americana, em especial nas campanhas eleitorais, v. LESSIG, Lawrence. *Republic, lost: how money corrupts Congress – and a plan to stop it*. New York: Twelve, 2011, pp. 89-171. Para o debate no Brasil, v. SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. "Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 673-700. AIETA, Vânia Siciliano. "Considerações sobre a problemática do financiamento de campanhas diante do fenômeno da corrupção". In: *Revista brasileira de direito eleitoral*, v. 6, n. 10, jan./jun. 2014, pp. 219-232.

Na sua raiz linguística, democracia significa *governo do povo*. Em teoria, trata-se de um sistema governamental em que, a um só tempo, os governantes são escolhidos pelo voto popular e os interesses de todos os seus participantes são considerados na tomada de decisões. O seu pressuposto essencial é a igualdade política intrínseca entre os indivíduos participantes [599]. A despeito deste consenso básico, definir as exigências normativas de um regime verdadeiramente democrático não tem sido uma tarefa simples e incontroversa. De um lado, adeptos do liberalismo tendem a priorizar os direitos privados individuais – os denominados direitos negativos – em detrimento de qualquer participação no espaço público; de outro lado, republicanos tendem a compreender a arena pública como o *locus* de construção da identidade comunitária e, por isso, conferir prioridade aos direitos de participação política. No meio do caminho está a síntese promovida pela democracia deliberativa, sugestivamente denominada de *republicanismo liberal* por Canotilho[600].

As diversas teorias da democracia impõem diferentes exigências cívicas sobre os cidadãos. O modelo liberal prioriza a aquisição de direitos individuais privados e a mobilização do aparelho estatal para assegurá-los[601]. Essa esfera nuclear de proteção individual envolve as liberdades de pensamento, expressão, imprensa, associação e religião, o direito de propriedade, os direitos políticos e o Estado de Direito[602]. Sem que estes direitos estejam resguardados, não há como existir uma sociedade de pessoas livres e iguais. Por isso, a prioridade liberal está na imposição de limites ao uso abusivo do poder estatal, inclusive aquele exercido pelas maiorias ocasionais, e não nos mecanismos de participação popular da gestão pública. Na verdade, os liberais são céticos quanto aos benefícios individuais da expansão do poder de decisão majoritário, já que, individualmente consideradas, as pessoas têm pouquíssimo poder decisório, e poucas de fato se aventuram na

---

[599] GUTMAN, Amy. "Democracy". In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (org.). *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2ª. Ed, v. 1. Blackwell: Malden, 2007, pp. 521 e ss.. O tema da igualdade política será desenvolvido com maior profundidade no capítulo 10.

[600] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1414-1416.

[601] V. GUTMAN, Amy. "Democracy", ob. cit., pp. 523-525; HABERMAS, Jürgen. "Three Normative Models of Democracy". In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and difference*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 22: "De acordo com a visão liberal, o *status* do cidadão é determinado primeiramente de acordo com os direitos negativos que ele possui *vis-à-vis* com o Estado e os outros cidadãos".

[602] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 64-69.

política. Portanto, seguindo tal lógica, seria irracional abrir mão de direitos individuais em favor da política majoritária.

De fato, a teoria liberal está menos preocupada em desenvolver uma narrativa política historicamente situada para a formação dos direitos. Os autores liberais acabam articulando fundamentações teórico-racionais para a defesa dos direitos fundamentais, descurando-se dos processos reais que desaguaram na atual situação histórica (uma ordem política formada *ex nihilo*)[603]. Neste sentido, os modelos contratualistas nada mais são do que abstrações contrafáticas que retiram do processo de fundação e justificação das instituições políticas suas características essenciais: a natureza comunitária e historicamente situada que elas possuem[604]. Esses mesmos modelos relegam ao segundo plano o processo público de discussão relativa ao bem-estar coletivo; não há preocupação em estipular deveres cívicos aos cidadãos, que devem ser livres para escolher, segundo melhor lhes aprouver, como ocupar seu tempo. Por todos esses motivos, é adequado afirmar que o modelo normativo de democracia liberal impõe baixíssimas expectativas participativas ao cidadão comum[605]. Até mesmo o voto, a menor de todas as obrigações cívicas, não deveria ser obrigatório.

A discussão sobre o republicanismo era inexistente até a década de 1960, quando entrou em pauta nos Estados Unidos, como uma reação à prevalência da narrativa liberal, que triunfou naquele país e, nas últimas décadas, também na Europa e América Latina[606]. Sabe-se que a expressão república remete ao latim *res publicae*, que

---

[603] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 1414: "A teoria liberal assenta nos seguintes postulados: (1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve para colocar o estado a serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema económico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins coletivos".

[604] WALZER, Michael. "A crítica comunitarista ao liberalismo". Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro: In: *Política e paixão: rumo a um liberalism mais igualitário*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 205-238.

[605] HABERMAS, Jürgen. "Three Normative Models of Democracy", ob. cit., p. 27.

[606] Os primeiros autores a redescobrir o tema foram historiadores, preocupados em oferecer algo em contraposição à predominância da narrativa liberal a respeito da fundação daquele país. Eles buscaram resgatar a influência das cidades do norte da Itália que, em plena renascença, implementaram modelos de autogoverno exercidos por uma parcela aristocracia. Por sua vez, as cidades italianas se inspiraram nos modelos grego e romano. A propósito, v. HAAKONSSEN, Knud. "Republicanism", In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (org.). *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2ª. Ed, v. 1. Blackwell: Malden, 2007, p. 790. PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*. New York: Simon & Schuster, 2000, p. 22.

significa, em tradução literal, *coisa pública*. Na literatura histórica, ela é usada para designar o sistema de governo romano no período compreendido entre 510 a.C., data da expulsão dos monarcas da cidade, e 31 a.C., quando ocorre ascensão de Augusto ao trono: período em que a cidade não foi governada por monarcas, mas sim por aristocratas que compareciam ao *fórum romano* para decidir sobre a condução dos negócios públicos. Assim, na raiz do ideal republicano está o propósito de evitar o domínio de apenas um indivíduo (cesarismo) sobre a coletividade.

O republicanismo contemporâneo nasce como uma crítica à concepção liberal de liberdade. Enquanto os liberais estão preocupados *prioritariamente* com a preservação da autonomia individual contra a opressão, os republicanos defendem uma concepção mais vigorosa, denominada *liberdade como não-dominação*[607]. A defesa do espaço de autonomia privada dos cidadãos não impede que a opressão ganhe outras formas, tais como, por exemplo, por meio da discriminação generalizada às minorias. A verdadeira liberdade, portanto, não se limita à proteção de uma esfera de autonomia pessoal. Para os republicanos, a política não é apenas um espaço de mediação dos conflitos sociais, mas tem também um papel constitutivo da cidadania[608]. O republicanismo recusa a reprodução da lógica de mercado na política, exatamente o que resulta das premissas liberais aplicadas à democracia. Em síntese, o republicanismo espera do indivíduo certo grau de engajamento cívico[609].

A teoria da democracia deliberativa pode ser vista como uma versão intermediária entre a democracia liberal e o republicanismo a respeito do papel do indivíduo no espaço público, daí a expressão republicanismo liberal. Os teóricos da democracia deliberativa pretendem descrever como as decisões públicas deveriam ser tomadas[610]. Segundo Seyla Benhabib, o modelo deliberativo exige que as decisões coletivas, para que

---

[607] PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 51 e ss..

[608] HABERMAS, Jurgen. "Three Normative Models of Democracy", ob. cit., p. 21.

[609] Em alguma medida, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 adotou traços do republicanismo, do qual o mais saliente é o *voto obrigatório*. Sobre o ponto, v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*, ob. cit., p. 220. Os autores, contudo, ressalvam os riscos associados a essa visão: "Cumpre ressaltar, finalmente, que certas vertentes do republicanismo podem assumir um viés autoritário, ao pretenderem impor aos indivíduos virtudes cívicas, por intermédio dos instrumentos coercitivos do Direito" (p. 220).

[610] DUNN, John. *Democracy: a history*, ob. cit., p. 178.

sejam reputadas legítimas e racionais, sejam objeto de deliberação coletiva conduzida com racionalidade e liberdade entre indivíduos livres e iguais[611]. As decisões devem ser reflexivas, cuidadosas e tomadas em boa-fé, e não baseadas em cálculos do maior benefício pessoal, como acaba resultando das premissas liberais. Segundo registra Amy Gutman, "[n]a democracia deliberativa as pessoas coletivamente moldam suas próprias políticas por meio de argumentos persuasivos"[612]. O papel do poder de argumentação no âmbito da democracia deliberativa não pode ser diminuído.

A crítica deliberativa afirma que o modelo de democracia representativa clássico parte da assunção de que as pessoas têm opiniões "definitivas e racionais" sobre os temas políticos, deixando aos seus representantes o papel de fazê-las valer no espaço público[613]. No mundo real, as pessoas não ostentam essas preferências apriorísticas, mas elas são formadas a partir da participação e do diálogo no próprio espaço público. Como consequência óbvia, não é possível uma verdadeira democracia sem o engajamento individual nas discussões públicas. Assim, embora sem o mesmo ímpeto republicano ao enfatizar o papel do cidadão na esfera pública, os teóricos da democracia deliberativa chamam atenção para a necessidade de trazer as pessoas para o espaço público para a construção de uma democracia verdadeira.

Como ressalta Mangabeira Unger, uma das críticas permanentes às sociedades contemporâneas refere-se ao papel diminuto atribuído ao cidadão comum[614]. A passividade das massas, que permanecem ausentes, com assustadora recorrência, das grandes discussões públicas, pode se converter em grave problema de legitimação da atividade estatal. Isso porque, quanto maior o tamanho do Estado, maiores são as exigências de legitimidade[615].

---

[611] BENHABIB, Seyla. "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", ob. cit., p. 69.

[612] GUTMAN, Amy. "Democracy", ob. cit., pp. 527. E a autora prossegue: "Os adeptos da democracia deliberativa defendem a persuasão como a forma mais justificável de exercício de poder político, porque ela é a mais consistente com o respeito à autonomia das pessoas, suas capacidades de autogoverno". SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, pp. 6-7.

[613] SCHUMPETER, Joseph. A. *Capitalism, socialism and democracy*. 5ª. Ed. London: Routledge, 2003, p. 269.

[614] UNGER, Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996, p. 164. O autor identifica, ainda, duas outras: o excesso de desigualdade e a desconexão entre as pessoas. Como solução, propõe o que denomina de "democracia mobilizacional" (*mobilizational democracy*, no original).

[615] HABERMAS, Jurgen. *Legitimation crisis*. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975, p. 91.

E não há dúvida que os Estados contemporâneos assumiram proporções gigantescas, ficando responsáveis não apenas pelo provimento dos bens básicos para a vida[616], mas, segundo alguns defendem, até mesmo por assegurar algum grau de felicidade aos seus cidadãos[617].

A ausência das pessoas nas discussões coletivas acarreta, ainda, outras consequências graves. A baixa participação na criação de políticas públicas, por exemplo, diminui o *estoque de ideias* disponível – v. capítulo 7. Sem massa crítica, há menos criatividade e mais riscos de erros, reduzindo-se, por consequência, a qualidade da ação estatal. O problema mais grave associado à falta de participação é o risco de captura dos processos decisórios estatais[618]. Com efeito, como o Estado tem o poder de interferir diretamente na liberdade de todos os agentes privados, grupos interessados podem direcionar a ação estatal de modo a preservar (ou expandir) interesses particulares em detrimento dos interesses da coletividade[619]. A criação de barreiras de entrada a certas atividades econômicas são o exemplo clássico deste tipo de falha democrática[620]. A vigilância e participação do público deve(ria) atuar como um contrapeso a esse risco que é inerente à tomada de decisões por processos representativos.

---

[616] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais,* ob. cit., pp. 247-302. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[617] V. LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. Rio de Janeiro: C&C, 2014. V., ainda, as coletâneas POSNER, Eric; SUNSTEIN, Cass (ed.). *Law and happiness*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, e BRONSTEEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S.. *Happiness and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013.

[618] SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. ob. cit., p. 385: "É difícil escapar da conclusão geral de que o desempenho econômico, a oportunidade social, a voz política e a argumentação racional pública estão profundamente inter-relacionados".

[619] Para uma discussão sobre as razões da regulação estatal, v. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2ª. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 15-22. Em língua portuguesa, v. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 5-82.

[620] Há estudos empíricos que associam a criação de barreiras de entrada ao atraso econômico de países. V. DKANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. "The regulation of entry". *The Quarterly Journal of Economics*, v. 117, Fevereiro/2002, p. 35: "Nós verificamos que uma regulação de entrada mais gravosa é geralmente associada a mais corrupção e a uma maior economia informal, mas não a melhor qualidade de serviços públicos e privados. Nós também verificamos que países com governos menos democráticos, limitados e mais intervencionistas regulam a entrada de maneira mais pesada, ao ponto de controlar o nível de desenvolvimento econômico".

Assim, parecem existir razões pragmáticas e éticas, coletivas e individuais, para que as pessoas participem da democracia, em todas as suas dimensões[621]. De certa forma, tanto a democracia deliberativa quanto o modelo republicano representam reações à filosofia política liberal que, ao colocar o indivíduo como centro das suas preocupações, teria sido responsável pelo desinteresse geral nas instituições políticas. Se, todavia, entendermos que uma democracia não se esgota do ato de votar e exige algo mais dos cidadãos, então é preciso pensar em mais incentivos para trazer o público à arena política.

9.3. O DECLÍNIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESPAÇO PÚBLICO

Seguindo as ideias republicanas e democrático-deliberativas veiculadas anteriormente, a sociedade ideal seria composta por indivíduos preocupados, de modo equilibrado, com o bem público e com suas respectivas vidas privadas. Quando confrontadas com decisões públicas, essas mesmas pessoas tomariam as medidas necessárias para se informar da maneira mais abrangente possível sobre os temas em discussão. Elas participariam de reuniões de associações, ouviriam professores universitários, leriam opiniões em jornais em ambos os sentidos e fariam buscas na *internet* para compreender exatamente o impacto da decisão final. Finalmente, ainda nesse mundo ideal, esses cidadãos teriam voz ativa na decisão – seja encaminhado mensagens aos deputados e senadores, administradores, conselheiros de agências reguladoras, etc. – , que seria tomada com a atenção aos interesses da coletividade. Sabemos, contudo, que esse mundo simplesmente *não existe*.

No mundo real, as decisões são tomadas, no mais das vezes, em gabinetes de burocratas e políticos, ressalvada a realização de audiências e consultas públicas nas quais, por regra geral, somente comparecem representantes do próprio poder público e de grupos de interesse muito específicos. A distância entre a realidade e o mundo mítico proposto pelos teóricos não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. O declínio de participação popular na esfera pública é uma preocupação generalizada dos cientistas políticos, sobre o qual há décadas se vem discutindo[622]. Robert D. Putnam chega a afirmar

---

[621] A participação na vida comunitária pode, por exemplo, proporcionar novos contatos, incrementando o "capital social" do participante. Sobre esse ponto, v. PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*, ob. cit., pp. 17-18.

[622] Para um panorama da situação na América Latina, v. SORJ, Bernardo; OLIVEIRA, Miguel Darcy de (eds.). *Sociedade civil e democracia na América Latina: crise e reinvenção da política*. Rio de

que até mesmo os norte-americanos comuns comungam da sensação de que há uma "doença cívica" no país[623]. Na vida ordinária, raramente pessoas desinteressadas participam dos processos de definição de políticas públicas.

Mensurar o grau de engajamento cívico é uma tarefa extremamente complicada, mas é possível imaginar que o voto seja a expressão cívica mais singela e básica de todas, como sustentado acima. Por isso, uma breve análise sobre o percentual de comparecimento popular às urnas pode ser um importante indício do fenômeno aqui investigado. Nos países onde o voto é facultativo, o declínio no comparecimento às urnas tem sido um grave problema[624]. Na França, a participação popular nas eleições parlamentares de 2012 foi de 55,40%; em 1951, era de 80,19%. Na Alemanha, em 1953, 85,99% do eleitorado compareceu às urnas; em 2013, 71,53%. No Reino Unido, em 1950, cerca de 84% dos eleitores compareceram às urnas em eleições nacionais; em 2010, o número caiu para 65,1%. O fenômeno se repete, com preocupante uniformidade, em países como Holanda, Polônia, Portugal, Espanha e Suécia.

A consequência é que, cada vez mais, um baixíssimo percentual do eleitorado nacional é responsável pela formação de governos, impactando decisivamente nas políticas públicas que serão implementadas (naturalmente, em prejuízo daqueles que se abstêm). A situação é ainda mais grave nos Estados Unidos, onde o comparecimento às eleições parlamentares de 2014 chegou ao patamar de 42,50% do eleitorado. Em 1970, por exemplo, o índice era de 70,32%. Petterson registra que, a partir da década de 1960, houve queda em *todos* os índices de participação cidadã nas eleições, os quais vão desde o

---

Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2007. Para uma visão a partir da ciência política norte-americana, v. PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*, ob. cit.. DALTON, Russel J. *Democratic Challenges, Democratic Choices: The Erosion of Political Support In Advanced Industrial Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2004. PATTERSON, Thomas E. *The vanishing voter: public involvement in an age of uncertainty*. New York: Vintage Books, 2002.

[623] PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*, ob. cit., p. 23. V., ainda, ALMOND, Gabriel A.; VERBA, Sidney. *The civic culture: political attitudes and democracy in five nations*. Newbury Park: Sage, 1989. Os autores realizaram pesquisas sobre percepção cívica em cinco países (Estados Unidos, Itália, Alemanha, México e Inglaterra).

[624] Os dados citados no texto foram obtidos da base de dados *online* do *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, disponível em: http://www.idea.int/vt/viewdata.cfm#. Acesso em 24 dez. 2015.

comparecimento às urnas até ao voluntariado de campanha[625]. Fazer com que as pessoas retornem ao espaço público é uma preocupação urgente nos Estados Unidos[626].

No Brasil, onde o voto é obrigatório, o índice de comparecimento às urnas tem oscilado entre 80% e 85% no contexto pós-redemocratização, seguindo a tendência dos demais países da América Latina. Utilizar o voto como índice cívico é complicado em países que viveram longos anos sob ditaduras militares, como é o caso brasileiro. Isso porque a demanda por participação política foi represada por décadas, de modo que se espera uma valorização maior do ato de votar logo após a redemocratização. Ademais, embora as punições associadas ao não comparecimento às urnas sejam brandas[627], é razoável crer que os custos de justificação da ausência ou, eventualmente, de pagamento de multas, sejam superiores ao custo imposto pelo ato de votar. Isso poderia ser uma justificativa capaz de explicar o alto índice de comparecimento às urnas, o que não significa participação cívica efetiva, à luz dos ideias republicano e democrático-deliberativo declinados acima[628].

O desengajamento cívico tem sido acompanhado de uma descrença difusa na política e em seus atores centrais. A constatação causa certa perplexidade. As sociedades democráticas ocidentais passaram por um ciclo recente de intensa prosperidade material, que foi associado à expansão dos sistemas de seguridade social, tornando-se difícil compreender racionalmente o descolamento verificado entre realidade e expectativas cívicas[629]. Há muitas explicações para o fenômeno, que vão desde o tom excessivamente

---

[625] PATTERSON, Thomas E. *The vanishing voter*, ob. cit., pos. 466.

[626] Em contraposição aos cientistas políticos, Carlos Santiago Nino afirma que, na história constitucional norte-americana, os elementos institucionais de contenção do uso abusivo do poder prevaleceram largamente sobre a participação democrática cidadã. Cf. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 6.

[627] Para uma dura crítica ao voto obrigatório, v. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3ª. Ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 195. V., ainda, SOARES, Paulo Henrique. "Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo". *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, texto para discussão 6. Disponível em: http://bit.ly/1htblkv. Acesso em 27 fev. 2016.

[628] Por exemplo, em estudo empírico sobre os atores a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias, responsável pela inclusão de novas técnicas e medicamentos no Sistema Único de Saúde, verificou-se que a participação de indivíduos privados correspondia a apenas 0,2% dos pedidos, ao passo que laboratórios respondiam por 32% deles, Cf. FONTE, Felipe de Melo. "No metric for dignity: assessing health care technologies in the Brazilian Public Health System", mimeografado, 2015, p. 9.

[629] MENDONÇA, Eduardo. "Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 158: "O *problema* é que esses mesmos avanços somam-se a outros fatores e formam uma combinação explosiva. Com uma cultura de direitos incorporada ao senso comum, uma boa dose de

crítico que formadores de opiniões – jornalistas, acadêmicos e intelectuais em geral – adotaram, os quais incutiram no público um *ideal* irrealizável de democracia, ao realismo exacerbado resultante da exposição da "política bruta" que decorreu tanto do reforço das liberdades de opinião e imprensa ao redor do globo[630], como da liberdade de oposição política, levando à "pornografia do pessimismo", na feliz expressão de David Brooks[631]. Os potenciais caminhos exploratórios são múltiplos, e não podem ser todos abordados aqui. Um, todavia, precisa ser analisado com mais cuidado: a acusação de que o liberalismo – econômico e/ou político – teria causado tal situação de desmantelamento cívico[632].

Segundo essa ideia, o liberalismo teria o poder de "desativação" da cidadania. Ao privilegiar as liberdades individuais sobre as públicas e a prevalência do indivíduo sobre a comunidade, o liberalismo teria afetado a percepção coletiva e esse elemento de coesão, erodindo assim a *sensação de pertencimento*[633]. Como corolário, menos pessoas se sentem estimuladas a participar da dimensão pública (cívica) da vida coletiva. A explicação ideológica padece de diversos problemas[634]. O primeiro é que postular a priorização da comunidade sobre o indivíduo pode resultar na legitimação de regimes opressores totalitários. O consenso básico sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana proscreve a funcionalização do indivíduo, isso significa dizer que fins comunitários não podem ser satisfeitos às expensas da individualidade[635]. A participação pública forçada não é

---

insatisfação com os governos e acesso quase universal à *internet* como praça pública virtual, estranho seria se a insatisfação não chegasse às ruas. Na expressão feliz de certo autor, tais inovações reduzem a *capacidade moratória* da democracia representativa (...)".

[630] DALTON, Russel J. *Democratic Challenges, Democratic Choices*, ob. cit., p. 10. PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*, ob. cit., pp. 196-309. No Brasil, muita gente afirma que o número menor de escândalos de corrupção reportados na ditadura é prova de que aquele regime era mais honesto.

[631] BROOKS, David. "I Miss Barack Obama". *New York Times*. 9 fev. 2016. Disponível em: http://nyti.ms/1KCMIE7.

[632] Segundo DUNN, John. *Democracy: a history*, ob. cit., p. 178: "A ordem do egoísmo [como o autor denominada o liberalismo] colide mais drasticamente com algumas dessas exigências [democrático-deliberativas] do que com outras".

[633] WALZER, Michael. "A crítica comunitarista ao liberalismo", ob. cit., pp. 215-224. V. também MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e a justiça social.* São Paulo: IBRASA, 1995 e VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau: a recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

[634] A expressão *ideologia* vai aqui empregada no sentido de Karl Loewenstein, citado, sem indicação de fonte, por Paulo Bonavides, segundo o qual ideologia é "um sistema coerente de idéias e crenças, que explicam a atitude do homem perante a sociedade e conduzem à adoção de um modo e comportamento, que reflete essas idéias e essas crenças e lhe são conformes". (*Teoria do Estado*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 190).

[635] Afinal, o valor da democracia está em permitir que cada um participe do espaço público buscando aqueles que são seus melhores interesses à luz de um julgamento que é *inerentemente pessoal*. Cf.

genuína democracia, mas sim um projeto com viés totalitário[636]. O segundo é atribuir um poder exacerbado a certo conjunto de ideias que, ao que consta, sequer são apoiadas de maneira uniforme. Não existe um autor que se possa afirmar ser o *catecismo básico* do liberalismo político. Pelo contrário, o liberalismo político é composto por amplo espectro de opiniões que, por vezes, se confundem e entrelaçam com outras que lhe são postas. Nesse sentido, por exemplo, Winfried Brugger classifica autores como liberais-comunitários, caso de Ronald Dworkin[637].

Por fim, e com mais propriedade, está o problema da causalidade. As ideias políticas podem ser poderosas, sem nenhuma dúvida, mas a complexidade da realidade parece proscrever a relação de causa e efeito invocada pelos críticos do liberalismo. Observe-se que o fenômeno da baixa participação política atinge, de modo similar, diferentes culturas e sociedades ao redor do globo. Seria difícil afirmar que brasileiros, inglesas, franceses e norte-americanos, ainda que na média, sejam igualmente adeptos do liberalismo político e, por isso, sofreram seus deletérios efeitos[638]. Afirmar que o liberalismo é causa do fenômeno social verificado requer um esforço reducionista que parece retirar força do argumento. *A difusão do problema sugere uma causa mais profunda, algo relacionado à forma como os seres humanos organizam seu tempo e suas vidas*. É exatamente essa linha de pensamento que será explorada no tópico seguinte.

9.4. A TEORIA DA IGNORÂNCIA RACIONAL

GUTMAN, Amy. "Democracy", ob. cit., pp. 521: "Uma justificativa comum para a regra democrática alia-se à premissa de que, em geral, as pessoas são melhores juízas de seus próprios interesses com o argumento de que direitos de cidadania iguais são necessários para proteger aqueles interesses". V., sobre o ponto da dignidade, o capítulo 10.

[636] ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation day*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 24. GUTMAN, Amy. "Democracy", ob. cit., p. 525: "Na prática, para a maioria das pessoas, a escolha democrática constitui uma perda de liberdade pessoal sem ganho correspondente – na verdade, talvez, ainda outra perda, [resultante da] indesejada pressão para se engajar na política pelo bem da proteção de sua própria liberdade pessoa'.

[637] BRUGGER, Winfried. "O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã". *Revista de Direito do Estado*, n. 11, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[638] DALTON, Russel J. *Democratic Challenges, Democratic* Choices, ob. cit, 2004, p. 3: "As dúvidas públicas sobre políticos, partidos políticos, e instituições políticas se espraiam por quase todas as democracias industriais avançadas (...)".

Uma explicação para o estado de desencantamento político e passividade das massas pode ser buscada na denominada *teoria da ignorância racional*. A ideia é singela: consiste em aplicar a racionalidade econômica neoclássica às instituições democráticas e, a partir dela, extrair consequências para o funcionamento do sistema político. A premissa fundamental é de que as pessoas agem de modo racional, isto é, elas tomam decisões que objetivam a maximização de suas utilidades[639]. No mundo real, qualquer que seja o propósito, existem potenciais ganhos e perdas associados à obtenção e processamento de informações para a tomada de decisões. O custo pode ser expresso em dinheiro (*e.g.*, com a aquisição de jornais e livros) e tempo. Os ganhos podem ser de diversos matizes, como prestígio, influência ou dinheiro. Segundo o modelo de racionalidade escolhido, quando confrontados com diversos cursos de ação possíveis, os indivíduos tomam decisões que apresentem o melhor custo-benefício para si próprios[640].

No curso do governo, como parte inerente da atividade estatal, sempre haverá decisões envolvendo a revisão de antigas políticas públicas e a criação de novas. A formação de convicção individual a respeito do mérito ou demérito das possíveis alternativas, embora possa parecer uma escolha puramente binária, envolve um processo que pode ser decomposto em diversas etapas. Elas envolvem a aquisição de informações pertinentes, a seleção das fontes que serão realmente estudadas, o tempo para a compreensão abrangente do problema, a formulação de alternativas e a avaliação das consequências decorrente de sua adoção[641]. Todo esse *iter* pode desaguar no modo nuclear e mais básico de captação da vontade popular: o voto. Afinal, é por meio do voto que a sociedade escolhe os partidos que serão responsáveis pelo governo durante determinado período (e, com ele, a agenda institucional)[642]. Eventualmente, pode resultar em outras formas de intervenção política (protesto nas ruas, reclamações em meios informais, etc.).

---

[639] DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*, ob. cit., p. 7.

[640] Embora esteja seja uma premissa da racionalidade neoclássica, nem sempre ela corresponde à realidade do comportamento humano. A propósito, v. FREY, Bruno. *Not just for the money: an economic theory of personal motivation*. Cheltenham: Edward Elgar, 1997, pp. 7-42.

[641] DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*, ob. cit., p. 209.

[642] O voto suscita perplexidades próprias. A despeito de seu papel decisivo nos sistemas políticos, a aplicação da racionalidade econômica ao voto gera o conhecido *paradoxo do voto*. Em síntese, trata-se de entender por que as pessoas votam, eis que as chances de influência individual no resultado da eleição são tão ínfimas que não compensariam os custos do ato. Em razão das complexidades próprias a este debate, que não são relevantes à tese, esse tema não será abordado aqui.

Como já se pode perceber, as pessoas têm que fazer uso de recursos escassos para tentar entender e influenciar nos processos políticos. A democracia impõe custos aos indivíduos. Como forma de contornar esses custos, Downs afirma que "cada um destes passos [de tomada de decisão], exceto o último [votar], pode ser delegado a outros além do próprio votante"[643]. É o que ele denomina de *custos transferíveis*. Ao invés de buscar informações por conta própria, as pessoas confiam em especialistas, na imprensa e em terceiros para compor suas opiniões a respeito das decisões políticas. Por exemplo, os cidadãos comuns não precisam estudar física, biologia e geografia, para poder comparar os benefícios e prejuízos de uma matriz elétrica nuclear ou hídrica. A sociedade deve contar com gente especializada, capaz de assumir parte dos processos de análise de políticas mencionados no parágrafo anterior. Em razão da especialização que possuem, esses agentes vão permitir aos demais cidadãos que tomem decisões sem que incorram em custos substanciais. Eles retém o custo mínimo de votar (*não-transferível*).

Por outro lado, ao considerar que os indivíduos como agentes racionais que maximizam a própria utilidade, é possível concluir que eles sopesam benefícios e custos, ainda que estes últimos sejam mínimos. Como tempo é um recurso escasso, é praticamente certo que a maioria esmagadora das pessoas obtém mais vantagens investindo o próprio tempo em atividades econômicas privadas, que são mais rentáveis que a política (cuja influência das vidas individuais é, ao menos na maior parte do tempo e para a maioria das pessoas, puramente marginal). Em outras palavras, interesses públicos e privados concorrem pela atenção individual, prevalecendo aquele que entregar o melhor *benefício após descontados os custos*[644].

As premissas aqui estabelecidas têm impactos relevantíssimos para o funcionamento do sistema democrático. A democracia é um sistema de governo que pressupõe que as opiniões e interesses individuais, especialmente daqueles atingidos pelas políticas estatais, sejam considerados na tomada de decisões públicas. Contudo, em razão da complexidade da atividade governamental, é *irracional* aos indivíduos buscarem informações sobre todos os assuntos públicos: a divisão de tarefas permite que eles tenham acesso à informação a custos relativamente baixos. Além disso, é preciso que esses custos sejam

---

[643] DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*, ob. cit., p. 209.

[644] Este modelo também dialoga com a teoria da *public choice*. V. mais em ROWLEY, Charles K. e SCHNEIDER, Friedrich. *The encyclopedia of public choice.* Berlim: Kluwer, v. I, pp. 3-31.

suficientemente baixos, ou que os benefícios coletivos envolvidos sejam suficientemente altos, para que as pessoas canalizem a atenção para as discussões públicas[645]. Na maioria parte do tempo, eles estarão exclusivamente focadas em suas atividades particulares. E mais: como o dinheiro tem utilidade marginal decrescente[646], os mais afluentes estarão dispostos a investir mais na obtenção de informações e na influência sobre o sistema político, ao passo que os menos afortunados não poderão fazê-lo e, assim, estarão alijados da discussão pública.

Em síntese, o ponto defendido por Downs consiste em afirmar que, em certos contextos, é racionalmente justificado que o cidadão comum *não* busque informações sobre a gestão pública, daí a expressão *teoria de ignorância racional*. Naturalmente, o modelo de racionalidade adotado aqui pode ser criticado[647]. Contudo, à luz de uma breve descrição do estágio atual da participação popular nas decisões públicas, realizada no tópico anterior, percebe-se a força explicativa do modelo. Suas conclusões, por outro lado, são desconcertantes para o sistema democráticos: devemos nos contentar com uma democracia menos que perfeita à luz dos ideais republicanos e democráticos-deliberativos não apenas sob a ótica da eficiência econômica (entenda-se: melhor alocação de recursos escassos), mas também porque esta descreve com maior verossimilhança o comportamento individual das pessoas no espaço público.

Por mais desalentadores que sejam as perspectivas resultantes da aplicação da teoria da ignorância racional às sociedades democráticas, sua explicação é importante porque ela oferece formas claras de enfrentamento do problema. *A primeira delas consiste em maximizar os ganhos decorrentes do investimento de tempo em matérias envolvendo os negócios públicos*. Bruce Ackerman e James Fishkin, por exemplo, sugerem a criação de um feriado nacional, denominado o *dia da deliberação*, a ser realizado duas semanas antes de cada eleição geral. Neste dia, os cidadãos seriam munidos de informações e

---

[645] Isso explica a atuação dos grupos de interesse. V. mais em SANTOS, Hermílio. "Grupo de interesse e redes de políticas públicas". *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, ano 2, n 1, junho 2002.

[646] Utilidade marginal decrescente do dinheiro, ou seja, quanto mais dinheiro relativo à uma moeda houver em circulação, menor será seu valor de troca por outra unidade monetária. V. SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. V.

[647] Em primeiro lugar, pode-se alegar que os cidadãos não são máquinas de efetuar cálculos de custo. De certa maneira, a aplicação da racionalidade econômica ao espaço público é uma extensão da lógica privatista liberal, como pontua HABERMAS, Jürgen. "Three Normative Models of Democracy", ob. cit., p. 23: "[Para os liberais] [a]s decisões de voto têm a mesma estrutura como atos de escolha realizados por participantes em um mercado".

incentivados, inclusive financeiramente, a se reunir para debater as questões públicas[648]. À primeira vista, se analisada sob o prisma republicano declinado na primeira parte do capítulo, a ideia pode parecer repulsiva. Afinal, o pagamento em pecúnia pode gerar incentivos para um debate insincero e desinteressado, atraindo pessoas motivadas unicamente pelo recebimento do dinheiro. Contudo, sem os incentivos econômicos, o que se pode esperar é mais afastamento entre a política e as pessoas comuns.

A segunda possível estratégia consiste em minimizar os custos individuais relativos aos processos de obtenção de informações e participação em assuntos de interesse público[649]. A redução de custos não tem o mesmo efeito colateral decorrente do pagamento pecuniário direto. Além disso, pode gerar os incentivos para que as pessoas de menor renda possam se interessar pela gestão pública. Portanto, pode-se dizer que é preferível ao meio anterior. Sob este prisma, competiria ao governo fornecer aos indivíduos os meios e mecanismos para que eles possam se informar e participar, *com o menor sacrifício pessoal possível*, das decisões a respeito de políticas públicas. **O problema deve ser pensado a partir das faixas de renda: cada percentual ínfimo de redução de custos informacionais e participativos gera incentivos para que todo um conjunto de pessoas possa ingressar no espaço cívico.** É exatamente neste ponto que o televisionamento das atividades governamentais pode ter um papel relevante a desempenhar.

9.5. ATIVISMO CÍVICO, TELEVISIONAMENTO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

À primeira vista, o casamento entre virtudes cívicas e jurisdição constitucional pode parecer improvável[650]. Como apontado anteriormente, a excessiva ênfase no discurso dos direitos, fruto da hegemonia das teorias liberais, é arrolada com um fator desmobilizador da democracia. Como é sabido, o próprio constitucionalismo é visto em

---

[648] ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation day*, ob. cit., pp. 17-39.

[649] É possível pensar também em outras fórmulas: redução dos benefícios (entendidos aqui em sentido amplo) obtidos pelos indivíduos ao atuar na iniciativa privada (por exemplo, em um país com tributação elevadíssima e redistribuição, a gestão pública pode ser mais importante que a atuação privada); ou uso de mecanismos coercitivos para a participação (como ocorre com o voto no Brasil).

[650] MUDROVITSCH, Rodrigo. *Desentricheiramento da jurisdição constitucional*, ob. cit., p. 130: "Assim, a partir de casos atuais como o da ausência de regulamentação do Fundo de Participação dos Estados, objetivou-se demonstrar que (a) a democracia brasileira de hoje é marcada pela existência de pouco interesse social pela política e (b) o Supremo Tribunal Federal não tem condições de desempenhar relevante papel na solução dessa patologia".

antítese à democracia, e por isso se fala, de modo recorrente, em tensão entre um e outro[651]. Nesse sentido, ao transferir para a corte constitucional decisões sociais tipicamente políticas, que deveriam ser feitas na arena democrática, como defende o discurso tradicional, a consequência seria *menos participação popular* nos canais majoritários. A justiça constitucional atuaria, na pior das hipóteses, como um *anestésico cívico*, desvelando a desimportância da política ordinária para o cidadão comum. Esta, contudo, é uma visão limitada do papel exercido pelos tribunais constitucionais e pelas instâncias majoritárias nas sociedades contemporâneas.

Em primeiro lugar, ressalte-se que a jurisdição constitucional não tem meios de preencher a política constitucional em toda a sua extensão. No capítulo 7, viu-se que a vivência constitucional é bem mais ampla do que revelam as decisões da corte constitucional (eventualmente envolvendo até mesmo relações privadas e, portanto, não institucionalizadas). Em segundo lugar, não há provas empíricas de que a jurisdição constitucional seja o anestésico mencionado. Ela pode ser exatamente o oposto. A forma razoavelmente organizada e linear como se desenvolve o processo constitucional, o caráter terminativo das decisões judiciais, e o tipo de linguagem empregado pelos juízes em suas decisões, *se associados à publicidade proporcionada pelo televisionamento*, são fatores que podem gerar *saliência* sobre temas públicos relevantes, *reduzir* custos de informação e assim *acelerar* o processo participativo-democrático. É essa a intuição central deste tópico.

A jurisdição constitucional é uma instância de decisão política de caráter especial. Sua função está primariamente ligada à manutenção do sistema de direitos e instituições plasmado no texto constitucional. Logo, os pressupostos que motivam sua participação na arena pública são substancialmente distintos daqueles que servem aos poderes executivo e legislativo. Por não poder contar com o mesmo tipo de legitimação democrática dos órgãos tipicamente majoritários, a corte submete-se a limites institucionais mais

---

[651] O texto clássico aqui é o de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 2ª. Ed.. 1986, pp. 16-23, autor da expressão "dificuldade contramajoritária". Sobre o tema, há farta bibliografia no direito brasileiro: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, ob. cit., pp. 87-93. MELLO, Carlos Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. BINENBOJM, Gustavo. "Duzentos anos de jurisdição constitucional : as lições de Marbury v. Madison". *Revista brasileira de direito público* – RBDP, v. 5, n. 18, p. 39-60, jul./set. 2007. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 59-112. NETO, Cláudio Pereira de Souza. "Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 73-114.

rigorosos. Veja-se: enquanto o legislativo pode atuar livremente, encontrando no texto constitucional um limite à sua discricionariedade; o judiciário deve aplicar o direito objetivo (*a Constituição*, no caso da corte constitucional). Por outro lado, enquanto o administrador pode (e deve) atuar *ex officio*, os juízes somente podem atuar dentro dos limites estabelecidos pela legislação processual vigente.

A relativa especificidade da missão institucional do tribunal acaba também refletida em sua *escala*. A composição das cortes varia entre uma e duas dezenas de membros. Naturalmente, isto se reflete no volume de produção de decisões pelo tribunal, bem menor que dos demais órgãos de cúpula, como o Congresso Nacional ou a Presidência da República e seus ministérios. A despeito da patologia processual brasileira, ponto abordado no capítulo 5, é fato que uma corte constitucional, atuando nesta condição (e não como corte de revisão), *não é capaz de produzir centenas de decisões relevantes durante um ano judiciário*. **É esta combinação entre *solenidade* e *escala institucional* que dá às manifestações das cortes constitucionais uma posição peculiar no imaginário social.**

Enquanto o processo legislativo convencional prossegue lentamente, aguardando acordos políticos que, em alguns temas, simplesmente se protraem por décadas, as decisões proferidas pelo tribunal dependem meramente da inclusão em pauta, pregão em sessão e coleta dos votos. Ressalvados os casos em que há pedido de vista, o tribunal tem o poder de dar a *palavra final* sobre um assunto controverso em apenas um assentada[652]. Assim, com o ajuizamento de uma ação sobre determinado tema, a realização de atos preparatórios para o julgamento (*e.g.*, com a realização de audiência pública), a inclusão do feito na pauta de julgamentos e o efetivo pregão, todos são eventos capazes de ***despertar interesse público***. Se a premissa de que a corte somente julga matérias em que há parâmetro constitucional, então é correto afirmar que ela tem o poder de gerar a *ativação cívica* sobre *trechos relevantes* da política constitucional.

[652] Não se ignora a recente discussão sobre os denominados "diálogos institucionais" que existe hoje no Brasil, mas a prática do STF, desde o acórdão proferido na ADI n° 2.797/DF, é de afirmar o seu monopólio sobre a interpretação constitucional. A superação legislativa da interpretação judicial é uma atividade que não conta com a boa vontade da Corte, como expressado pelo Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI n° 4.650/DF, julgada em 17 set. 2015. Para a defesa da tese, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, ob. cit., 199-224. Para uma crítica ao denominado "ativismo judicial antidialógico", v. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*, ob. cit., pp. 332-338.

O ponto é extremamente relevante na discussão envolvendo a democracia. Como menciona Seyla Benhabib, a premissa de que as pessoas têm preferências pré-determinadas sobre os mais diversos assuntos e que vão ao espaço político para defendê-las é uma ficção. No mundo real, essas preferências são moldadas de acordo com as trocas de informação e ideias realizadas no processo deliberativo. Em outras palavras, a formação de opiniões políticas é co-originária à deliberação[653]. *Esse poder que a jurisdição constitucional tem de gerar saliência sobre determinado tema (ao lado dos outros poderes políticos e da mídia) é extremamente importante, pois é neste momento que as preferências serão formadas*. Para tomar exemplos que estão na ordem do dia, muitas pessoas provavelmente sequer haviam dedicado tempo para pensar sobre as graves consequências do *impeachment*, sobre a marginalidade social dos transgêneros, sobre a situação dos presídios brasileiros, das grávidas de filhos anencefálicos ou sobre os direitos dos homossexuais, antes que o STF colocasse essas matérias em análise.

De certa maneira, a *natureza terminativa* das decisões do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada um mecanismo relevante de formação de agenda pública e, por consequência, de determinação de preferências coletivas[654]. Embora essa seja uma afirmação dependente de pesquisas empíricas, é bastante provável que a pauta do STF seja o segundo mecanismo mais importante de ativação cívica no país (aqui considerada como um ignitor da atenção individual para problemas públicos), ficando logo atrás das eleições bienais. Com a importante diferença de que nas eleições o foco individual acaba disperso em *múltiplos temas* abordados com *extrema superficialidade* pelos candidatos aos cargos públicos, o que não ocorre nos julgamentos judiciais, que abordam uma questão por vez. Em outras palavras, uma vez que certa matéria entra em pauta, a sociedade precisa se mobilizar, sob pena de não ter qualquer voz na apreciação da questão constitucional pelo STF.

---

[653] BENHABIB, Seyla. "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", ob. cit., p. 71: "(…) é incoerente pressupor que os indivíduos possam iniciar um processo de deliberação pública com o mesmo nível de clareza conceitual sobre suas escolhas e preferências que podem efetivamente resultar apenas de um processo bem-sucedido de deliberação". NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*, ob. cit. pp. 144-186, no sentido de que a democracia é um regime em que as preferências são transformadas por meio do debate no espaço público.

[654] HOWLETT, Michal; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública*, ob. cit., pp. 103-120. SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas*, ob. cit., pp. 46-48.

Esta capacidade de gerar atenção sobre questões relevantes tem sido permanentemente testada no STF[655]. Para empregar mais exemplos: nos sucessivos casos apreciados pelo STF envolvendo a situação calamitosa dos presídios públicos brasileiros, foi dito em Plenário que as presidiárias são obrigadas a utilizar pão em substituição ao absorvente (ADPF n° 347, p. 6). A informação é absolutamente chocante. No julgamento sobre a constitucionalidade do financiamento (ADI n° 4.650), o tribunal informou que 1% dos doadores em campanhas eleitorais são responsáveis por 61% dos recursos mobilizados pelos candidatos (p. 27). No caso da importação de pneus usados (ADPF n° 101), foi divulgada a informação de que o Brasil importava, anualmente, cerca de *dez milhões de pneus* (!!) usados de outros países (p. 103).

Por outro lado, pelo mesmo mecanismo, às vezes a corte constitucional fornece informações básicas sobre o funcionamento do sistema aos cidadãos. Por exemplo, quando o STF sinaliza à sociedade que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer um, *até mesmo utilizando um simples pedaço de papel de pão,* todos recebem a importante informação de que a franquia constitucional está à disposição.

Uma possível objeção ao argumento consiste em afirmar que não há qualquer novidade no uso da radiodifusão para informar à população sobre os negócios públicos, e que ela não teria o condão de gerar o tipo de atenção política aqui reivindicado. A *Voz do Brasil*, por exemplo, está no ar há setenta anos, e nunca foi sucesso de público. Pelo contrário, para muitos é apenas um estorvo inútil[656]. As redes públicas brasileiras de televisão, como a Empresa Brasil de Comunicação (EBC), tampouco são campeãs de audiência. As iniciativas brasileiras de uso público da radiodifusão foram retumbantes fracassos. O que tornaria a TV Justiça dos demais casos? Ora, há uma importante distinção entre a programação das demais redes públicas e a TV Justiça. As primeiras sempre foram vistas como *instrumentos de propaganda oficial do governo*, eis que o controle de programação está

---

[655] MENDONÇA, Eduardo. "Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático", ob. cit., p. 176: "Situar em uma Corte a expressão *provisoriamente final* pode ajudar a construir, manter ou aprofundar um equilíbrio deliberativo entre as forças políticas e sociais relevantes, complementando a atuação das instâncias representativas. E isso em diversos sentidos, dentre os quais três merecem especial destaque: (i) introduzindo novos argumentos no espaço público ou colocando em evidência os que nele já estejam presentes; (ii) ajudando a superar gargalos ou resistências autointeressadas do sistema político; e (iii) permitindo a participação e facilitando a consideração de agentes sociais que teriam acesso dificultado aos agentes eleitos".

[656] BUCCI, Eugênio. "A voz do Brasil contra a paciência do Brasil". *Estadão*, 28 jun. 2012. Disponível em: http://bit.ly/1QplCSK.

nas mãos de agentes governamentais. Seguindo a lógica declinada no tópico anterior, se os indivíduos resolvem empregar recursos escassos para buscar informações sobre a atuação governamental, parece lógico que meios oficiais têm menor probabilidade de oferecerem informações fidedignas, eis que produzidas por agentes autointeressados.

Embora parte da programação da TV Justiça também possa padecer do mesmo mal, o cerne de sua atividade é algo fora de controle prévio por parte dos agentes públicos, eis que *as sessões de julgamento do tribunal são transmitidas ao vivo, sem qualquer tipo de edição simultânea ou prévia*. É televisão em tempo real. Então, enquanto programas como "A Voz do Brasil" estão sob controle ideológico direto da Presidência da República – este programa, por exemplo, é produzido para a Secretaria Geral da Presidência –, tratando dos acontecimentos do governo a partir de certa perspectiva ideológica, a TV Justiça fornece um relato *vívido* e *cru* sobre o que acontece dentro do tribunal. Isso a torna peculiar quando comparada com os outros canais públicos governamentais.

Uma segunda possível objeção diz respeito ao impacto limitado da jurisdição constitucional na esfera pública. Por mais permeável à opinião pública e à participação do público, as cortes constitucionais ainda são responsáveis por uma pequena parcela das decisões políticas nas democracias ocidentais. Logo, o poder de mobilização gerado por elas seria, à luz desse argumento, bastante pequeno[657]. Contra essa linha de raciocínio há dois pontos que podem ser ditos. Primeiro, considerado o grau atual de participação popular nas decisões públicas – a "doença cívica" discutida linhas acima –, *qualquer* saliência gerada pela corte sobre assuntos públicos já pode ser considerada um ganho relevante. Segundo, a crítica não captura a ascensão de poder dos tribunais constitucionais nos últimos anos, que vêm decidindo diversos temas relevantes e divisivos nas sociedades ocidentais. Ninguém razoável negaria a importância recente do Supremo Tribunal Federal no processo político brasileiro.

Em síntese, como afirmam Bruce Ackerman e James S. Fishkin, "*o desafio é desenhar* ***contextos institucionais*** *nos quais eles [os cidadãos] são efetivamente*

[657] Nesse sentido, v. MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*, ob. cit., p. 183: "Essa avaliação [de que a Corte mobilizaria o debate público] é duvidosa e mereceria exame empírico cuidadoso a respeito da qualidade do debate público sobre direitos dentro e fora de um contexto de conflito judicial. Há, também, do outro lado, indícios de que no ambiente do Tribunal o debate tende a se 'tecnicalizar' e obscurecer a face de escolha moral".

motivados a exercer esta competência em colaboração produtiva com seus pares"[658]. O tipo de saliência produzido pelo STF nos últimos anos certamente se encaixa na discussão: a justiça constitucional como conversa de botequim é certamente algo positivo. Igualmente, Amartya Sen assevera que "[a] imediatez e a força da argumentação pública dependem não só das tradições e crenças historicamente herdadas, mas também das oportunidades de discussão e interação que as instituições e as práticas proporcional"[659]. Em um contexto de desencanto com a política ordinária, os tribunais constitucionais podem representar um canal legítimo para a veiculação de reinvindicações de setores sociais, permitindo a descompressão das instituições representativas tradicionais[660]. Nesse sentido deve ser entendido o papel cívico das cortes constitucionais.

Nos últimos anos, a pauta do STF teve o poder de mobilizar a classe política e também cidadãos comuns, como narra a história que introduz a presente tese. A jurisdição constitucional, sob essa ótica, encerra um importante contexto institucional que cria incentivos e confere ao cidadão comum o acesso às competências para que possa atuar na esfera pública. Em último grau, a jurisdição constitucional pode ser, ela própria, encarada como um espaço cívico específico das democracias complexas[661] Esse processo é importante como forma de oferecer uma resposta aos críticos da democracia, segundo os quais o povo, em razão da própria ignorância, não é suficientemente capacitado para participação da gestão pública[662].

9.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

---

[658] ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation day*, ob. cit., p. 5.

[659] SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, ob. cit., p. 371.

[660] A ideia é desenvolvida por MENDONÇA, Eduardo. "Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático", ob. cit., p. 138: "Esse estado de coisas – que alguns pensadores têm chamado de *pós-democracia* ou *neodemocracia* – tem uma repercussão direta e imediata sobre a jurisdição constitucional. Isso porque, ressalvados os movimentos radicais e quase anárquicos, parte relevante dos insatisfeitos pode aumentar o seu senso de identificação com o apelo de um tribunal que, relativamente afastado da política partidária, seja visto como contraponto deliberativo aos canais tradicionais de representação política".

[661] MENDONÇA, Eduardo. "Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático", ob. cit., p. 176.

[662] DAHL, Robert. *On democracy*. Yale University Press: New Haven, 2000, p. 44: "Os chefes de regimes não democráticos normalmente tentam justificar seu poder invocando o argumento antigo e persistente de que a maioria das pessoas não é competente para participar da gestão de um Estado".

O presente capítulo principiou perquirindo uma teoria normativa da democracia e sua relação com o ativismo cívico. O liberalismo revelou-se como a teoria menos exigente, ao passo que o republicanismo está na outra extremidade. A ideia de democracia deliberativa posiciona-se no meio termo: mesmo sem fazer exigências que poderiam se converter em projetos totalitários, ela ressalta a importância da esfera pública como *locus* constitutivo das preferências dos cidadãos. Sendo assim, sem que as pessoas acordem e se interessem pelos problemas comunitários, não há democracia possível.

Em seguida, demonstrou-se que existe uma "doença cívica" nas sociedades contemporâneas, caracterizada pelo baixo engajamento popular em questões públicas. Os cientistas políticos apontam diversas causas – expectativas irreais, excesso de informação e até a difusão da ideologia liberal – para explicar este estado de coisas que afeta, de modo semelhante, sociedades ricas e pobres. A explicação desenvolvida para o problema, ao longo do texto, é a teoria de ignorância racional, que leva os conceitos de ação racional da econômica clássica para o âmbito da ação política e da democracia. O diagnóstico oferece um tratamento: ampliação de ganhos ou redução de custos individuais para a participação popular na esfera pública. O caminho dos ganhos é mais problemático, pois pode desvirtuar os propósitos do ativismo cívico. A redução de custos da participação parece o caminho mais singelo, o que vem ocorrendo pela simples aplicação da tecnologia.

Por fim, defendeu-se que civismo e justiça constitucionais não são ideais antagônicos, mas podem ser combinados. Os grandes casos julgados pelas cortes constitucionais podem criar momentos e contextos de deliberação política pela sociedade civil. Como esses momentos são formativos de opiniões, é natural que eles incrementem o grau de engajamento cívico dos cidadãos. Além disso, eles servem para chamar a atenção dos indivíduos para problemas graves que estavam ocultos (como ocorreu, *e.g.*, com, o financiamento de campanhas e com os casos envolvendo as condições das penitenciárias). O televisionamento assume aqui o papel óbvio de reduzir os custos que os cidadãos comuns têm para conhecer os detalhes do debate, ao passo que a corte, enquanto instituição política que decide poucos casos de modo conclusivo, tem a oportunidade de pautar o debate público.

Capítulo 10

10. O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO

SUMÁRIO: 10.1. INTRODUÇÃO. 10.2. A DEMOCRACIA E SUAS CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA. 10.2.1. O problema da igualdade política. 10.2.2. A cultura de tolerância como pressuposto democrático. 10.2.3. A democracia como projeto educacional. 10.3. O PAPEL DE REFORÇO DEMOCRÁTICO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS. 10.4. CRÍTICA AO PAPEL DE REFORÇO DEMOCRÁTICO. 10.5. CONCLUSÕES PARCIAIS.

10.1. INTRODUÇÃO

No presente capítulo será desenvolvida a quarta e última proposição em defesa do televisionamento de Cortes constitucionais, consistente no *papel de reforço democrático* da jurisdição constitucional. No primeiro tópico, aborda-se a ideia de que a democracia pressupõe certas condições sociais para que possa funcionar adequadamente. Uma dessas condições é a ***cultura de tolerância***, que está traduzida no discurso dos direitos fundamentais, especialmente no direito à igualdade política básica, como será demonstrado a seguir. O pressuposto fático deste primeiro ponto é que não existe um componente natural intrínseco que leve certas pessoas ou sociedades a viverem sob regimes democráticos – como se, por exemplo, árabes e chineses fossem menos propensos à democracia que holandeses e franceses –, mas que a democracia é fruto de *certas práticas sociais* alicerçadas em condições culturais situadas no tempo e no espaço. Nesse sentido, a consolidação e o aprofundamento das práticas democráticas podem ser considerados um grande projeto educacional de longo prazo.

O segundo tópico defende a tese de que a inserção do discurso constitucional no espaço público tem o poder de reforçar essas condições culturais de permanência da democracia. Argumenta-se que os tribunais constitucionais, acostumados a deliberar em termos de *razão pública* e fortemente orientados à efetividade dos direitos fundamentais, têm papel essencial em fomentar e reforçar a cultura de tolerância nos diversos segmentos sociais. Defende-se a existência de um *papel de reforço democrático* das cortes constitucionais, que pode (e deve) ser compreendido no contexto do grande projeto educacional que são as democracias contemporâneas. Assim, além da tradicional corrente que vê nas cortes constitucionais instituições responsáveis por resguardar as condições de

permanência da democracia[663], a mesma ideia aqui será defendida, mas por meios e com propósitos diferentes.

O terceiro e último tópico do presente capítulo antecipa uma potencial objeção ao papel de reforço democrático da jurisdição constitucional. A crítica refere-se à capacidade limitada do tribunal de servir como iniciador de debates públicos. A questão aqui é saber se a tese do reforço democrático não acaba por colocar excessiva fé nas potencialidades comunicativas e mobilizacionais dos tribunais.

10.2. A DEMOCRACIA E SUAS CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA

10.2.1. O problema da igualdade política

No capítulo anterior foram discutidas algumas concepções de democracia e o que elas exigem do indivíduo em termos de atuação pública. Naturalmente, as divergências teóricas se estendem a outros elementos da teoria. A mais relevante delas consiste em saber quais são os requisitos mínimos que devem estar associados a um sistema político para que ele possa ser assim caracterizado como uma genuína democracia. Sob o ângulo mais minimalista possível, um governo poderia ser dito democrático com o cumprimento de três singelos requisitos: a observância da regra da maioria, o reconhecimento de direitos políticos ativos e passivos à população adulta, e a realização de eleições livres e periódicas para os cargos de administração e legislação. Pode-se dizer que estes são os requisitos caracterizadores de uma *democracia em sentido formal*[664].

---

[663] Trata-se da tese clássica defendida por ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, especialmente pp. 101-104. Ely defende um papel ativo da jurisdição constitucional no desbloqueio dos canais de mudança política (teoria que recebeu o rótulo de *procedimentalismo*) e na proteção de minorias que estejam sendo discriminadas pelos órgãos de representação das maiorias. Embora este capítulo comungue da preocupação em justificar a jurisdição constitucional à luz e em defesa da democracia, os fundamentos, meios e propósitos aqui discutidos são diferentes. Para a discussão dessas ideias em língua portuguesa, v. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 93-119.

[664] V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "A democracia e suas dificuldades contemporâneas". *Revista de Direito Administrativo* n. 212, 1998, pp. 57-58. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1418. BOBBIO, Norberto. *The Future of Democracy*. Trad. Roger Griffin. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987, pp. pp. 24 e ss.. O modelo schumpeteriano de democracia – também denominado de democracia elitista – pode ser considerado um exemplo de democracia formal. Segundo essas ideias, a democracia é

Outras exigências podem ser incluídas ao conteúdo básico acima: (i) liberdades de associação, de expressão, de imprensa e de opinião, que soam essenciais à formação livre da vontade política; (ii) direito de acesso a bens básicos à sobrevivência humana (mínimo existencial); (iii) liberdade de professar cultos religiosos minoritários; (iv) direitos de contestar atos do governo em tribunais independentes e imparciais (Estado de Direito); (v) garantia do devido processo legal contra atos de restrição à liberdade e à propriedade; (vi) separação de poderes, etc.. À medida que outros direitos individuais e coletivos vão sendo incluídos no *checklist* para que um determinado governo possa ser considerado democrático, mais a concepção formal vai sendo abandonada em favor de princípios substanciais ou materiais. Por isso, em oposição à concepção formal de democracia é possível falar em democracia substancial (*thin and thick democracy*). No estado atual das discussões, dificilmente um país que observasse apenas aqueles requisitos mínimos poderia ser classificado como uma genuína democracia.

A dicotomia entre democracia formal e substancial pode ser enganosa, na medida em que induz a crer que existe democracia sem valores materiais em jogo. É certo que a regra da maioria pode ser vista como um método para a tomada de coletiva de decisões sociais, isto é, apenas a solução para um problema de ação coletiva. Contudo, a regra traz consigo uma ideia valorativa subjacente, profundamente importante em regimes democráticos, e que definitivamente não é "auto-evidente"[665]: **a igualdade política entre**

---

caracterizada pela possibilidade de eleição, por um conjunto de indivíduos com baixíssimo poder político, de um dos projetos oferecidos por elites que concorrem entre si. Cf. SCHUMPETER, Joseph. A. *Capitalism, socialismo and democracy*, ob. cit., pp. 269-273. A discussão sobre as definições formais de democracia voltou a fazer sentido no cenário recente de ascensão de governos de esquerda na América Latina. Com o uso de mecanismos plebiscitários, governos como os da Venezuela, Equador e Bolívia estão promovendo alterações constitucionais que dificultam a alternância de poder, além de enfraquecendo os poderes judiciário e legislativo em favor do Poder Executivo. Sobre o constitucionalismo autoritário ou abusivo, v. TUSHNET, Mark. "Authoritarian constitutionalism", ob. cit., pp. 391-461. V., também, SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, ob. cit., p. 361: "Na verdade, um grande número de ditadores no mundo tem conseguido gigantescas vitórias eleitorais, mesmo sem coerção evidente sobre o processo de votação, principalmente suprimindo a discussão pública e a liberdade de informação, e gerando uma clima de apreensão e ansiedade".

[665] A crítica aqui se dirige à linguagem empregada pelos *founding fathers* norte-americanos, ao redigir a famosa Declaração de Independência de 1776. V. DAHL, Robert. *On democracy*, ob. cit., p. 62: "Nas palavras que iriam ficar famosas por todo o mundo, em 1776 os autores da Declaração de Independência anunciaram: 'Nós assumimos que essas verdades são auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados pelo Criador de certos Direitos inalienáveis, entre os quais são a Vida, Liberdade, e a busca pela felicidade'. Se a igualdade é auto-evidente então nenhuma justificação posterior é necessária. Nenhuma pode ser encontrada na Declaração. Todavia, para a maioria de nós está muito longe de ser auto-evidente que todos os homens – e mulheres – foram criados iguais". Não se pode deixar de registrar, como faz Dahl, a profunda hipocrisia dos

todos os membros da sociedade. Isso significa que pessoas em diferentes faixas etárias, de renda, escolaridade, de profissões e sexo serão tratadas como se suas opiniões e interesses valessem ***exatamente a mesma coisa*** para o funcionamento do sistema político. É o que Robert Dahl chama de *lógica da igualdade* que está na base dos regimes democráticos. São as diferentes concepções sobre as exigências da igualdade política fundamental que motivam as múltiplas construções teóricas a respeito da democracia.

Mas como justificar a igualdade política? Esse é um problema que tem sido enfrentado com fervor por filósofos políticos desde, pelo menos, o advento do iluminismo[666]. Do ponto de vista histórico, há acordo que o fundamento histórico da igualdade intrínseca entre as pessoas é a doutrina cristã[667]. A cosmologia cristã proclama a criação dos seres humanos à imagem e à semelhança divinas. Como registra Ana Paula de Barcellos, com o advento do cristianismo, "[p]ela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal"[668]. Como consequência da igual dignidade que possuem, os homens deveriam ser tratados de forma igual no espaço político[669]. A dificuldade que pode ser

---

redatores da declaração: homens ricos, conservadores e proprietários de escravos, que mantiveram seus privilégios mesmo após o término da guerra de independência.

[666] Segundo Luís Roberto Barroso, foi em 1486, com a obra de Giovanni Picco, Conde de Mirandola, denominada *Oração sobre a dignidade do homem*, que as razões teológicas e filosóficas a respeito da dignidade humana começaram a separar-se. Cf. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Brasília: Fórum, 2012, pp. 16-17.

[667] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, ob. cit., pp. 14-19, em especial p. 15: "Devido à sua influência decisiva sobre a civilização ocidental, muitos autores enfatizam o papel do cristianismo na formação daquilo que veio a ser conhecido como dignidade humana, encontrando nos Evangelhos elementos de individualismo, igualdade e solidariedade que foram fundamentais no desenvolvimento contemporâneo da sua abrangência" . BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, ob. cit., pp. 103-121. SARMENTO, Daniel. "Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia". *Tese de titularidade* (UERJ), 2015, pp. 42-50. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30, suscita dúvidas quanto ao pioneirismo do cristianismo na defesa da igualdade fundamental entre os seres humanos.

[668] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, ob. cit., p. 104.

[669] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 329: "Existe uma conexão intrínseca entre o princípio democrático e o princípio maioritário. As raízes do princípio maioritário reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática, da liberdade e da autodeterminação. Se a liberdade de participação democrática é igual e vale para todos os cidadãos, então o estabelecimento vinculativo de uma determinada ordenação jurídica pressupõe, pelo menos, a concordância da maioria. E como, por outro lado, a igualdade de participação democrática pressupõe a igualdade de votos, então estes só poderão fornecer o suporte para decisões através do respectivo número e não através de uma diferente 'peso'; os votos contam-se, não se pesam. Os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adopção de um método político de decisão que, pelo menos, beneficia de uma *legitimidade quantitativa maioritária*".

associada à fundamentação religiosa da dignidade e, consequentemente, da igualdade política, é que ela parte de pressupostos que podem não ser racionalmente aceitos por certos grupos sociais. Basta imaginar uma seita religiosa que professe uma cosmologia diferente, baseada na superioridade dos seus próprios membros em relação aos demais. Ideologias políticas largamente compartilhadas também podem divergir desta fundação básica da democracia. Para estes grupos, a igualdade intrínseca pode soar como imperialismo moral[670].

Assim, se a teologia não pode ser a justificativa para a igualdade básica, tornou-se urgente encontrar uma resposta racional, não-dogmática, capaz de sustentá-la[671]. Afinal, seria uma grave contradição performativa defender o uso da razão pública para as discussões fundamentais a respeito da justiça e dos direitos fundamentais no espaço público – e, assim, excluir razões particulares de grupos religiosos e associações privadas, como pretendem as teorias contemporâneas da justiça – e, ao mesmo tempo, basear a premissa fundamental da igualdade liberal na cosmologia religiosa cristã. O esforço de fundação dos direitos fundamentais em geral, e da dignidade humana em particular, na razão humana, é uma estratégia de contornar a acusação de dogmatismo seletivo na discussão pública[672].

Os filósofos iluministas que lançaram as bases para o governo moderado não foram capazes de oferecer uma versão abrangente e, sobretudo, convincente, em defesa da igualdade política laica. Locke, por exemplo, reconhece a igualdade intrínseca como o resultado do exercício da razão, infundida nos homens por fruto da *vontade divina*,

---

[670] Para um sumário das objeções à democracia, v. ROSS, Alf. *Why democracy?*. Cambridge: Harvard University Press, 1952, pp. 145-167. O autor afirma que "deve ser admitido que aqueles que valoram a eficiência na direção do Estado nesta proporção [elevada] têm motivos para preferir a ditadura à democracia" (p. 165).

[671] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, ob. cit., p. 32: "No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia de direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade". Registre-se que a filosofia clássica grega tinha por pressuposto a *desigualdade* natural entre os homens.

[672] A discussão sobre os direitos dos cidadãos que professam doutrinas abrangentes não-razoáveis na perspectiva liberal (especialmente as não-igualitárias) não pode ser discutido neste espaço. Para a discussão, V. KELLY, Erin; MCPHERSON, Lionel. "On tolerating the unreasonable". *Journal of Political Philosophy* n. 9, n. 1., 2002, pp. 28-55; QUONG, Jonathan. "The rights of unreasonable citizens". *Journal of Political Philosophy* v. 12, n. 3, 2004, pp. 314-335. Para uma discussão sobre a secularização da ideologia cristã e suas consequências para o constitucionalismo, v. CARRILHO, Leonardo. "Raízes teológico-políticas da modernidade constitucional". *Revista Publicum* n. 1, 2015, pp. 140-186.

que está presente mesmo no estado de natureza[673]. Rousseau considera a igualdade como um dado: os homens nascem livres e iguais, mas desiguais em força física. Somente o contrato social pode restaurar a igualdade natural perdida[674]. Não há qualquer esforço para justificar a igualdade básica nos dois autores, ela surge como um dado. Montesquieu, por seu turno, sequer esboça uma concepção tão ampla de igualdade: na opinião do francês, a igualdade extrema, que permitiria aos membros comuns do povo exercer funções de direção no Estado, seria ela própria uma perversão do ideal de igualdade[675].

O mais proeminente esforço em dar uma roupagem racional para o conteúdo básico da dignidade humana, e a consequente igualdade política dela decorrente, foi o empreendido pelo filósofo moralista Imannuel Kant[676]. O desenvolvimento integral da complexa teoria moral kantiana não cabe neste espaço. No essencial, Kant está interessado em produzir uma filosofia moral sem qualquer vinculação a elementos empíricos[677] (o que ele denomina de *antropologia prática*), mas que seja acessível somente pela razão (daí o adjetivo *moral*). Nesse sentido, a ação moral legítima depende da obediência direta ao *dever*, que é fruto da aplicação da razão pura. Se a vontade for contaminada por qualquer outro móvel que

---

[673] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 24: "O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. E como todos os homens são obra de um Artífice onipotente e infinitamente sábio – todos servos de um único senhor soberano, aqui postos por ordem d'Ele, para cumprir-lhe a missão – são propriedade d'Ele que os gerou, destinados a durar o tempo que a Ele aprouver, e não a uns e outros; e sendo todos providos de faculdades iguais, compartilhando de uma natureza comum, não há como supor qualquer forma de subordinação entre os homens que nos autorize a destruir a outrem, como se fôssemos objeto uns de outros, tal como as criaturas das ordens inferiores são para nós".

[674] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, p. 37: "(...) em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, uma igualdade moral e legítima a toda a desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e por direito".

[675] MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Col. Os Pensadores, v. 21. 1ª. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 118: "Corrompe-se o espírito da democracia Não somente quando se perde o espírito de igualdade, mas ainda quando se quer levar o espírito de igualdade ao extremo, procurando cada um ser igual àquele que escolheu para comandá-lo. Então o povo, não podendo suportar o próprio poder que escolheu, quer fazer tudo por si só: deliberar pelo senado, executar pelos magistrados e destituir todos os juízes. Não pode mais haver virtude na república". Recomenda-se, ainda, a leitura da passagem do autor sobre a escravidão, às pp. 221-230.

[676] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011. V., ainda, BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, ob. cit., pp. 68-72.

[677] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ob. cit., pp. 14-15.

não seja o dever, ela resta despida de seu conteúdo moral – até a mesmo a inconsciência de que se está agindo *em função do dever* retira o caráter moral da ação[678].

As exigências de ação fundadas exclusivamente no dever constituem o que Kant denomina de imperativo categórico. O imperativo fundamental que ele deduz a partir da razão é o seguinte: "*age segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*"[679]. De modo inteligente, o autor aponta um *teste lógico-racional*, deduzido a partir da pura razão, para que as ações humanas sejam testadas quanto à sua moralidade intrínseca. Mais adiante, ao tratar da condição humana, o autor distingue entre os seres racionais e irracionais, defendendo que os primeiros se inserem no reino dos fins, ao passo que os segundos estão no reino das coisas. Assim, admite que os seres irracionais possam ser tratados como *meios* para outras finalidades; mas não quanto aos seres humanos, que devem ser tratados como *fins em si próprios*. O autor assim sintetiza essas ideias: "*[a]ge de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*"[680]. As ideias de Kant serviram de base racional para a defesa contemporânea da dignidade[681].

O sucesso da fundamentação racional da dignidade proposta por Kant, em termos de aceitação acadêmica, é inegável, mas isso não impede que até hoje vozes a

---

[678] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ob. cit., p. 31: "Uma acção praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina; não depende portanto da realidade do objeto da acção, mas somente do princípio do querer segundo o qual a acção, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada".

[679] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ob. cit., p. 62. É provável que, ao se apropriar do discurso comum, em especial da conhecida *regra de ouro* ("se deve tratar os outros como se gostaria de ser tratado"), Kant tenha dado uma roupagem filosófica – que denomina de imperativo categórico – à uma ideia que sempre fez parte da ética teológica cristã. Sobre o ponto. V. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139. Também é importante salientar que, a despeito do claro conteúdo dos textos canônicos, nem sempre as *práticas* cristãs envolveram a tolerância.

[680] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ob. cit., p. 73.

[681] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, ob. cit., p. 34: "É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana". BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, ob. cit., pp. 103-121. SARMENTO, Daniel. "Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia"., ob. cit., pp. 42-50.

acusem de puro e simples dogmatismo[682]. O próprio discurso da pós-modernidade cuidou de atacar a verdade kantiana[683]. É certo que, ao menos em parte, este sucesso também é devedor do momento histórico posterior à segunda guerra mundial: os crimes praticados pelo regime nazista, com seus campos de concentração e uma filosofia pública de aniquilação, resgatou a necessidade de um fundamento racional para a igualdade, com todas as suas consequências concretas para a democracia e os direitos humanos. Lá estava a doutrina kantiana da dignidade disponível, que acabou importada para o discurso jurídico-constitucional e, assim, alcançou o *status* de axioma político contemporâneo[684].

Outras estratégias argumentativas, em defesa da igualdade básica e da democracia, consistem na comparação de resultados materiais dos regimes políticos fundados nesta regra com regimes fundados em outro tipo de princípio básico, caso das ditaduras. Os regimes democráticos foram capazes de produzir prosperidade e segurança como nenhum outro na história da humanidade, como já registrado no capítulo 9[685]. Contudo, como corretamente salienta Carlos Santiago Nino, *justificações por resultado* são contingentes, na medida em que dependem de inexistência de regimes que produzam resultados melhores[686]. Robert Dahl sugere, ainda, razões pragmáticas em defesa da igualdade, como a debilidade teórica dos princípios concorrentes – a ideia de *igualdade intrínseca* rivaliza com a *supremacia intrínseca* de certos grupos –, e o risco de abusos decorrente de adoção deste outro paradigma, o que ele denomina defesa *prudencial* da democracia[687].

---

[682] V. HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral imperalism: a critical anthology*. New York: New York University Press, 2002. Para críticas ao uso da dignidade humana no discurso jurídico, v. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, ob. cit., pp. 55-60. A genealogia religiosa dos princípios humanitários ganhou sua expressão mais conhecida na célebre passagem de *Os Irmãos Karamazov*, de Fiódor Dostoievski, segundo o qual na ausência de Deus (e da imortalidade da alma), tudo seria permitido aos homens.

[683] BAUMANN, Zygmunt. *Intimations of postmodernity*. London: Routledge, 1992, p. xvii: "Por qualquer que seja a razão, nós tendemos a acreditar que homens e mulheres podem somente ser instigados e seduzidos por uma força ou uma retórica superior, em uma coexistência pacífica. Portanto, somos naturalmente inclinados a ver a perspectiva de nivelamento das hierarquias com horror: só o caos universal pode vir com o desaparecimento de todas as verdades alegadamente universais. (...) As ameaças relacionas à pós-modernidade são altamente familiares: pode-se dizer que elas têm a natureza completamente moderna. Agora, como antes, elas resultam desse vácuo de horror que a modernidade fez no princípio de organização social e formação da personalidade."

[684] Para uma discussão sobre esses temas, v. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, ob. cit., pp. 61-87.

[685] TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. *Advanced Introduction to Law and Development*. Cheltenham: Elgar, 2014, p. 89: "Alguns teóricos focam na conexão entre democracia e medidas ortodoxas de desenvolvimento, como o crescimento econômico".

[686] NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*, ob. cit., p. 67.

[687] DAHL, Robert. *On democracy*, ob. cit., pp. 44-61.

Em síntese, ao lado de argumentos transcendentais, a igualdade política que dá sustentação à democracia contemporânea tem sido defendida com argumentos pragmáticos e prudenciais, nenhum deles é, contudo, visto como definitivo. Como salienta Nino, "[e]mbora quase nenhum pensador contemporâneo negue que a democracia é o único sistema legítimo de governança social, há pouquíssimo consenso sobre a fonte desta legitimidade" [688]. A despeito do enorme esforço intelectual empreendido durante séculos em defesa de justificativas racionais[689], o discurso da igualdade, dignidade e democracia não se converteu em ideias universalmente aceitadas e praticadas. É sobre este descolamento entre discurso e prática que se trata no próximo tópico.

10.2.2. A cultura de tolerância como pressuposto democrático

Uma democracia não pode ser criada com um *fiat* político, a despeito das inúmeras boas razões éticas aduzidas em sua defesa. A adoção de instituições políticas formais assemelhadas aos modelos mais bem-sucedidos de democracia são condições necessárias *mas não suficientes* para o surgimento de um regime político genuinamente democrático[690]. A experiência tem demonstrado que a simples exportação desses modelos ocidentais para países recém-saídos de regimes autoritários, como ocorreu na África e, mais recentemente, no Oriente Médio, não tem surtido o efeito desejado [691]. As cartas

---

[688] NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*, ob. cit., p. 3.

[689] DAHL, Robert. *On democracy*, ob. cit., p. 65: "Ainda assim, a igualdade intrínseca corporifica uma visão tão fundamental sobre o valor dos seres humanos que ela está perto dos limites da justificação racional adicional".

[690] DUNN, John. *Democracy a history*, ob. cit., p. 180, critica a homogeneização das formas de organização estatal ocorrida nos últimos 180 anos, imputando-a, em larga medida, ao poderio militar e econômico dos países europeus e, posteriormente, dos Estados Unidos. A reprodução acrítica dos modelos que deram certo nas democracias avançadas certamente contribui para a instabilidade política dos países em desenvolvimento e o declínio da imaginação institucional global. Encontrar o equilíbrio entre criação e reprodução não parece, contudo, ser uma tarefa singela, e não é objetivo desta tese apresentar uma alternativa. Sobre o tema, V. SARTORI, Giovani. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições.* Brasília: UnB, 1996.

[691] Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, ob. cit., p. 356: "A crença de que a democracia não floresceu em qualquer outro lugar do mundo, mas apenas no Ocidente, é muito difundida e frequentemente externada. A ela se recorre também para explicar acontecimentos contemporâneos. Por exemplo, a culpa dos imensos problemas encontrados após a intervenção no Iraque é atribuída, em alguns casos, não à natureza peculiar da desinformada e mal concebida ocupação militar de 2003, mas sim a uma dificuldade imaginária que considera a democracia e a razão pública inadequadas para as culturas e tradições de países não ocidentais como o Iraque".

constitucionais não têm servido como instrumentos capazes de permitir a convivência política harmônica e pacífica entre as pessoas e grupos políticos em conflito nesses países. Este estado de coisas acaba lamentavelmente explicado por argumentos naturalísticos (*e.g.*, áreas tropicais não seriam propensas às exigências das democracias liberais ocidentais) ou antropológicos (*e.g.*, árabes, africanos ou asiáticos teriam uma inclinação natural em favor de regimes autoritários)[692].

Por outro lado, a exportação do modelo democrático ocidental para aqueles países tem sido denunciada como uma estratégia de dominação[693]. É certo que foi no ocidente que a democracia obteve extraordinário desenvolvimento nos últimos dois séculos, fato que não pode ser escamoteado, mas isso não dá a ele o monopólio das experiências política de autogoverno (e o fascínio que exercem sobre os mais diversos povos). Amartya Sen registra que muitas cidades asiáticas adotaram algum grau de autogoverno por influência da pioneira Athenas clássica[694]. Em tempos mais recentes, a primavera árabe é um exemplo de luta de diversos povos não-ocidentais contra a opressão e em favor da liberdade, que somente se tornou possível graças à difusão dos meios de comunicação eletrônicos, em especial as redes sociais, e dos anseios de substituição dos regimes autocráticos e opressores[695].

Assim, se excluídas as explicações deterministas simplificadoras, remanesce apenas um fator capaz de explicar a pluralidade de regimes políticos e, em

---

[692] A propósito, v. GOBINEAU, Arthur de. *Essai sur l'inégalité des races humaines.* Paris: Éditions Pierre Belfond, 1967, obra na qual o autor defende que a miscigenação racial é culpada pela degeneração civilizatória, e que teve enorme influência no nacional-socialismo (a primeira edição é do século XIX). Para uma crítica ao racismo a partir do relativismo cultural, v. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Race et histoire*. Paris: Denoël, 1987. Para uma síntese das teorias culturais e geográficas explicativas do subdesenvolvimento, v. TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. *Advanced Introduction to Law and Development*, ob. cit.. pp. 21-27.

[693] HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza; GLEASON, Christy. "Introduction". In: HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral imperialism: a critical anthology*, ob. cit., pp. 1-15.

[694] SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, ob. cit., p. 363-369. Para provar a tese de que a democracia não é um subproduto da cultura ocidental, Sen discorre sobre o uso da votação secreta em cidades asiáticas. Sua argumentação mais vigorosa contra a tese eurocêntrica, contudo, está vinculada ao papel do debate público nas democracias (abordado no capítulo 9). Como o autor caracteriza a democracia como o "governo por discussão", ele coerentemente afirma que o debate público estava presente em culturas orientais muito antes de ganharem a difusão que o iluminismo lhes proporcionou (v., em especial, p. 365).

[695] VIEIRA, Vivian Peron. "O papel da comunicação digital na arena internacional: Mobilização política online e a Primavera Árabe". *Boletim Meridiano 47,* v. 14, n. 139, 2013.

especial, a permanência das democracias em certas sociedades: ***cultura***[696]. O regime democrático pressupõe uma cultura específica para que seja capaz de florescer. As premissas do cristianismo parecem ser um fator indutor importante dos regimes democráticos[697]. De todo modo, é fundamental reconhecer que a cultura de tolerância não é algo que esteja imediatamente disponível nas sociedades[698]. Cuida-se, uma vez mais, de uma condição *necessária* mas não suficiente: sem instituições adequadas tampouco será possível a democracia[699].

A cultura necessária à sustentação da democracia é a ***cultura de tolerância***. Ela significa que as pessoas *efetivamente* precisam se reconhecer como seres dotados de igual capacidade de razão e merecedoras de idêntico respeito[700]. Tal visão tem duas implicações imediatas: uma passiva e outra ativa[701]. Do ponto de vista *passivo*, os indivíduos precisam estar dispostos a ouvir seus interlocutores reconhecendo neles a capacidade de produzir argumentos racionais e razoáveis. Ninguém merece ser excluído do debate público em razão de *status* social, ideologias professadas ou características biológicas pessoais. Do ponto de vista *ativo*, ela significa que, os indivíduos precisam estar dispostos a

---

[696] É a tese central de HARRISON, Lawrence E. *The central liberal truth: how politics can change a culture and save it from itself*. Oxford: Oxford University Press, 2006. V. LANDES, David. "Culture makes almost all the difference". In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. (ed) *Culture matters: how values shape human progress*. New York: Basic Books, 2000.

[697] Registre-se, oportunamente, que a obra de Immanuel Kant, reconhecidamente de difícil acesso (o próprio autor critica os autores que privilegiaram a clareza em favor da "popularidade filosófica" – v. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ob. cit., p. 46), não faz parte do currículo básico das escolas nos países democráticos.

[698] BENHABIB, Seyla. "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", ob. cit., p. 79: "tal reciprocidade de reconhecimento, uns dos outros, da personalidade moral, é um resultado de um processo histórico-mundial que envolve lutas, batalhas e resistência, assim como derrotas, levadas a cabo por classes sociais, gêneros, grupos e nações".

[699] O papel central das instituições na criação de incentivos para a produção de desenvolvimento social é destacado por NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, precursor da denominada nova economia institucional. V., ainda, TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. *Advanced Introduction to Law and Development*, ob. cit.. pp. 21-27.

[700] BOBBIO, Norberto. *A era dos* direitos. 9ª. Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho, pp. 186-199, o autor distingue entre a tolerância religiosa ou política, em que são opostas *verdades*, e a tolerância do diferente, em que os preconceitos estão em jogo. O tipo de cultura de tolerância exigido para a democracia, do ponto de vista histórico, é o primeiro. É deste que o texto trata. Contudo, cada vez mais caminhamos pela inclusão do segundo sentido de "tolerância" às teorias democráticas.

[701] As duas dimensões da tolerância são inspiradas na "situação ideal de fala" defendida por John Searle e Jürgen Habermas. Segundo eles, todo os participantes do processo de discussão devem estar imunes contra a manipulação e o uso da força bruta, e também de ser considerados *iguais* na deliberação, devem estar dispostos a tomar parte dela voluntariamente e dispostos a seguir os parâmetros do discurso racional. Cf. AARNIO, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". *Doxa* n. 8, 1990, p. 31.

convencer os demais membros da sociedade de suas razões por meio de métodos persuasivos não-violentos. Vale relembrar as lições de Perelman e Odbrechts-Tyteca, mencionadas no capítulo 6: *a argumentação envolve um processo de valorização do outro*[702]. É precisamente o reconhecimento cultural da igual capacidade de razão que permitirá a realização da democracia.

A esta altura, já se pode afirmar que a democracia é um regime marcado pela igualdade política intrínseca entre os indivíduos, que encontra substrato em certo pano de fundo cultural. Sem uma cultura de tolerância, que permita aos cidadãos que discordem uns dos outros de maneira pacífica e respeitosa, é impossível manter a coexistência democrática: mais provável é que os grupos entrem em conflito. Afinal, não se reconhece igualdade política a alguém que se reputa *intrinsecamente* inferior.

Dois registros finais sobre este ponto precisam ser feitos. Primeiro, não se pode cair no equívoco de afirmar que a democracia só será possível quando a cultura de certa sociedade for completamente *uniforme* no sentido mencionado[703]. Sempre haverá, em todas as sociedades, dissidentes. A viabilidade da democracia parece depender de certo ponto de inflexão que envolve a combinação algum grau de tolerância – que não precisa ser absoluta[704] – como a sua penetração populacional. O oposto também é verdadeiro: o fracasso do projeto democrático significa apenas que este ponto de inflexão não foi atingido, mas não que a sociedade inteira seja partidária de uma cultura de intolerância. O segundo ponto a ser registrado, mais importante, é o seguinte: se as premissas aqui lançadas estiverem correta, então a manutenção da democracia contemporânea depende não apenas das instituições, mas também de um projeto de pedagógico abrangente e duradouro. É sobre este segundo ponto que trata o próximo tópico.

---

[702] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, ob. cit., p. 18. BOBBIO, Norberto. *A era dos* direitos, ob. cit., ressalta também o ponto, v. p. 191: "Uma das definições possíveis de democracia é a que põe em particular evidência a substituição das técnicas da força pelas técnicas da persuasão como meio de resolver conflitos. (...) sabe-se bem quanto a escola da nova retórica contribuiu para ilustrar a relação entre argumentação retórica, no discurso, e método democrático, na prática."

[703] EASTON, David. *A system analysis of political life*, ob. cit., p. 165, ressaltando que o apoio difuso ao regime é variável qualitativa e quantitativamente. Contudo, v. p. 195, onde Easton ressalta que as desavenças sobre os valores fundantes da coletividade podem minar as bases de convivência e, assim, provocar a queda do regime (v. capítulo 7). Obviamente, a forma como esses elementos interagem não pode ser matematizada.

[704] BOBBIO, Norberto. *A era dos* direitos, ob. cit., p. 196.

10.2.3. A democracia como projeto educacional

A incapacidade dos teóricos da democracia em fornecer uma resposta racional definitiva para a justificação da igualdade política leva ao viés cultural do problema democrático. Pode ser que a premissa democrática seja realmente um axioma da teoria política, mas também pode ser que ela seja um produto de certa cultura específica. É certo, contudo, que a autoproclamada vitória da democrática está longe de ser uma verdade[705]. Segundo estudos elaborados em 2015 pela organização independente *Freedom House*, apenas 46% dos Estados no globo oferecem regimes políticos em que as pessoas podem ser efetivamente consideradas livres[706]. Ainda hoje movimentos "supremacistas" disputam atenção na arena pública das democracias avançadas[707]. Em síntese, a ideia de que as pessoas são credoras de igual respeito e consideração uma das outras, em razão do idêntico valor intrínseco que possuem, não tem mais que dois séculos e está longe de gozar de aceitação universal. Não se pode perder de vista a historicidade do consenso hoje existente nas sociedades ocidentais a respeito da importância da democracia e dos direitos humanos[708].

O quadro narrado acima motiva autores pragmáticos, como Richard Rorty, a enfatizar a necessidade de abandono dos esforços "fundacionalistas"[709], como aqueles desenvolvidos linhas acima, para que a energia coletiva (de filósofos, juristas,

---

[705] BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 16.

[706] PUDDINGTON, Arch. "Discarding Democracy: A Return to the Iron Fist". *Freedom House*. s/d Disponível em: http://bit.ly/1Pk9uRu. Acesso em 27 fev. 2016.

[707] São relevantes, sob este ângulo, as discussões envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com o intuito de proteger certas categorias de pessoas contra a discriminação. V. SHIFFRIN, Steven H.; CHOPER, Jesse H. *The first amendment – cases, comments, questions*. 5ª. Ed. St. Paul: West, 2011, pp. 482-494. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 107-129. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os dirietos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 52-53.

[708] DAHL, Robert. *On democracy*, ob. cit., p. 25: "Observando a ascensão e declínio da democracia, resta claro que não podemos contar com as forças históricas para assegurar que a democracia irá sempre se aprofundar – ou até mesmo sobreviver, na medida em que os longos intervalos em que governos populares foram varridos da terra nos servem de alerta". V. DALTON, Russel J. *Democratic Challenges, Democratic Choices*, ob. cit., p. 3. SUNSTEIN, Cass. *A era do radicalismo*. Trad. Luciene Scalzo Guimarães. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010,

[709] RABOSSI, Eduardo. "La teoria de los derechos humanos naturalizada". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, jan/mar. 1990, p. 160: "(...) quando são perguntados sobre os fins de sua preocupação filosófica, a maioria [dos filósofos contemporâneos, juristas, políticos e moralistas] se mostra tendente a adotar o que chamarei de 'uma postura fundamentalista': sustentam que os direitos humanos necessitam de fundamentação, é dizer, um suporte ou justificação racional".

políticos, acadêmicos e pessoas comuns) seja concentrada fundamentalmente na educação das pessoas[710]. Segundo Rorty, "[f]ora do círculo da cultura europeia pós-Iluminismo, (...) a maioria das pessoas é simplesmente incapaz de compreender por que o fato de alguém pertencer a determinada espécie biológica seria suficiente para que o incluíssemos em certa comunidade moral"[711]. A afirmação filosófica da superioridade de uma certa cultura, ainda sob o manto do racionalismo, pouco teria a oferecer para a superação deste estado de coisas. Conforme acertadamente registra Sen, "[o] papel da democracia na prevenção da violência comunitária depende da capacidade dos processos políticos de educação inclusivos e interativos para subjugar o fanatismo venenoso do pensamento comunal divisionista"[712].

Nessa linha, a educação surge como um aspecto central no desenvolvimento da cultura de tolerância que serve de fundo às democracias liberais: é nela que se trava a *luta* entre as doutrinas abrangentes razoáveis e irrazoáveis[713-714]. Sobre este ponto, John Dewey foi um dos pioneiros a pensar na escola como *locus* de desenvolvimento político e democrático[715]. Para Dewey, a democracia não é apenas um simples modo de governar, mas também um *modus vivendi*, cuja persistência depende de esforços de preservação cultural. É nesse sentido que o autor defendeu uma pedagogia cívico-

---

[710] RORTY, Richard. "Direitos humanos, racionalidade e sentimentalidade". In: *Verdade e* progresso. Trad. Denise R. Sales: Barueri, Manole, 2005, p. 211: "O melhor, e provavelmente o único, argumento que nos permite ignorar o fundacionalismo é aquele que já sugeri: seria mais eficiente fazer isso porque, assim, poderíamos concentrar nossas energias na manipulação dos sentimentos, na educação sentimental. Esse tipo de educação deixa pessoas diferentes suficientemente familiarizadas umas com as outras, de modo que elas se sentem menos tentadas a pensar que aquelas que são diferentes delas são apenas semi-humanas". Nesse sentido, v. também a clássica (e criticada) afirmação de BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24, no sentido de que, atualmente, importa mais proteger que justificar os direitos humanos.

[711] RORTY, Richard. "Direitos humanos, racionalidade e sentimentalidade", ob. cit., p. 213.

[712] SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, ob. cit., p. 387. E prossegue o autor: "O efeito da demagogia sectária só pode ser superado através da defesa de valores mais amplos que atravessam as barreiras divisionistas".

[713] CALLAN, Eamonn. *Creating citizens: political education and liberal democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 1-7. MCCOWAN, Tristan. *Rethinking citizenship education: a curriculum for participatory democracy*. London: Continuum, 2009, pp. 3-16. V., ainda, o verbete "civic education", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 30 mai. 2013, disponível em: http://stanford.io/1NTNnwR.

[714] GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.. *Citizens, courts, and confirmations*, ob. cit., pos. 1212, afirmam que a maior parte dos estudos sobre atitude política partem do pressuposto de que as "crenças sobre instituições são inculcadas cedo no ciclo de vida, talvez ainda na adolescência, e pouco variam ao longo do tempo".

[715] DEWEY, John. *Democracy and Education*. Hazleton: Pennsylvania State University, 2001.

democrática. O *insight* é compartilhado pelo brasileiro Paulo Freire[716]. O autor defendia que todas as pessoas devem ser livres e capazes de participar da esfera pública, sendo certo que a educação tem papel central nesta preparação para os processos cívicos[717].

Estas abordagens estão centradas no papel da escola para o desenvolvimento democrático. A educação cívica, e esse é o ponto relevante aqui, *não tem a escola só por fonte*[718]: ela é proveniente também de outros círculos e atores sociais, como a família, a religião, o trabalho e, em especial, das instituições políticas[719]. Sobre o ponto, Alexis de Tocqueville afirmava que "as reuniões comunitárias (*town meetings*) são para a liberdade o que as escolas primárias são para a ciência; elas a trazem para o alcance das pessoas, elas ensinam os homens sobre como usá-la e como apreciá-la"[720]. A manutenção da democracia no longo prazo envolve, forçosamente, uma preocupação permanente com a educação cívica, não podendo ser um projeto deixado ao acaso, conforme corretamente salienta Amartya Sen:

> "O êxito da democracia não consiste meramente em ter a estrutura institucional mais perfeita que podemos conceber. Ele depende inelutavelmente de nossos padrões de comportamento real e do funcionamento das interações políticas e sociais. **Não há nenhuma possibilidade de confiar a matéria às mãos 'seguras' do virtuosismo puramente institucional. O funcionamento das instituições democráticas, como o de todas as outras instituições, depende das atividades dos agentes humanos que utilizam as oportunidades**

---

[716] FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. MCCOWAN, Tristan. *Rethinking citizenship education: a curriculum for participatory democracy*. London: Continuum, 2009, pp. 46-66. McCowan suscita dúvidas quanto à compatibilidade entre a doutrina de Paulo Freire e as premissas liberais.

[717] É possível enxergar estas preocupações também na *abordagem das capacidades* de Amartya Sen. V. *Development as freedom*, ob. cit., pp. 227-249.

[718] Registre-se que estas ideias não estão infensas à crítica. Primeiro, não há consenso quanto ao currículo mínimo para o propósito mencionado (por exemplo, deveríamos ensinar apenas direitos humanos ou mais coisas?). Segundo, há quem denuncie que dela pode resultar em um projeto totalitário perfeccionista (quem tem o controle do currículo pode resolver ensinar *sua* doutrina abrangente favorita, não necessariamente uma razoável), incompatível com os regimes liberais. Uma terceira crítica diz respeito à sobrecarga de conteúdos escolares, um problema já conhecido no Brasil. Como a educação escolar não é um problema abordado na tese, remete-se o leitor à literatura especializada. V. CALLAN, Eamonn. *Creating citizens*, ob. cit., pp. 162-195. MCCOWAN, Tristan. *Rethinking citizenship education*, ob. cit..

[719] HARRISSON, Lawrence. "Promoting progressive cultural change". In: HARRISSON, Lawrence, HUNTINGTON, Samuel (ed.). *Culture matters*. New York: Basic Books, 2000, pp. 303-306. HARRISSON, Lawrence. *The central liberal truth*, ob. cit., pp. 170-176.

[720] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, v. 1., Project Gutenberg, p. 128.

para as realizações razoáveis"[721] (destaque acrescentado).

Neste contexto, o discurso produzido por órgãos políticos tem repercussão na formação da cultura de fundo que dá sustentação à democracia liberal. Por isso é tão perigoso para a cultura democrática que Presidentes da República se assumam como porta-vozes de apenas uma parcela da sociedade, fomentando, direta ou indiretamente, a polarização social; ou que parlamentares façam a defesa pública de doutrinas abrangentes irrazoáveis no espaço público[722]. Esses comportamentos minam as bases de tolerância sobre as quais se assenta o próprio regime democrático, corroendo o sistema no longo prazo. O comportamento de agentes políticos majoritários, contudo, não é objeto da presente tese. O tópico seguinte tem por objetivo específico discutir se a jurisdição constitucional tem algum papel nesta engrenagem social.

10.3. O PAPEL DE REFORÇO DEMOCRÁTICO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

10.3.1. Pedagogia com um *plus*

Stephen Breyer, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, em certa oportunidade afirmou que "[n]ão estamos aqui para fazer doutrina. Mas para decidir casos"[723]. Embora este papel certamente caiba aos juízes atuando nos graus ordinários de jurisdição, Breyer subestimou a função da corte constitucional. As instituições políticas mais elevadas de um país não devem ser apenas instâncias burocráticas, pois elas são mais do que isso. Cabe-lhes o dever fundamental de colaborar ativamente no projeto de construção de uma genuína sociedade democrática, como registrado acima. Elas o fazem não apenas pelo exercício de suas atribuições constitucionais regulares, certamente um aspecto primário e relevantíssimo da contribuição ao desenvolvimento democrático, mas também por meio do discurso que

---

[721] SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, ob. cit., p. 389.

[722] Como tem ocorrido na história recente da América Latina, em que governos ditos "de esquerda" assumem o governo com o pretexto de governar para "os mais pobres", bem como o discurso contumaz de acusação às "elites" de sabotarem os ditos governos populares. A preocupação recente com a qualidade da democracia da América Latina vai se mãos dadas com a erosão das bases culturais que servem à manutenção do sistema político. V. ARIAS, Oscar. "Culture matters". *Foreign affairs* n. 90, 2011, pp. 2-6.

[723] FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*, ob. cit., p. 100.

produzem no espaço público. Por este motivo é tão importante o modo como as instituições públicas e a sociedade dialogam.

É dizer: os tribunais constitucionais também podem (e devem) atuar em defesa da manutenção das condições básicas da democracia[724]. Eles podem fazê-lo nos moldes procedimentais, tal como proposto por John Hart Ely, promovendo a desobstrução dos canais políticos, mas também como a produção de discurso que reforce a cultura de tolerância, independentemente do resultado produzido no caso concreto[725]. À luz dessa premissa, toda a preocupação atualmente existente em reduzir o tempo que os Ministros do Supremo Tribunal Federal empregam para decidir cada caso pode ser requalificada. Na verdade, para um tribunal de cúpula, a qualidade do discurso proferido para resolver cada questão e o grau de atenção coletiva que ele é capaz de despertar são elementos mais importantes que a quantidade de casos julgados. Esta é uma obviedade que ainda não faz parte do conhecimento convencional brasileiro. Ademais, se o objetivo é reforçar a democracia ganhando a atenção da cidadania, então faz sentido que os onze ministros insistam na leitura de seus votos em casos relevantes, ainda que haja redundância e que sejam longos. Torna-se perfeitamente justificável o emprego de metáforas e citações extrajurídicas.

A ideia de que os tribunais também são agentes disseminadores da cultura de tolerância não fornece uma mapa decisório, mas reforça a importância central do

---

[724] O papel democrático aqui defendido não se confunde com o "papel iluminista", que tem sido defendido publicamente pelo Ministro Luís Roberto Barroso. O papel de reforço democrático está ligado à difusão do discurso das cortes, e não aos métodos e limites interpretativos ao qual estão sujeitas. Segundo pensamos, há pelo menos dois riscos que podem ser associados à defesa de um papel iluminista para a Corte constitucional, a saber: (i) uso autoritário do discurso constitucional, que pode ser razoavelmente contrabalançado com os riscos de empacotamento, superação legislativa de decisões judiciais e interferência política na Corte – supõe-se, ademais, que o exercício do papel iluminista implicará na mobilização de altas doses do capital político detido pela Corte constitucional, de modo que esse *avanço* não poderá ocorrer durante todo o tempo; e (ii) apropriação do discurso por outras instâncias do Poder Judiciário: aqui mora o verdadeiro risco, que consistem em transformar cada juiz de direito em um potencial "agente da transformação social". É sabido que a aplicação das leis com algum grau de fidelidade textual é uma condição para o desenvolvimento econômico e social e também a realização de um dos valores centrais do ordenamento jurídico: a segurança jurídica. V. BARROSO, Luís Roberto. "Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas", ob. cit., pp. 8-9.

[725] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, ob. cit., p. 103: "Não quero dizer que o Tribunal foi seu professor [dos funcionários públicos]. Muitos deles discordam profundamente do que o Tribunal disse. Mas não seriam tão sensíveis ao princípio sem a cultura jurídica e política de que a revisão judicial [*controle de constitucionalidade* seria a tradução mais adequada aqui] constitui o âmago. Também o público que eles representam não leria, pensaria, debateria, nem, talvez, votaria como vota sem essa cultura". Na verdade, com as devidas adequações, a premissa vale para todos os agentes públicos.

seu discurso na esfera pública. Seria pretensão exagerada buscar analisar todos os casos em que o tribunal realizou esse papel, mas alguns exemplos podem ajudar a compreender o fenômeno. A partir deste filtro, decisões como *Brown v. Board of Education*, proferida em linguagem simples com o propósito explícito de ser compreendida pelas pessoas comuns, revela a importância dessa função exercida pelos tribunais (não se trata, obviamente, de um deslize técnico). No Brasil, o uso de linguagem menos formal está presente em julgamentos paradigmáticos, como aquele em que o STF reconheceu o direito à união estável homoafetiva, à interrupção terapêutica de fetos anencefálicos e a constitucionalidade das cotas raciais nas instituições superiores de ensino público, todos já citados ao longo da tese (v. capítulo 6).

Neste passo, a corte constitucional exerce a função pedagógica com um *plus*. Não se trata apenas de instruir as pessoas sobre as regras jurídicas em vigor – elemento que faz parte da justificativa tradicional em favor do televisionamento de tribunais (v. capítulo 1) –, *mas de inculcar os valores básicos que permitem a manutenção do regime democrático*. Ao discursar para o público, o tribunal mobiliza sua reputação – seu capital político – em favor de certas ideias essenciais à democracia. A dimensão social (v. capítulo 6), enquanto novidade decorrente do televisionamento de julgamentos, potencializa o papel de reforço democrático que as cortes constitucionais podem ter em um mundo preocupado com a capacidade de resiliência dos regimes democráticos.

Como defende Jeremy Waldron[726], uma sociedade suficientemente madura para reconhecer a essencialidade dos direitos humanos e a importância da democracia não precisará de um guardião falível e precário, como são os tribunais constitucionais e seus juízes. Como ideal regulativo, a educação cívica é a chave para a reconciliação entre democracia e direitos humanos. É certo que nenhuma sociedade conseguiu atingir este "patamar cultural ideal", para que possam prescindir de instituições oficiais de proteção dos direitos[727]. De todo modo, fica o registro que o verdadeiro e derradeiro sucesso da jurisdição constitucional pode ser o ponto onde ela se torna desnecessária.

---

[726] WALDRON, Jeremy. "Rights and majorities: Rousseau revisited". In: CHAPMAN, J. W.; WERTHEIMER, A. (ed.). *Majorities and Minorities*. New York: New York University Press, 1990, p. 56.

[727] GUTMAN, Amy. "Democracy", ob. cit., pp. 524: "Porém, nenhuma sociedade conseguiu ser bem sucedida em educar a opinião pública de modo a obter o continuado respeito pelas condições da democracia liberal, e é difícil imaginar o seu sucesso no futuro próximo". O mesmo ceticismo é compartilhado por BARROSO, Luís Roberto. "Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas", *Consultor Jurídico*, 7 dez. 2015, disponível em: http://bit.ly/1Ownkl1, p. 9: "No tocante à posição de Waldron, infelizmente não se

10.3.2. A difusão de uma gramática cívica

Se um dos efeitos do televisionamento é a modificação do discurso proveniente da corte constitucional – que passa a englobar a opinião pública como destinatária (denominada, no capítulo 6, de *dimensão social das decisões judiciais*) –, o mesmo se pode esperar dos indivíduos que estão no campo de influência desse discurso. Como afirmado anteriormente, o discurso jurídico típico e formal vem cedendo espaço para argumentos extrajurídicos, destinado a cativar as massas. Mas disso não resulta a erosão completa da tecnicidade própria da argumentação jurídica, e tampouco a perda do viés político-filosófico que envolve o exercício da jurisdição constitucional. Em síntese, trata-se aqui de uma via de mão dupla: o público conforma a corte e ela conforma o público, em um processo dialético. Interessa-nos, neste ponto específico, o discurso que flui da corte para a sociedade.

O que se espera com a redução da complexidade técnica das decisões constitucionais é que pessoas comuns possam ter acesso à forma de raciocinar empregada pela jurisdição constitucional. ***E isso é importante porque as instituições encarregadas de desempenhar a justiça constitucional não argumentam da mesma forma que os demais poderes políticos, ao menos nas democracias ocidentais contemporâneas***[728]. Na linguagem filosófico-liberal, tem sido afirmado que as cortes constitucionais utilizam um tipo especial de discurso, denominado, por John Rawls, de *razão pública*[729].

A ideia de razão pública consiste em uma forma de argumentação a ser utilizada pelos cidadãos quando estão no espaço público a debater os "elementos constitucionais essenciais" e questões de justiça básica. Segundo Rawls, em tais situações, "os

---

encontram presentes no Brasil as pré-condições ("assumptions") por ele enunciadas e que tornam a jurisdição constitucional dispensável ou menos relevante (pessoalmente, tenho dúvida se algum país do mundo preenche integralmente tais condições, mas esta seria uma outra estória)".

[728] Não se deve confundir a *forma* do discurso com o *conteúdo* do discurso. O emprego da coloquialidade e o recurso à estilística para redigir votos que convençam o público em geral não faz com que os juízes se transformem em políticos. VIRGÍLIO. A razão pública está ligada ao *tipo* de argumento, e não ao *modo* como eles são apresentados.

[729] RAWLS, John. *Liberalismo politico*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 251-302; 519-584.

cidadãos devem se dispor a explicar as bases de suas ações uns aos outros em termos que cada qual possa razoavelmente esperar que os demais julguem consistentes com sua liberdade e igualdade"[730]. Como já se pode intuir, o liberalismo político pressupõe que o uso legítimo do poder político deve ser realizado de acordo com princípios e regras constitucionais que sejam aceitáveis pelos cidadãos na condição de razoáveis e racionais. Logo, parece pouco provável essas pessoas aceitariam um governo que permitisse o uso de razões particulares (*e.g.*, religiosas) para justificar a imposição de deveres por meio do aparelho coercitivo estatal.

Na visão de Rawls, a Suprema Corte é o modelo *por excelência* de instituição centrada no debate por uso de razões públicas[731]. O dever de usar argumentos de razão pública não se limita aos juízes constitucionais, mas abarca membros do Parlamento e da Administração, bem como candidatos aos cargos públicos. Contudo, ao contrário das demais instituições políticas e dos candidatos, a corte constitucional *somente* pode se manifestar pelo uso da razão pública, eis que suas conclusões precisam ter lastro no texto constitucional, sob pena de não mais exercer sua função de modo legítimo. Os juízes não podem empregar argumentos de moralidade pessoal para proferir suas decisões. Note-se que essa obrigatoriedade não abarca os demais poderes políticos. Por isso, uma das funções atribuídas por Rawls à corte constitucional consiste em "dar ***força*** e ***vitalidade*** à razão pública no fórum público, e isto o tribunal faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais"[732].

Ronald Dworkin, por outro lado, refere-se às cortes constitucionais como *fóruns do princípio*[733]. A expressão é empregada pelo autor para contrapor o tipo de argumento empregado pelas cortes constitucionais – fundado em princípios de justiça –, àqueles utilizados por outras instituições políticas, que são as políticas públicas (*policies*), que objetivam promover o bem-estar coletivo. Embora reconheça que o debate gerado pelos tribunais possa não ser o mais profundo e vigoroso, o autor afirma que o tipo de discurso

---

[730] RAWLS, John. *Liberalismo politico*, ob. cit., p. 256.

[731] RAWLS, John. *Liberalismo politico*, ob. cit., pp. 272-284.

[732] RAWLS, John. *Liberalismo politico*, ob. cit., p. 281, destaque acrescentado.

[733] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª Ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 100-103.

produzido por eles é valioso para a sociedade[734]. O discurso das cortes constitucionais transforma questões de política em discussões sobre justiça e Direito.

Ao gerar saliência para o discurso que profere, a corte constitucional entrega aos indivíduos comuns *ideias* que servirão à construção de argumentos tanto em questões públicas como privadas: dignidade da pessoa humana, Estado de Direito, devido processo legal, igualdade, propriedade, moralidade, direitos sociais, etc.. Não se trata aqui de gerar conhecimento público *apenas* para que seja possível mobilizar o aparato judicial, embora isso possa acontecer e seja um efeito colateral desejável, mas permitir que as pessoas pautem suas vidas à luz desses conceitos.

Essas pequenas pílulas de informação podem parecer irrelevantes à primeira vista, mas eles são essenciais quando considerados o histórico de violência institucional praticado pelo Estado brasileiro contra o cidadão comum. Nunca é demais insistir que, embora a ditadura militar tenha sido substituída pela democracia na década de 1980, as leis e, principalmente, agentes do regime, permaneceram exercendo funções no âmbito da Administração Pública brasileira. Existe um processo em curso de mudança de um *ethos* autoritário para uma lógica democrática que exige tempo e informação para que se cumpra a contento[735].

Por outro lado, é preciso considerar que a concretização da Constituição não pode se pautar exclusivamente na resposta judicial a cada violação verificada em concreto. As limitações institucionais do Poder Judiciário (e do Supremo Tribunal Federal, por derivação) requerem que o processo de adesão à cultura dos direitos humanos seja feita também de baixo para cima. A capacidade de reverberação causada pelo televisionamento de julgamentos pode ajudar nesta tarefa. Mesmo o ideal de razão pública, para que seja realizado, precisa estar ancorado na motivação dos cidadãos, como reconhece

---

[734] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, ob. cit., p. 102: "Esse debate [realizado no tribunal] não é necessariamente muito profundo nem é sempre muito vigoroso. É, não obstante, valioso".

[735] Nesse sentido, merece ser reproduzida a interessante afirmação do ex-Vice-Presidente Pedro Aleixo: "O pior na ditadura é o guarda da esquina". Cf. FRANCO, Gustavo H.B.; GIAMBIAGI, Fabio. *Antologia da maldade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 38. O *ethos* ditatorial tem sua faceta mais cruel nas microrrelações entre Estado e cidadão, daí a importância do discurso que *informe* o cidadão sobre os seus direitos.

Rawls[736]. A difusão do ***léxico básico do discurso constitucional*** é um enorme avanço civilizatório[737]. Afinal, como registra Robert Dahl, "se as instituições para a educação cívica são fracas, resta apenas uma solução satisfatória. *Elas precisam ser fortalecidas*"[738].

10.4. CRÍTICA AO PAPEL DE REFORÇO DEMOCRÁTICO

Uma possível objeção ao argumento aqui declinado consiste em afirmar que ele superestima o poder de penetração das decisões proferidas pela jurisdição constitucional na cultura popular, na linha do ponto desenvolvido ao final do capítulo 9[739]. Para formular o argumento de maneira mais genérica, é possível descrevê-lo assim: uma cultura de tolerância não é criada "de cima para baixo", mas sim em sentido oposto. Segundo essa ideia, a grande massa de pessoas não estaria interessada em acompanhar as decisões da Suprema Corte e, mesmo as que o fazem não seriam "suficientemente impactadas" pela mensagem do tribunal, a ponto de mudar suas visões de mundo.

É inequívoco que a corte constitucional não tem o mesmo poder de mobilização social que outros agentes privados com maior projeção social ou até mesmo os outros poderes da república[740]. É improvável que uma decisão do STF no caso relativo ao acesso de transgêneros ao banheiro feminino[741], tenha o mesmo impacto, em termos de

---

[736] RAWLS, John. *Liberalismo politico*, ob. cit., p. 298: "Embora muito mais devesse ser dito para tornar essa sugestão inteiramente convincente, o ponto central enfatizado é que os cidadãos precisam estar motivados a respeitar o ideal em si, no presente, sempre que as circunstâncias o permitam, mas com frequência nos veremos obrigados a adotar uma perspectiva mais ampla" (destaque acrescentado).

[737] Não se pode perder de vista que, no Brasil, o poder público ainda trabalha com o conceito de "inconstitucionalidade útil". O Estado edita atos flagrantemente inconstitucionais com o propósito de se aproveitar de seus efeitos enquanto não houver pronunciamento judicial. É muito comum que isso ocorra em matéria tributária, mas também pode ocorrer em outros ramos do Direito (*e.g.*, ver as muitas leis para disciplinar a cobrança de estacionamento em *shopping centers*, que autorizam provimento derivado em cargos públicos, etc.). Sobre a prática, v. MELLO, Marco Aurélio. "O Direito em tempos de incerteza". *Migalhas*, 16 dez. 2015. Disponível em: http://bit.ly/1dQAJTE.

[738] DAHL, Robert. *On democracy*. Yale University Press: New Haven, 2000, p. 80.

[739] TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. *Advanced Introduction to Law and Development*, ob. cit., pp. 22-23: "Nós não sabemos como as instituições formais podem mudar a cultura e vice-versa. E se estas mudanças são possíveis, não sabemos quando e sob quais circunstâncias elas são suscetíveis de ocorrer".

[740] O Poder Executivo, por exemplo, pode dispor de um orçamento vigoroso para fins publicitários, do qual o Poder Judiciário não dispõe. Por exemplo, em 2015, a verba publicitária do Governo Federal era de R$ 200 milhões. Notícia disponível em http://bit.ly/1afbidB , acesso em 5 mar. 2016.

[741] STF, RE 845779 RG / SC, rel. Min. Luis Roberto Barroso, ainda pendente de conclusão.

discussão pública sobre os direitos da comunidade transexual, do que a declaração pública de que a Caitlyn Jenner, pai das Kardashians e ex-atleta olímpica, é transgênero[742]. Enxergar na Corte constitucional o *único farol* a nos guiar para o futuro exigiria uma boa dose de ingenuidade e irrealismo.

A difusão do discurso constitucional proveniente das cortes constitucionais não é panaceia para curar os atrasos civilizatórios existentes nas diversas sociedades. Não se espera, por exemplo, que os traficantes das múltiplas facções criminosas do Rio de Janeiro em guerra tratem uns aos outros de modo mais humano após a transmissão de trechos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal no *Jornal Nacional*. O discurso constitucional não é o único e nem o principal instrumento para esta finalidade educacional. Como já registrado, as instituições sociais em geral, e a educação pública em particular, devem desempenhar um papel muito mais relevante neste propósito. Por outro lado, reconhecer que a corte tem um papel limitado é diferente de dizer que ela não tem qualquer papel a desempenhar no espaço público.

É certo que conhecer o impacto da TV Justiça na cultura popular é uma agenda de estudo empírico, na linha dos citados no capítulo 3. Mesmo sem os dados necessários à avaliação, é possível intuir que os custos econômicos, pessoais e institucionais decorrentes do televisionamento no âmbito da jurisdição constitucional são *módicos* quando comparados com a potencialidade para gerar benefícios. Como registrado no capítulo 4, a TV Justiça hoje tem um custo de 20 milhões de reais anuais. Trata-se de uma despesa bastante pequena, representativa de 2% do orçamento anual do Supremo Tribunal Federal. Se o tipo de abertura e exposição provocados pelo televisionamento estiverem relacionados à revolução dos direitos ocorrida na última década, como se sustentou no capítulo 4, o investimento *sem dúvida* terá sido muito valioso. Por fim, em uma democracia, certas estruturas institucionais devem ser mantidas ainda que os cidadãos façam pouco uso dela: toneladas de documentos com prestação de contas, por exemplo, estão disponíveis para consulta na *internet*. É possível que, no futuro, a TV Justiça seja considerada uma dessas instituições que têm importância intrínseca para um governo genuinamente democrático.

---

[742] BIRBRAIR, Lana. "Beyond Obergefell: what's next?". *Harvard Law bulletin*, v. 67, n. 1, 2015, p. 33. A autora discute os próximos passos dos movimentos sociais defensores das minorias sexuais, à luz do julgamento Obergefell, citado no capítulo 2.

De resto, a adesão de grupos sociais às decisões da corte constitucional será sempre dinâmico, significando que sempre haverá discordâncias a respeito de resultados particulares. Todavia, a mensagem importante que o tribunal deve sempre transmitir diz respeito à relevância da justiça constitucional e dos direitos fundamentais para toda a sociedade. Ao comentar a ideia de governo "por discussão", Amartya Sen salienta o papel dos processos políticos de educação para a redução da violência contra as minorias[743]. Nesse sentido, a atuação da corte constitucional como pedagoga social tem uma importante função a desempenhar na consolidação de um regime de tolerância.

A reconstrução das instituições cívicas tem sido preconizada como solução para esse *abismo* entre expectativas e realidade. Em sociedades com baixa renda *per capita*, esses custos têm efeito desastroso na participação popular no governo. Por fim, mas não menos relevante, registrar que o histórico debate envolvendo democracia e direitos fundamentais, que se traduz na oposição entre parlamentos e cortes constitucionais, pode ter seu encerramento na educação cívica, como sugere, por exemplo, Jeremy Waldron[744].

Após tanta exposição, permita-se ainda um último comentário. As visões expressas ao longo deste trabalho talvez pareçam irrealistas, não apenas quanto ao alcance real do televisionamento do Supremo Tribunal Federal, mas também pelas próprias missões atribuídas às Cortes constitucionais em democracias. Quanto a essas objeções, dois comentários podem ser feitos. O primeiro é que ideias como constitucionalismo, democracia e direitos humanos não foram construídas do dia para a noite. Pelo contrário, foram necessários séculos para que as pessoas entendessem a importância da igualdade política e da autonomia individual e chegassem a um desenho institucional que pudesse razoavelmente resguardar esses valores. O segundo é que, por menor que seja a base de espectadores da TV Justiça, cada pessoa conta quando se trata de avançar o processo civilizatório. No fundo, desde e a primeira linha, a premissa essencial desta tese é a confiança na capacidade das pessoas.

---

[743] SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*, ob. cit., p. 387: "O papel da democracia na prevenção da violência comunitária depende da capacidade dos processos politicos de educação inclusivos e interativos para subjugar o fanatismo venenoso do pensamento comunal divisionista".

[744] WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *The Yale Law Journal* n. 115, v. 6, abr. 2006, pp. 1364-1369.

10.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

As democracias contemporâneas, fundadas no princípio da igualdade política básica entre as pessoas, depende de condições culturais para que possam subsistir, entre as quais se sobressai a ideia de tolerância. Longe de ser um sentimento inato a todos os seres humanos, a manutenção de uma cultura de tolerância requer uma postura ativa da sociedade e das instituições públicas: em último grau, a democracia requer um projeto pedagógico de longo prazo. A formação da "cultura de fundo" decorre não apenas das instituições estritamente educacionais existentes na sociedade, mas também da concorrência das instituições sociais, tais como a família e a igreja, e das instituições políticas.

Com base nessas premissas, defendeu-se que a corte constitucional pode contribuir positivamente para a formação da cultura de fundo que serve de suporte à democracia. Sob tal ângulo, o tipo de comunicação estabelecida entre o tribunal e as pessoas comuns (a denominada *dimensão social* da decisão) assume um papel muito mais relevante do que o ordinariamente conferido ao tema. O uso de argumentos retóricos para gerar atenção social torna-se justificável. O tempo de leitura dos votos, especialmente em casos de maior relevo, torna-se um ônus necessário à realização de uma das funções centrais dos tribunais constitucionais.

CONCLUSÃO

No início do trabalho, registrou-se que a televisão é atualmente o meio mais comumente empregado pelas pessoas para a obtenção de informações, pouco à frente do rádio e da *internet*. Seguindo tal tendência, o uso do televisionamento para a divulgação de dados públicos está se tornando cada vez mais comum nas democracias ocidentais avançadas. Contudo, a mesma tendência não se verifica em relação aos tribunais: as cortes continuam se comunicando com o público do mesmo modo que o faziam há duzentos anos. Na verdade, enquanto os ganhos democráticos e de transparência associados ao uso do televisionamento são evidentes em relação aos demais poderes, o mesmo não tem sido reconhecido quando se trata de atividades judiciais. Há intensa discussão entre juízes, acadêmicos, profissionais do Direito e políticos sobre os riscos e perdas associados à alteração da "forma tradicional" de operação das cortes.

Especificamente no Brasil, o pioneirismo da TV Justiça não significou a vitória definitiva de um dos lados do debate: ainda hoje há projetos de lei em tramitação que objetivam encerrar o experimento ou mitigá-lo de algum modo; igualmente, há vozes respeitáveis nas carreiras jurídicas, na academia e no próprio Judiciário que advogam contra o tipo de publicidade que o televisionamento proporciona. Neste sentido, os objetivos declarados da tese foram: em primeiro lugar, oferecer ao leitor um *mapa*, baseado em argumentos jurídicos, prudenciais, experimentais e práticos, para que os interessados possam se posicionar na discussão de fundo; em segundo lugar, analisar os impactos da TV Justiça nas práticas jurídicas do STF, a partir do exame quantitativo e qualitativo de suas decisões; em terceiro lugar, oferecer uma defesa organizada do uso do televisionamento, correlacionando as funções da jurisdição constitucional e os efeitos percebidos na corte constitucional brasileira.

A esta altura, já será possível fazer uma síntese a respeito dos temas abordados ao longo do trabalho e, separando-os de acordo com os três blocos e dez capítulos que compõem a tese, apresentá-los na forma de proposições objetivas. É o que se faz a seguir:

Parte I. O televisionamento de julgamentos: teoria e prática

a) o debate sobre câmeras nos tribunais

A despeito dos esforços no sentido de aproximar o Poder Judiciário e o cidadão comum, o *hermetismo* e a *solenidade* que marcam a atuação judicial o transformaram no "Poder menos compreendido". Poucas pessoas verdadeiramente se interessam e são capazes de compreender o complexo funcionamento das engrenagens da justiça, o que impede uma crítica pública vigorosa sobre uma das instituições mais relevantes para a democracia constitucional. Não raro vozes têm defendido este distanciamento como uma condição necessária para o adequado funcionamento das instituições judiciais, ora para insular os juízes das "paixões populares", ora simplesmente sob o argumento de que o povo é ignorante e nada teria verdadeiramente a acrescentar. Com a evolução da tecnologia e consequente redução dos custos de acesso a ela, o tema voltou à ordem do dia ante a possibilidade de abertura das portas do dos fóruns com o uso da *internet* e do televisionamento em tempo real. Com o intuito de organizar a discussão, foram delineados quatro argumentos favoráveis ao televisionamento e três argumentos contrários, resumidos a seguir:

(I.1) o primeiro argumento em defesa do televisionamento diz respeito à proteção das pessoas contra os riscos decorrentes da arbitrariedade judicial. A publicidade processual tem o condão de evitar, por meio do constrangimento público, que os membros do Poder Judiciário ajam de modo parcial ou arbitrário. A fiscalização coletiva seria facilitada caso as pessoas pudessem acompanhar os julgamentos de suas residências ou locais de trabalho, eis que as cortes operam em horário comercial. Além disso, o televisionamento oferece vivacidade, tornando uma atividade pública interessante aos cidadãos, e ajuda a contornar limitações de espaço físico por ocasião dos "grandes julgamentos";

(I.2) segundo argumento está relacionado à legitimidade para o exercício das funções estatais. A abertura é fundamental para que os cidadãos possam compreender e avaliar politicamente o funcionamento dos poderes republicanos, o que inclui não apenas os magistrados, mas também as leis. Assistir às atividades do Poder Judiciário em tempo real dá a eles a oportunidade de fazer exatamente este tipo de julgamento. No mais, o

uso do poder político por juízes não eleitos, cada vez mais intenso, reforça a necessidade de que suas atividades sejam transparentes, como condição de legitimação;

(I.3) o terceiro argumento concentra-se na educação do público. Ao transmitir os julgamentos pela televisão, as pessoas poderiam aprender sobre as leis e o Direito. Como registrado, na maioria dos países em desenvolvimento, a falta de informação tem sido um óbice elementar ao acesso à justiça. Além disso, o uso de tal mecanismo poderia ajudar a corrigir distorções causadas pela cultura *pop* ligada à prática jurídica, que não promove um retrato acurado da realidade judiciária. O televisionamento atingiria, ainda, públicos normalmente não abarcados pelo jornalismo especializado, que depende de custosas assinaturas;

(**I.4) quarto argumento constrói sobre os potenciais efeitos preventivos proporcionados pelo televisionamento**. Em síntese, a ideia é que, ao tornar pública a punição dos malfeitores, as demais pessoas se sentiriam encorajadas a cumprir a lei, em razão da saliência dos riscos de também serem castigadas. Além disso, a publicidade associada aos julgamentos teria um "efeito catártico" em relação às vítimas, atuando para prevenir o vigilantismo;

(II.1) o primeiro argumento contrário à publicidade televisiva está relacionado aos seus efeitos adversos desconhecidos. Como não se sabem os impactos que as câmeras têm sobre o comportamento humano, a sua introdução em ambientes judiciais poderia comprometer as condições institucionais necessárias à realização da justiça. O perigo afeta, de modo particular, os julgamentos de natureza criminal, sensíveis à opinião pública. Há receio de que juízes "joguem para o público", e que jurados e testemunhas não colaborem com a realização da justiça;

(II.2) o segundo argumento está relacionado aos riscos de transformação da justiça em entretenimento, ocasionando perda de respeito popular. Na sua melhor luz, a crítica afirma que o respeito às decisões judiciais depende da construção de certa imagem dos magistrados no imaginário popular. O televisionamento das atividades judiciais teria o poder de minar essa imagem. Apresentado de outra maneira, o argumento também afirma que as pessoas não teriam interesse em acompanhar todos os casos, mas

apenas aqueles mais relevantes. Por este motivo, não seriam capazes de compreender adequadamente a atividade judiciária;

(II.3) o terceiro e último argumento está relacionado à proteção da intimidade e da privacidade das partes envolvidas em processos judiciais. Em sua essência, o argumento postula que a publicidade moderada seria tolerável, um "mal necessário" para permitir o controle público sobre a atividade judiciária, mas não o televisionamento sem prévia autorização das partes, que representaria violação desproporcional à cláusula constitucional de proteção da privacidade.

O enfrentamento dos argumentos listados envolve sutilizes e questões profundamente abrangentes, com repercussões particulares em cada jurisdição especializada. Nos processos criminais, o risco mais relevante diz respeito à parcialidade dos juízes e jurados; nos processos cíveis, o problema maior é a privacidade das partes. Para evitar o desvio de foco, optou-se pela discussão exclusiva a respeito do *televisionamento de teses* e, em particular, *dos casos apreciados pelas cortes constitucionais*.

b) câmeras nos tribunais: experiências concretas

Segundo o planejamento inicial, o segundo capítulo objetivou oferecer um *panorama da experiência comparada relativamente ao televisionamento de cortes de cúpula e de tribunais internacionais*. A experiência americana foi abordada em razão do pioneirismo e da importância das manifestações da Suprema Corte dos Estados Unidos, seguramente o tribunal de cúpula com maior influência global. As cortes constitucionais do Reino Unido, Canadá e México foram objeto de comentários, em razão das transmissões televisivas que têm realizado. Por fim, foi apresentada a transmissão de julgamento em diversas cortes internacionais.

As lições que a experiência comparada podem ser assim sintetizadas: (i) quanto à questão constitucional debatida*:* as decisões proferidas em *Estes*, *Chandler* e, mais recentemente, em *Hollingsworth*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, revelam que a ausência de consenso sobre o impacto das câmeras em ambientes judiciais é um problema com impactos relevantes na interpretação constitucional. O ônus de provar a

influência das transmissões televisivas tem oscilado entre detratores e defensores. É possível que as discussões sejam replicadas à luz da Constituição brasileira, daí a importância de aprofundamento no tema;

(ii) quanto aos modelos de transmissão: o modelo de transmissão puramente privado de julgamentos pode reforçar preconceitos no público e apresentar uma versão distorcida do que realmente ocorre nos tribunais. Isso porque a seleção de casos apresenta viés sensacionalista, priorizando casos criminais rumorosos. Além disso, a experiência da Court TV traz dúvidas sobre a própria viabilidade do empreendimento, apontando a necessidade de financiamento público. A Suprema Corte do Canadá tem tido sucesso empregando o canal público de televisão pertencente ao legislativo (CPAC). A Suprema Corte do Reino Unido, assim como os tribunais internacionais, não conta com um canal próprio para transmitir seus julgamentos, mas disponibiliza os seus julgamentos na *internet*. A Suprema Corte mexicana utiliza a transmissão por satélite e pela *internet*, mas não foi possível apurar mais detalhes sobre o modelo;

(ii) quanto à opção pela abertura televisiva: a Suprema Corte dos Estados Unidos é um órgão judicial que detém um enorme prestígio na sociedade norte-americana. A sua legitimidade para interpretar a Constituição é inquestionável. Uma corte que já conta com elevada adesão popular e baixos riscos políticos não precisa de outros mecanismos de divulgação de sua mensagem; por outro lado, cortes de cúpula encarregadas de aplicar Constituições novas, como a Suprema Corte do Canadá (e também o Supremo Tribunal Federal), ou instituições novas (como a Suprema Corte do Reino Unido), parecem ter razões adicionais para se preocupar com o diálogo público. No âmbito dos Tribunais Internacionais, verificou-se que diversas cortes fazem uso da transmissão.

Todos esses elementos permitem enunciar algumas teses: (a) cortes dotadas de alto grau de capital institucional não estão preocupadas com a comunicação entre elas e o público jurisdicionado; (b) cortes em busca de prestígio e afirmação institucional buscam o tipo de expansão que o televisionamento pode proporcionar; e (c) o modelo de televisionamento puramente privado não parece apto a promover os valores elencados em defesa da transmissão de julgamentos.

c) câmeras nos tribunais: pesquisas e experimentos

O capítulo 3 representou uma tentativa de apresentar os dados e conclusões dos estudos empíricos e experimentais mais importantes sobre o tema do televisionamento. Como mencionado, as pesquisas empíricas se dividem em três categorias distintas. O primeiro tipo são os *estudos de caso*. Por este método, participantes do processo judicial televisionado são entrevistados, após o término do julgamento, sobre como as câmeras os impactaram. O segundo método consiste no *estudo comportamental em ambientes controlados*. A vantagem desses estudos é a possibilidade de isolar variáveis, embora não estejam isentos de críticas, como se viu. Por fim, a terceira categoria de estudos, ainda em estágio incipiente, são os de *eye-tracking*, nos quais o foco visual dos participantes do julgamento é acompanhado por meio de *softwares* e câmeras especiais.

Primeiro, a análise recaiu sobre estudos empíricos abrangentes. O estudo da *Conferência Judicial dos Estados Unidos*, realizado em 1990 e que perdurou por dois anos, demonstrou que *a aprovação à transmissão de casos tende a crescer à medida que os atores processuais participam de processos televisionados*. A pesquisa do *Estado de Nova York*, realizada em 1997, resultado de dez anos de experimentos com televisionamentos, demonstrou que a comunidade em geral vê mais benefícios que prejuízos nas transmissões. Registre-se, por relevante, que a pesquisa demonstrou a existência de substancial oposição ao televisionamento de casos. A grande maioria das pessoas comuns não gostaria de ter seus processos escrutinados por estranhos.

Em seguida, foram analisados estudos empíricos sobre efeitos específicos das câmeras. O primeiro grupo dizia respeito aos *efeitos educacionais*. O estudo de William Petkanas, realizado em Nova York durante o período mencionado acima, mensurou o conhecimento das pessoas sobre as instituições judiciárias e jurídicas no período *antecedente* e *posterior* ao televisionamento, não tendo detectado diferenças relevantes entre um e outro. Trata-se de um estudo muito citado para afirmar que a televisão não tem vocação educacional. A crítica, contudo, pode ser dirigida ao modelo de televisionamento do Estado de Nova York. O estudo de Kermit Netteburg corrobora as conclusões de Petkanas mediante análise de cidades com semelhantes perfis social e demográfico, mas diferentes graus de cobertura das atividades judiciárias. Neste caso, sequer havia televisionamento dos casos.

O segundo grupo de estudos empíricos específicos estão relacionados à própria cobertura da mídia sobre atividades jurisdicionais. Vinson e Ertter, após analisar a situação de cinco cidades, concluem que as redes de televisão tendem a focar nos casos e temas capazes de despertar o maior interesse das pessoas, e não necessariamente aqueles de maior impacto para a comunidade ou de maior valor cívico. Teresa Keller procurou correlação o uso de imagens e vídeos provenientes de casos em que foi admitido o ingresso de televisão e o número de reportagens nas redes de televisão. A conclusão desanimadora é que a abertura das cortes é subaproveitada pelas empresas tradicionais de comunicação social.

No item seguinte foram apresentados os estudos ditos *comportamentais*, realizados em ambientes controlados. *O experimento da Universidade de Wisconsin*, seguramente o mais citado sobre o tema, concluiu que as pessoas submetidas ao depoimento com "câmeras visíveis" foram mais acuradas e deram mais informações que as pessoas em ambientes sem câmeras. Isto permitiu ao seu autor concluir que as câmeras podem trazer *benefícios* aos processos judiciais. *Os experimentos da Universidade de Flórida e da Universidade de Minnesota* tiveram o propósito de colocar em xeque as conclusões apresentadas no estudo de Wisconsin. Embora sejam pertinentes as críticas que realizaram – contestando o que seria o benefício das câmeras –, eles também concluíram que não há efeito adverso grave decorrente do televisionamento.

Por fim, embora ainda não exista um experimento integralmente executado, os estudos de *eye tracking* podem jogar novas luzes sobre os efeitos das câmeras sobre os participantes do processo judicial, especialmente sobre seu potencial para distrair juízes, advogados, jurados e testemunhas. ***Os estudos empíricos sobre temas específicos*** *apontaram que* ***a simples abertura das salas de julgamento às redes de televisão comerciais, sem outras medidas de apoio, pode comprometer o objetivo de educar o público e/ou de dar mais visibilidade à atuação da Justiça***. Por outro lado, os estudos comportamentais mais relevantes afirmam que as câmeras não têm qualquer *efeito adverso relevante* sobre os participantes do processo.

Parte II. O televisionamento de julgamentos no Brasil

a) televisionamento de julgamentos no Brasil: visão geral

A segunda parte da tese teve por objeto o televisionamento de julgamentos no Brasil. O capítulo 4 revelou, em primeiro lugar, o pioneirismo da TV Justiça, com o seu propósito de realizar transmissões de modo permanente, eis que o televisionamento de julgamentos tem sido, no Brasil, apenas esporádico. A fundação da TV Justiça, ocorrida em 2002, representou a criação de *um modelo próprio de divulgação do discurso judicial*, sem paralelo em outras experiências no mundo. O fato de que a corte vem transmitindo seus julgamentos plenários por mais de uma década abre espaço para a realização de comparações e experimentos que, infelizmente, não tem sido muito explorada no Brasil.

Ainda no mesmo capítulo, empreendeu-se uma crítica às interpretações binárias do princípio da publicidade processual, que limitam a dois os regimes processuais existentes: sigilo e abertura total. Com o advento da tecnologia e o barateamento das transmissões, a tendência é que as pessoas utilizem seus dispositivos para transmitir sons, imagens e vídeos das sessões de julgamento para auditórios externos. O tratamento desta modalidade de publicidade precisa ser considerado de modo autônomo. O advento do novo Código de Processo Civil é uma oportunidade perdida para tratar o problema.

No vácuo legislativo, os tribunais têm disciplinado a questão do televisionamento nos regimentos internos. As soluções são absolutamente díspares: ora conferido o poder de decisão ao Presidente do Tribunal, ora conferindo o mesmo poder aos Presidentes dos órgãos julgadores, ora aos próprios órgãos. Na verdade, *transparência judicial* é uma matéria que deve ser tratada por lei, seja por imposição da própria Constituição Federal (art. 93, inciso IX), seja porque, como salvaguarda da sociedade, o controle do grau de transparência dos processos não pode ficar ao arbítrio dos próprios juízes. Além disso, consoante foi defendido no texto, essa solução não é cabível.

A experiência brasileira com transmissão de julgamentos, à exceção do próprio Supremo Tribunal Federal, é bastante incipiente. Como visto acima, os experimentos foram escassos e não há maiores reflexões doutrinárias sobre o tema. A despeito disso, o barateamento da tecnologia de transmissão tem permitido que diversos tribunais e juízos de primeiro grau adotem a transmissão de julgamentos via *internet*. É possível que nos próximos anos esta seja uma tendência crescente no direito brasileiro, daí a importância de se incrementar a massa crítica sobre o tema.

As regras sobre publicidade processual presentes na legislação em vigor são problemáticas porque *não tratam especificamente* da transmissão e/ou gravação de atos processuais, mas se restringem à lógica binária que separa as denominadas "publicidade interna e externa". Na omissão legal, diversos tribunais brasileiros disciplinaram a matéria em seus regimentos internos, ora estabelecendo como opção *default* a possibilidade de transmissão, ora proibindo-a peremptoriamente. Em nível jurisprudencial, a única decisão em que se discute, em termos constitucionais, o direito ao televisionamento, é oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo, que concluiu pela impossibilidade de transmissão do julgamento de Suzane von Richthofen. Ao fazê-lo, prestigiou a regra do regimento interno então em vigor, que proibia a transmissão de julgamentos, e deu vestes absolutas ao princípio da privacidade.

Desde logo, parece claro que interpretação conferida pelo órgão judicial à Constituição é incompatível com as regras que têm sido observadas no funcionamento da própria TV Justiça, sob o comando do STF. Embora o resultado final (a interdição da transmissão pela mídia tradicional, no caso de Richthofen) possa ser defendido com fundamento na ponderação entre os princípios constitucionais da privacidade e da publicidade processual, os argumentos empregados pelo Tribunal são claramente incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro, pois conferiram à parte o poder absoluto de vetar o televisionamento. Como visto no capítulo 2, onde se confere às partes o poder de vetar a transmissão, praticamente não há televisionamento de julgamentos.

Com o objetivo de contribuir para o debate, foram propostas quatro ideias a respeito do regime de publicidade processual e televisionamento no Brasil: *(i) a transmissão de julgamentos é matéria tipicamente jurisdicional, devendo ser tratada em lei em sentido formal, não em regimentos internos; (ii) a proibição* tout court *da transmissão de julgamentos pela legislação não é uma opção constitucional legítima, por violar o princípio da publicidade processual; (iii) os princípios da publicidade processual e da liberdade de imprensa, em conjunto ou isoladamente, não asseguram um direito constitucional autônomo à transmissão de julgamentos ou à gravação das atividades das cortes; e (iv) o direito à privacidade, só por si, não assegura, o sigilo parcial ou total dos julgamentos.*

b) TV Justiça e as mudanças quantitativas no STF

A proposta do capítulo 5 foi estudar os números do STF, por meio da comparação entre os períodos de 1990 a 2002 e 2003 a 2011, que correspondem, respectivamente, às eras *sem televisionamento* e *com televisionamento*. O objetivo foi analisar as acusações corriqueiras de que o tribunal estaria produzindo "acórdãos muito longos" e, por isso, "produzindo menos". *A primeira análise compreendeu o tamanho dos acórdãos: constatou-se que, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, houve um acréscimo real de 58,70%*. Objetivando a enfrentar o argumento da redução da produtividade, constatou-se que, de fato, houve queda no número de acórdãos publicados: redução de 34,11%. Contudo, a *redução* da atuação do colegiado foi compensada pela *atuação monocrática* dos Ministros, que apresentaram um expressivo crescimento de 113,09%.

Com o fim de validar o efeito da TV Justiça no incremento do tamanho dos acórdãos, foram selecionados os acórdãos em *habeas corpus*, julgados pelas Turmas do STF sem câmeras, como parâmetro de controle. A pesquisa apontou um crescimento de 32,59% no tamanho dos acórdãos no período compreendido após o advento da TV Justiça. Assim, a *diferença entre o percentual de crescimento* indicaria o televisionamento como causa provável de cerca de 50% do incremento no tamanho das decisões. Por fim, foi analisada a produção total do STF. A conclusão alcançada é que um Ministro da era pós-TV Justiça vale por dois Ministros do período imediatamente anterior.

c) TV Justiça e as mudanças qualitativas no STF

No capítulo 6, discutiram-se, inicialmente, explicações para o comportamento judicial a partir do conceito de *audiência*. O primeiro ponto consiste em registrar que os juízes são sensíveis às *audiências relevantes* (Baum), para as quais formam suas reputações (Garoupa e Ginsburg). Neste sentido, a TV Justiça teria permitido ao público em geral entrar no *universo de audiências relevantes* para os juízes constitucionais. O modelo é complementado com as considerações de Perelman a respeito do papel da argumentação jurídica na construção judicial do Direito. O autor traça um paralelo entre o papel do magistrado e o auditório, considerado este último como o conjunto de pessoas que o orador quer influenciar. **A combinação entre as duas ideias permite intuir uma consequência: o**

televisionamento fará com que os juízes passem a considerar o público em geral ao proferir suas decisões.

É com base neste conjunto de ideias que são avaliados os votos proferidos no STF. Com efeito, sustenta-se que, no passado os votos tinham dupla função: **(i)** ***dimensão interna agregativa*: convencer os demais juízes a aderir a determinada posição jurídica, (ii)** ***dimensão externa comunitária*: servir como justificativa à comunidade jurídica de que certo resultado é exigido/requerido pelo Direito posto**. No modelo pós-televisionamento, o voto tem um objetivo mais amplo: (iii) ***dimensão externa social:* convencer e dialogar com o público em geral, seja aquele que está imediatamente assistindo à transmissão, seja ao que terá contato com a retransmissão pelas grandes redes de televisão**. O televisionamento enfatiza a importância da dimensão social na justificativa das decisões judiciais. O público em geral *passa a ser incorporado como auditório relevante*.

Como exemplos do fenômeno de *abertura dialógica*, afirmou-se que o Supremo Tribunal Federal: (i) tem afirmado a sua posição de pedagogo da sociedade; (ii) tem explicitamente considerado a opinião pública, e (iii) vem fazendo referências extrajurídicas nas suas decisões de modo a torná-las mais palatáveis (ou salientes) ao público sem educação jurídica.

Ao final do capítulo, argumentou-se que a TV Justiça tem o poder de enfraquecer o papel, exercido pela a mídia tradicional, de guardiã (*gatekeeper*) das mensagens da corte. A transmissão de julgamento tornou-se um ***instrumento para a construção de narrativas alternativas àquelas apresentadas pela mídia ou pelas corporações jurídicas***, requalificando a atuação sociopolítica dos Ministros da corte constitucional brasileira. Na outra ponta, o televisionamento permite aos cidadãos acesso aos materiais do STF em "estado bruto", sem os filtros de valor e as contextualizações realizadas pela mídia convencional. Assim, ela provê as condições mínimas para a proclamação da "independência reflexiva" do cidadão comum a respeito da ordem constitucional em que vive, dando a ele a oportunidade de formular suas próprias visões sobre a Constituição e as instituições responsáveis pela sua aplicação.

Parte III. Em defesa do televisionamento de cortes constitucionais

A terceira parte da tese teve por objeto construir uma defesa do televisionamento das cortes constitucionais, cujo objetivo consistiu em correlacionar as funções exercidas pelas cortes e os benefícios que podem advir do uso dos mecanismos de inclusão das massas, como é o caso da transmissão de julgamentos. Em síntese, foram desenvolvidos ***quatro argumentos*** para defender que *o televisionamento de questões constitucionais é uma política pública* desejável. Essas teses estão organizadas na forma de proposições objetivas a seguir:

(a) o argumento da lealdade constitucional: a exposição pública da atividade dos tribunais tem o condão de aumentar a adesão pública à ordem constitucional vigente.

Uma ordem constitucional estável e funcional é fundamental para o progresso de uma sociedade, representado por objetivos como a prosperidade econômica, a estabilidade política e a proteção dos direitos humanos. Segundo estudos empíricos realizados no bojo do *Comparative Constitutions Project*, a permanência das ordens constitucionais depende de três fatores: especificidade (quanto mais específicas, melhor); flexibilidade (quanto mais flexíveis, melhor); e inclusão (quanto mais inclusivas, melhor). Enquanto a flexibilidade e a especificidade dependem muito do modelo escolhido no momento constituinte, a inclusão do público no processo de concretização do texto constitucional pode ser fomentada ao longo do tempo. Sobre este tema, Konrad Hesse e Pablo Lucas Verdú, ao falarem, respectivamente, sobre a vontade de Constituição e o sentimento constitucional, já alertavam sobre a necessidade de que a ordem constitucional esteja ancorada nas mentes e corações para que possam persistem ao longo do tempo.

Estudos empíricos realizados por cientistas políticos norte-americanos revelaram que a exposição das atividades do Poder Judiciário à sociedade pode incrementar a percepção de legitimidade da corte (*positivity theory*). Segundo eles, isso ocorreria em decorrência da exposição do público aos *símbolos de legitimação* associados a essa função estatal, principalmente a ideia de que os juízes deliberam e decidem de modo desinteressado, atuando apenas em prol do bem comum e aplicando o direito pré-existente (denominado de "mito da legalidade"). Por outro lado, a lógica da política comum, que envolve barganhas e enfrentamento, não é percebida de maneira positiva pelos cidadãos. Portanto, há um tipo de

publicidade que faz mal às cortes: é aquela que associa a imagem do tribunal à política tradicional.

A combinação entre a *positivity theory* e a ideia de capital institucional permite refutar o risco corriqueiramente mencionado quando o tema é transmissão de julgamentos: de que os juízes sentir-se-iam compelidos a atender os desejos da opinião pública. Na verdade, o uso da televisão faz com que a corte acumule mais capital institucional, que pode ser empregado para que esta faça política contramajoritária. Em resumo: uma corte constitucional televisionada tem maior poderio para produzir decisões contramajoritárias do que cortes efetivamente insuladas das maiorias tradicionais.

Essa conclusão (contraintuitiva) ajudaria a explicar: (i) o histórico crescente de aprovação popular do Poder Judiciário brasileiro em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular, e (ii) a intensa política contramajoritária realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da última década, que colocou o Brasil no mesmo patamar de países como Estados Unidos e Alemanha em período extremamente curto.

(b) o argumento da pluralidade hermenêutica: a adesão popular à interpretação constitucional tem o potencial de aumentar o "estoque de ideias" e servir como "norte interpretativo".

A interpretação constitucional é ramo especial em relação à hermenêutica jurídica. Isso ocorre porque: (i) a Constituição é o acordo fundamental de uma sociedade, e (ii) o texto constitucional, além de organizar o sistema, revela aspirações de certo povo. Para que envelheçam bem e realizem suas metas, as Constituições precisam ser lidas de acordo com as novas circunstâncias de cada momento histórico. O formalismo não conseguiu fornecer uma resposta satisfatória às necessidades evolutivas do texto constitucional, "varrendo para debaixo do tapete" a criatividade do intérprete. A reabilitação da criatividade na ambiência pós-positivista, contudo, deixou a descoberto o problema da legitimidade da jurisdição constitucional. É neste espaço que entra a tese de Peter Häberle.

Häberle argumenta que a interpretação constitucional é um *processo público*, que se desenvolve dialeticamente com a interpretação judicial. Além de chamar

atenção à interpretação realizada pelo cidadão comum como um fator inexorável, o autor alemão afirma que a abertura interpretativa é uma exigência do caráter democrático e pluralista das sociedades contemporâneas. Além de todas essas razões fundadas para a abertura da interpretação constitucional, defendeu-se, ainda, que Häberle deixou de lado apenas aquelas associadas às ***vantagens cognitivas***.

Nesta linha, foram dois os argumentos secundários desenvolvidos: (i) argumento do estoque de ideias: quanto mais pessoas se dispuserem a pensar sobre a interpretação constitucional, maiores serão as chances de produção de uma resposta jurídica consistente pelo intérprete. Produzir e ter acesso a este conhecimento – o "estoque de ideias" sobre os sentidos da constituição – pode ser útil ao tribunal constitucional de duas maneiras: *(a) reduzindo o esforço hermenêutico* dos julgadores; (b) e pela razoável probabilidade de que surjam pontos de vista que transcendam aqueles que as partes (*argumentos órfãos*), seus advogados e os juízes seriam capazes de construir a partir do texto constitucional e de suas respectivas perspectivas pessoais**; (ii) argumento da intuição coletiva**: quanto mais pessoas estiverem convencidas de que certo resultado é exigência derivada do texto constitucional, é grande a probabilidade de que estejam corretas, o que deve ser objeto de consideração e especial cuidado por parte da corte constitucional.

O último ponto abordado no capítulo consistiu em uma crítica aos mecanismos formais de participação pública na jurisdição constitucional brasileira: os *amici curiae* e as audiências públicas. O grau de congestionamento processual no Plenário do STF acabou por forçar a corte a diminuir o espaço dos *amici curiae*, os quais acabaram dominados por partes interessadas no resultado da demanda. Quanto às audiências públicas, as críticas principais são a ausência dos Ministros e a pouca utilidade do conteúdo nelas produzido nos debates no Plenário. Em todos os casos, detectou-se também o problema associado aos custos de participação.

Como *agenda propositiva*, foi sugerido que: (i) o tribunal faça e divulgue consultas pela via eletrônica sobre casos relevantes (e não somente nos casos onde houver audiência pública), cujos resultados poderiam ser concentrados na própria secretaria do tribunal, e (ii) os Ministros sejam estimulados a participar de debates abertos sobre questões constitucionais em ambientes não-judiciais, fazendo-o como forma de conhecer as

diferentes realidades sociais do país e de entrar em contato mais diretamente com a opinião pública. Em ambos os casos, os eventos podem ser divulgados mediante uso da TV Justiça.

(c) o argumento dos espaços cívicos: em uma sociedade de baixa participação política, a abertura da corte ao público pode proporcionar a criação de novos espaços cívicos.

Sob o plano ideal, o sistema política democrático exige que os cidadãos se engajem na construção do espaço público. Embora não seja possível estabelecer um nível ótimo de participação a partir das discussões republicanas e deliberativas, é certo que a democracia não se esgota no ato singelo de votar. A despeito dessa conclusão, acolhida de maneira geral, o estado atual de participação política é desalentador: nas sociedades avançadas, cada vez menos pessoas comparecem às urnas, participam de campanhas e doam dinheiro para as eleições. Múltiplas razões têm sido apontadas para explicar este "estado de coisas", como uma externalidade produzida pelas próprias garantias democráticas e a expansão do liberalismo como ideologia vencedora.

O diagnóstico aqui acolhido é de que *a passividade cívica está associada aos custos de participação política, cada vez maiores nas democracias complexas da atualidade, e os diminutos ganhos individuais decorrentes dela*, na esteira das ideias de Anthony Downs. Como o processo de participação nos assuntos públicos comporta a *transferência* de obrigações para terceiros, é razoável supor que os indivíduos simplesmente façam tais delegações, para que possam dedicar seu tempo (recurso escasso) a atividades que lhes sejam pessoalmente rentáveis. É o que Downs chama de *teoria da ignorância racional*. A teoria fornece um prognóstico claro para o tratamento da "doença cívica": *basta que sejam aumentados os ganhos individuais decorrentes da participação ou diminuídos os custos*. A segunda estratégia é preferível à primeira, pois não cria incentivos que seriam incompatíveis com as virtudes cívicas (participação pelo dinheiro).

Essas considerações permitiram requalificar o debate *jurisdição constitucional* e *civismo*. Em regra geral, a jurisdição constitucional é vista como um anestésico à participação pública. O argumento central pode ser assim resumido: *a forma razoavelmente organizada e linear como se desenvolve o processo constitucional, o caráter terminativo das decisões judiciais, e o tipo de linguagem empregado pelos juízes em suas*

decisões, se associados à publicidade proporcionada pelo televisionamento, são fatores que podem gerar saliência sobre temas públicos relevantes, reduzir custos de informação e assim acelerar o processo participativo-democrático. Nos últimos anos, o STF tem vocalizado importantes demandas de setores marginalizados da sociedade, prestado informações relevantes sobre o funcionamento do sistema, tudo isso maximizado pelo poder de difusão da TV Justiça.

(d) o argumento da pedagogia democrática: a difusão do discurso das cortes constitucionais tem um valor importante na consolidação dos valores democráticos em uma sociedade.

A *igualdade política intrínseca* entre as pessoas é o valor essencial dos regimes democráticos. Muito tem se discutido a respeito desta ideia. No discurso dos direitos fundamentais, prevalece o recurso às ideias de Immanuel Kant e à dignidade da pessoa humana como *arcabouço teórico básico*. Sem descurar da importância dos esforços "fundacionalistas" em matéria de direitos fundamentais, a tese propõe que a verdadeira chave para a compreensão do vigor das democracias está na cultura de fundo: *é a existência de uma cultura de tolerância que se vai proporcionar o grau de valorização do outro necessário à manutenção das democracias*.

Com efeito, a educação surge como um aspecto central no desenvolvimento da cultura de tolerância que serve de fundo às democracias liberais: é nela que se trava a *luta* entre as doutrinas abrangentes razoáveis e irrazoáveis. Há discussões relevantes sobre o papel da educação pública na construção de uma cultura cívica e democrática, mas *todas as instituições políticas têm um papel a desempenhar* nesta tarefa, inclusive o Poder Judiciário. O tribunal constitucional é especialmente relevante por duas razões adicionais: *(i) por ser um órgão de cúpula, o discurso produzido por ele tem maior chance de ser ouvido, se comparado a outras instituições políticas menos relevantes, e (ii) as instituições encarregadas de desempenhar a justiça constitucional não argumentam da mesma forma que os demais poderes políticos, mas empregam a denominada razão pública, que é uma forma especial de discurso político*.

O último ponto consiste em investigar se o argumento deposita esperanças excessivas no televisionamento da jurisdição constitucional. Uma conclusão definitiva sobre os impactos pedagógicos das decisões constitucionais é uma agenda empírica relevante, que se encontra aguardando um autor. Contudo, considerados os gastos públicos com outras formas de publicidade, e os enormes potenciais benéficos do discurso constitucional, parece razoável apostar em modelos de televisionamento como a TV Justiça.

Encerramento

A frase do comediante Groucho Marx, empregada como epígrafe da presente tese, revela certo desdém que os intelectuais em geral, dos quais os juristas são (ou tentar ser) uma espécie particular, têm pela televisão. Há meio século, Chico Buarque lamentava, em canção, o processo de desumanização dos lares causado pela TV. Há trinta anos, os Titãs faziam sucesso repetindo: "a televisão me deixou burro, muito burro, demais". Não foram raras as vezes em que, ao contar que estava escrevendo uma tese sobre o "televisionamento de tribunais", outros acadêmicos, amigos e juristas torceram seus narizes: os meios de comunicação de massa são percebidos como instrumentos de alienação social – de entretenimento fútil, na melhor hipótese –, sem qualquer potencial emancipatório.

A TV Justiça (ainda) precisa vencer essa má vontade: para dar a dimensão do ponto, basta dizer que, nos últimos anos, ela levou a culpa pelas condenações do "mensalão", foi responsabilizada pela morosidade processual, pelas disfunções colegiais do Plenário do STF, pelo desmoronamento da autoridade da corte, enfim, até mesmo por haver transformado a jurisdição constitucional em conversa de botequim (!). O desafio enfrentado na presente tese foi, assim, esmiuçar as críticas ao televisionamento do Poder Judiciário, oferecendo ao leitor os dados reais: experiências comparadas, pesquisas concretas e dados experimentais. Espera-se que aqui haja um repertório de informações suficiente ao esclarecimento do debate.

O passo seguinte foi oferecer *uma narrativa* sobre o que aconteceu na última década no STF, a partir da interação entre a corte constitucional brasileira e a TV Justiça. A justiça constitucional assumiu um *status* inédito no imaginário social brasileiro, o que lhe permitiu finalmente ser um dos protagonistas políticos do país. Embora o perfil da sociedade brasileira tenha mudado consideravelmente nos últimos anos, seria reducionismo

afirmar que o canal de televisão idealizado pelo Ministro Marco Aurélio em 2002, pioneiro no mundo, não tenha tido qualquer papel nesse processo.

O ato foi final defender a história contada com argumentos de filosofia constitucional. Afinal, no fundo, o problema não é se o televisionamento tem potenciais positivos ou negativos sobre a atividade jurisdicional, mas se os efeitos positivos eventualmente dele advindos tem o potencial para suplantar os efeitos negativos. É preciso ver a TV Justiça, bem como as tecnologias de comunicação, como criadoras de um *conjunto amplo de oportunidades*: de experimentar novas modalidades de diálogo e participação entre poder público e cidadão; de mudar a imagem da jurisdição constitucional e dos tribunais; de transformar os juízes em figuras públicas, o que eles efetivamente são. É difícil antecipar a força dos argumentos; espera-se, apenas, que a discussão sobre o televisionamento no Brasil possa ser menos passional.

O título dessa tese é um trocadilho com a famosa obra de Peter Häberle, tantas vezes citada pela doutrina e jurisprudência brasileira. A obra de Häberle foi publicada em 1975 e, naquela época, nenhuma corte constitucional do mundo imaginava transmitir seus julgamentos. O ideal de abertura häberliano consiste em conceder aos cidadãos a oportunidade de obter informações e participarem, na medida possível, do exercício cotidiano de interpretação constitucional. O futuro se encarregará de abrir os caminhos participativos, por meio do uso intensivo de tecnologia, trazendo as pessoas para o centro do debate público. As instituições políticas não podem ficar para trás e ignorar essas mudanças, sob o risco de se tornarem obsoletas. O Supremo Tribunal Federal vem demonstrando que entendeu bem o seu papel no século XXI.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". *Doxa* n. 8, 1990

ACKERMAN, Bruce. "The living constitution". *Harvard Law Review* v. 120, n. 7, 2007

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation day*. New Haven: Yale University Press, 2004

AIETA, Vânia Siciliano. "Considerações sobre a problemática do financiamento de campanhas diante do fenômeno da corrupção". *Revista brasileira de direito eleitoral*, v. 6, n. 10, jan./jun. 2014

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013

ALMOND, Gabriel A.; VERBA, Sidney. *The civic culture:* political attitudes and democracy in five nations. Newbury Park: Sage, 1989

AMAR, Akhil Reed. *America's Unwritten constitution*. New York: Basic Book, 2012

ANDERSON, Elizabeth. "The epistemology of democracy". *Episteme:* a jornal of social epistemology, v. 3, n. 1-2, 2006

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém:* um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 10. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999

ARGUELHES, Diego Werneck. "Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização". *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. "O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo". *Direito, Estado e Sociedade* n. 28, jan/jun 2011

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. "Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner", *Revista de Direito Administrativo* n. 255, 2010

ARIAS, Oscar. "Culture matters". *Foreign affairs* n. 90, 2011

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Tradução de Manoel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014

_____. *O sentido do direito*. Escolar Editora / Zambonim, 2013

_____. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation:* theory, strategy and practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

_____. "Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil". *Health and Human Rights Journal* n. 2, v. 16, 2014

BARNES, Clifton. "Least Understood Branch – ABA Project Aims to Inform Public About Judicial System". *Bar Leader* n. 31, 2006-7

BARRETT LAIN, Corinna. "Upside-down Judicial Review". *Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 1, 2012

BARROSO, Luís Roberto. "Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática". *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, 2009

_____. "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria". *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. "A revolução da brevidade". *Folha de São Paulo*, 17 jul. 2008

_____. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". *Revista de Direito do Estado*, v. 21, 2011

_____. "Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas". *Consultor Jurídico*, 7 dez. 2015. Disponível em: http://bit.ly/1Ownkl1

_____. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". *Temas de direito constitucional* t. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

_____. "Retrospectiva 2007: Atuação do STF redefiniu relações entre poderes". *Consultor Jurídico*, 13 dez. 2007. Disponível em: http://bit.ly/1V0Uo3A

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Brasília: Fórum, 2012

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BASSOK, Or. "Television coverage of the Israeli Supreme Court 1968-1992: the persistance of the mythical image". *Israeli Law Review* v. 42, n. 2, 200

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*. Princeton: Princeton University Press, 2006

BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal. "Why the Supreme Court cares about elites, not the American people". *Georgetown Law Journal* n. 98, 2010

BAUMANN, Zygmunt. *Intimations of postmodernity*. London: Routledge, 1992

BEARD, Charles A.. "The living constitution". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 185, The Constitution in the 20th Century, 1936

BEÇAK, Rubens. *Democracia:* hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014

BECKER, Gary. The *economic approach to human behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1976

BENHABIB, Seyla. "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy". *In*: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and difference*. Princeton: Princeton University Press, 1996

BERLAND, Penn Schoen. "U.S. Supreme Court – Key Findings". *Span Org*. 14 jul. 2015. Disponível em: http://bit.ly/1DgShVf

BERLIN, Isaiah. "Two concepts of liberty". *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 2. ed. 1986

BINENBOJM, Gustavo. "A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99". *In* SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

_____. "Duzentos anos de jurisdição constitucional : as lições de Marbury v. Madison". *Revista brasileira de direito público* – RBDP, v. 5, n. 18, p. 39-60, jul./set. 2007

_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Editora Renovar, 2014

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BIRBRAIR, Lana. "Beyond Obergefell: what's next?" *Harvard Law bulletin*, v. 67, n. 1, 2015

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. *Democrazia e segreto*. Torino: Einaudi, 2011

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004

_____. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

BODART, Bruno Vinícius da Rós. "Com Ficha Limpa, vimos o advento de um novo Supremo". *Consultor Jurídico*. 9 mar. 2012, disponível em: http://bit.ly/23MmtS6

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. OAB editora, 2008

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

BORGIDA, Eugene; DE BONO, Kenneth G.; BUCKMAN, Lee. "Cameras in the Courtroom: The effects of Media Coverage on Witness Testimony and Juror Perceptions*", Law and Human Behavior*, v. 14, n. 5

BOSMAJIAN, Haig. *Metaphor and reason in judicial opinions*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1992

BRANCALEONE, Cassio. "Comunidade, sociedade e sociabilidade: revistando Ferdinand Tönnies". *Revista de Ciências Sociais* v. 39, n. 2

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BRAVERMAN, Nathan; ALVES, Krystal; BARON, Jean; GROTON, Thomas; LEASURE, Diane; PLITT JR., Emory. *Report of the Committee to study extended media coverage of criminal trial proceedings in Maryland*, mimeo, 2008

BRONSTEEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. *Happiness and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013

BRUGGER, Winfried. "O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã". *Revista de Direito do Estado*, n. 11, Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro:* um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*; São Paulo: Saraiva, 1997

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MAIA, Antonio Cavalcanti Maia. "Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica contemporâneas". *In*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (org.). *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II.

CALLAN, Eamonn. *Creating citizens:* political education and liberal democracy. Oxford: Clarendon Press, 1997

CAMARGO, Marcelo Novelino. "Como os juízes decidem: A influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial", *Tese de doutorado* (UERJ), 2014

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

CAMP, Allen F.. "Chandler v. Florida: Cameras, Courts, and the Constitution", *Perpperdine Law Review* v. 9, 1981

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. "As dificuldades em se quantificar o qualitativo". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 16, 2014

_____. "Moreira Alves VS. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal". *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2010

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3a. Ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPEZ, Fernando; COLAGNO, Rodrigo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça:* juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

CARRILHO, Leonardo. "Raízes teológico-políticas da modernidade constitucional". *Revista Publicum* n. 1, 2015

CARTER, Edward L. "Supreme Court oral argument video: a review of media effects research and suggestions for study". *Brigham Young University Law Review* v. 2012, 6. ed.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais – Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Editora Forense, 2010

CASTRO, João Bosco Marcial. *O controle de constitucional das leis*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012

CHEMERINSKY, Erwin. “A failure to communicate”. *Brigham Young University Law Review* v. 6, 2012

CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*”. ALCEU Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RJ*, v. 5, nº. 9, 200

CNT/MDA. *Pesquisa CNT/MDA, rodada 129*, outubro de 2015. Disponível em: http://bit.ly/1K9GNq2

COHN, Marjorie e DOW, David. *Cameras in the Courtroom:* Television and the Pursuit of Justice. Lanham: Rowman & Littefield, 1998

COLE, David. “Secret trials”. *Human Rights* n. 28, 2001

COLLINS, Paul M. *Friends of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 2008

COMITE do Estado de Nova York Para a Revisão da Cobertura Audiovisual nos Tribunais Locais. *An open courtroom:* cameras in New York Court. New York State Committee to Review Audio-Visual Coverage of Court Proceedings, 1997

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. “O problema das excessivas citações doutrinárias no Supremo Tribunal Federal”. *Consultor Jurídico*, em 15 set. 2012. Disponível em: http://bit.ly/1SYKRJz

COOK, Rebecca J. e ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard M. (ed.). *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2014, disponível em: http://bit.ly/1KwQucQ

CRUZ, José Raimundo Gomes da. “Segredo de justiça”. *Revista Forense* n. 284

CYRINO, André Rodrigues. “Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. Novel espécie de judicial review?” *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* n. 62, 2007

DAHL, Robert A. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”. *Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, 1957

_____. *On democracy*. Yale University Press: New Haven, 2000

DALTON, Russel J. *Democratic Challenges, Democratic Choices:* The Erosion of Political Support In Advanced Industrial Democracies. Oxford: Oxford University Press, 2004

DANNEMANN, Gerhard. “Comparative Law: study of similarities or diferences?”. *In*: REINMANN, Mathias. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006

DEEMEN, Adrian Van e RUSINOWSKA, Agnieszka (ed.). *Collective decision making:* views from social choice and game theory. Heidelberg: Springer, 2010

DELAGE, Christian. *Caught on camera:* film in the courtroom from the Nuremberg Trials to the Trials of the Khmer Rouge. Tradução de Ralph Schoolcraft. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013

DEWEY, John. *Democracy and Education*. Hazleton: Pennsylvania State University, 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol I. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011

DIXIT, Avinash e SKEATH, Susan. *Games of strategy*. 2. ed. New York: W.W. Norton & Company, 2004

DKANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. "The regulation of entry". *The Quarterly Journal of Economics*, v. 117, Fevereiro/2002

DOLAN, Maura. "Gay judge wasn't required to remove himself from same-sex marriage case, U.S. judge rules". *Los Angeles Times*, 15 jun. 2011. Disponível em: http://lat.ms/1FXQRjX.

DOLIN, Kieran. *A critical introduction to law and literature*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Boston: Addison Wesley, 1957

DUNN, John. *Democracy:* a history. New York: Atlantic Monthly Press, 2005

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005

EASTERLY, William. *The tyranny of experts: economists, dictators, and the forgotten rights of the poor*. New York: Basic Book, 2013

EASTON, David. *A system analysis of political life.* New York: John Wiley & Sons, 1965

_____. *Uma teoria de análise política*. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1968

EIJKMAN, Quirine e VAN GINKEL, Bibi. “Compatible or incompatible? Intelligence and humans rights in terrorist trials”, *Amsterdam Law Forum, 201*. Acesso: http://migre.me/t29XA

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, Jon. *Reason and rationality*. Tradução de Steven Rendall. Princeton: Princeton University Press,

ELY, John Hart. *Democracy and distrust:* a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980

ENTNER, Roberta. “The image of the judiciary: A semiotic analysis of broadcast trials to ascertain its definition of the court system”. *Tese de doutorado* (New York University), 1993

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press

EPSTEIN, Lee e KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: C.Q. Press, 1998.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo:* compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro/FGV Direito Rio, 2015.

_____. “A notícia que virou fato: a imprensa em questão”. *Monitor Público* n. 6, ano 2, 1995.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “Constitutional adjudication: lessons from Europe”, *Texas Law Review* n. 82, 2003-2004

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. "O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes". *Rev. direito GV* v. 9 n.1, São Paulo, Jan./June 2013.

FIGUEROA, Alfonso García. “Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica”. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). *Argumentação e Estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012

FINNIS, John. *Natural law & natural rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. *No metric for dignity*: assessing health care technologies in the Brazilian Public Health System”, mimeografado, 2015

_____. “Votos do STF são cada vez mais para o grande público”. *Consultor Jurídico*, 20 mai. 2013, disponível em: http://bit.ly/1GDkh04

FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. “Amicus curiae, repercussão geral e o projeto de código de processo civil”. *In*: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil:* estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvados: JusPodium, 2013

FRAGALE FILHO, Roberto. “Courts on Screen”. *In*: MANOHARAN, Aroon; HOLZER, Marc (org.). *E-governance and civic engagement:* factors and determinants of e-democracy. Hershey: IGI Global, 2012

FRANCO, Gustavo H.B. e GIAMBIAGI, Fabio. *Antologia da maldade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987

FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação vs. única resposta correta”. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2005

FREITAS, Vladimir Passos. “TV Justiça e a exibição dos julgamentos do Supremo”. *Consultor Jurídico*, 30 ago. 2012. Disponível em: bit.ly/1OqFPC5

FREY, Bruno. *Not just for the money:* an economic theory of personal motivation. Cheltenham: Edward Elgar, 1997

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva do judiciário:* uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALLIGAN, Denis J. e VERSTEEG, Mila (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013.

GALTON, Francis. “Vox Populi”. Nature n. 1989, v. 75, 1907

GAROUPA Nuno; GINSBURG, Tom *Judicial reputation:* a comparative theory. Chicago: Chicago University Press, 2015,

_____. “Building reputation in Constitutional Courts: political and judicial audiences”. *Arizona Journal of International and Comparative Law* n. 28

GIBSON, James L. e CALDEIRA, Gregory A. “Has legal realism damaged the legitimacy of the U.S. Supreme Court?”. *Law & Society Review*, v. 45, n. 1., 2011

_____. “Knowing the Supreme Court? A Reconsideration of Public Ignorance of the High Court”, *The Journal of Politics* v. 71, 2, 2009

_____. *Citizens, courts, and confirmations:* positivity theory and the judgments of the american people. Princeton: Princeton University Press, edição kindle, 2009

GINSBURG, Tom. “Constitutional endurance”. *In*: DIXON, Rosalind (org.). *Comparative constitucional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011

GINSBURG, Tom;MOUSTAFA, Tamir. *Rule by law:* the politics of courts in authoritarian regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. “Deciding not to decide: deferral in constitutional design”. *International Journal of Constitutional Law* v. 9, n. 3-4

GOBINEAU, Arthur de. *Essai sur l'inégalité des races humaines*. Paris: Éditions Pierre Belfond, 1967

GOLDFARB, Ronald L. TV or not TV*: Television, Justice, and the Courts*. New York: New York University Press, 1998

GOLDMAN, Brian P. “Should the Supreme Court stop inviting amici curiae to defend abandoned lower court decisions?” *Stanford Law Review*, n. 63

GOMES, Andrea Lacerda. LUIZ, Simone Oliveira Dorneles. ALBUQUERQUE, Núbia Ramos. “Democratização da justiça e acesso aos juizados especiais”. *Dat@ venia*, v. 0, n. 1, 2008, pp. 75-87

GOMES, Juliana Cesario Alvim de. “Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição”. *Dissertação de Mestrado* (UERJ), 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

GREEN, Edith. *Law and human behavior* v. 14, n. 5, 1990

GREENHOUSE, Linda. “Telling the Court’s Story: Justice and Journalism at the Supreme Court”, *Yale Law Journal* n. 105, 1995-1996

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de processo civil.* Editora J. Bushatsky, 1975

GUTMAN, Amy. “Democracy”. *In*: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (org.). *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2a. Ed, v. 1. Blackwell: Malden, 2007

HAAKONSSEN, Knud. “Republicanism”, *In*: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (org.). *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2a. Ed, v. 1. Blackwell: Malden, 2007

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. “Three Normative Models of Democracy”. *In*: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and difference.* Princeton: Princeton University Press, 1996

_____. *Legitimation crisis*. Tradução de Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975

HALPERIN, Morton; SIEGLE, Joseph T.; WEINSTEIN, Michael M. *The democracy advantage: how democracies promote prosperity and Peace*. New York: Routledge, 2005

HAMILTON, Alexandre. MADISON, James. JAY, John. *O federalista*. Trad, Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003

HARDIN, Russel. "Why a constitution?" *In*: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013

HARRIS, David. "The appearance of Justice: Court TV, Conventional Television and Public Understanding of the Criminal Justice System*". Arizona Law Review* n. 35, 1993

HARRIS, John e WHITE, Vicky. *A Dictionary of Social Work and Social Care*, obra eletrônica, 2013

HARRISON, Lawrence E. *The central liberal truth:* how politics can change a culture and save it from itself. Oxford: Oxford University Press, 2006

_____."Promoting progressive cultural change". *In*: HARRISSON, Lawrence, HUNTINGTON, Samuel (ed.). *Culture matters*. New York: Basic Books, 2000

HAUSEGGER, Lori e RIDELL, Troy. "The changing nature of public support for the Supreme Court of Canada". *Canadian Journal of Political Science* v. 37, mar. 2004

HAYEK, Friedrich A. "The use of knowledge in society". *The American Economic Review* v. 35, n. 4, 1945

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure:* an introduction. New Haven, Yale University Press, 1993

HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral imperalism:* a critical anthology. New York: New York University Press, 2002

HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza; GLEASON, Christy. "Introduction". *In*: HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral imperalism: a critical anthology*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, disponível em: http://www.idea.int/vt/viewdata.cfm#

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy:* the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004

HO, Hodney. "TruTV ends 'In Session', cutting vestiges of CourtTV", *Access Atlanta*, 26 set. 2013, disponível em: http://on-ajc.com/1LEn7EF

HO, Youm Kyu. “Cameras in the Courtroom in the Twenty-First Century: The U.S. Supreme Court Learning”. *Brigham Young University Law Review*, 2012

HOEKSTRA, Valerie J. *Public reaction to Supreme Court decisions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1923

HOWLETT, Michael; PERL, Anthony *Studying public policy:* policy cycles and policy subsystems. Oxford: Oxford University Press, 1995

_____. *Política pública: seus ciclos e subsistemas – uma abordagem integradora*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003 Tradução de Francisco G. Heideman, 2013

HOYT, James L. “Courtroom Coverage: The effects of Being Televised”. *Journal of Broadcasting & Eletronic Media* n. 21, 1977

IBGE. Censo demográfico 2010. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Rio de Janeiro, 2010

IBOPE. “Índice de confiança social – 2015*”. IBOPE Inteligência*. 7 jan. 2016. Disponível em: http://bit.ly/1PLXGHM

_____. “Confiança nas instituições”. *IBOPE Opinião*. 7 jan. 2016. Disponível em: http://bit.ly/1OwLASi

INGLATERRA. *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*. London: Crown, 2010

_____. *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2012-2013*. London: Crown, 2013

INTERNATIONAL. International Telecomunications Union, *Target 8:* Ensure that all of the world’s population have access to television and radio services, 2015, disponível em: http://bit.ly/1GmcZ3W

JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol. *Eletronic Media Coverage of Federal Civil Proceedings:* an evaluation of the pilot program in six district courts and two courts of appeals. Washington: Federal Judicial Center, 1994

JOLLS, Christine. “On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors”. *In*: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon l. (eds.), *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University press, 2005

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. “A behavioral approach to law and economics”. *In*: SUNSTEIN, Cass R. (ed). *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011

KARREMANS, Johan C.; VERWIJMEREN, Thijs; PRONK, Tila M.; REITSMA, Meyke, "Interacting with women can impair men's cognitive functioning". *Journal of Experimental Social Psychology* n. 45, 2009

KATZ, Elihu; LAZARSFELD, Paul F.. *Personal influence:* the part played by people in the flow of mass communications. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006

KELLER, Teresa D. "Cameras in courtroom: an analysis of television court coverage in Virginia", *Tese de doutorado* (University of Tennessee), 1992

KELLY, Erin; MCPHERSON, Lionel. "On tolerating the unreasonable". *Journal of Political Philosophy* n. 9, n. 1., 2002

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KLAFLE, Guilherme Forma. PRETZEL, Bruna Romano. "Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze iilhas". *Revista de Estudos Empíricos em Direito* v. 1, n. 1, jan 2014

KLARMAN, Michael J. "Brown v. Board of Education: facts and political correctness". *Virginia Law Review* n. 80, 1994

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez, "Deliberação e procedimento no Supremo Tribunal Federal: propostas para um modelo de deliberação compatível com a Constituição de 1988". *In*: BRANDÃO, Rodrigo e BAPTISTA, Patrícia Ferreira (orgs.), *Direito público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015

KORNHAUSER, Lewis A. "Deciding together". *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 13-65, New York University School of Law, 2013

KRISLOV, Samuel. "The amicus curiae brief: from friendship to advocacy", *Yale Law Journal* n. 72, 1962-1963

LAIN, Corinna Barrett. "Upside-down Judicial Review". *Georgetown Law Journal* n. 101, 2012-2013, 113

LAMBERT, Paul. *Courting publicity:* twitter and television cameras in Court. West Sussex: Bloomsbury, 2011

_____. *Television courtroom broadcasting*. Bristol: Intellect, 2012

LANDES, David. "Culture makes almost all the difference". *In*: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. (ed) *Culture matters: how values shape human progress*. New York: Basic Books, 2000

LANSBERG-RODRIGUEZ, Daniel. "Wiki-constitucionalism". *New Republic*: s/d. Disponível em: http://bit.ly/1gG53Sw

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997

LARUELLE, Annick. VALENCIANO, Federico. *Voting and collective decision-making:* bargaining and power. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. Rio de Janeiro: C&C, 2014
.
LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. "As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimacão formal?". *In*: SARMENTO, Daniel (org). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

LESSIG, Lawrence. *Republic, lost: how money corrupts Congress – and a plan to stop it*. New York: Twelve, 2011

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Race et histoire*. Paris: Denoël, 1987

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

LIMA, Barbara Scavone Bellem. "Participação democrática no controle de constitucionalidade brasileiro". *Dissertação de mestrado* (USP), 2013

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002

LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica. "La transmisión de juicios por televisión en el Poder Judicial de la Federación, como ejercicio de la transparência proactiva y como práctica ciudadana del poder", *Cuadernos de Trabajo*, Serie Marrón. Instituto de la Judicatura Federal, 2015

LUCHETE, Felipe. "Advogados apontam influência da imprensa em decisão do STF". *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2013, disponível em: http://bit.ly/1OE0p2

LUPIA, Arthur. "How elitism undermines the study of voter competence". *Critical Review* n. 18, n. 1-3, 2006, pp. 217-218

LUTZ, Donald S.. *Principles of constitiutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

MACCALÓZ, Salete. *O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e a justiça social*. São Paulo: IBRASA, 1995

MACHADO, Joana de Souza. "Luz, câmera, jurisdição: tecnologia de comunicação e o mito da justiça transparente no Brasil". *Boletim CEDES*, jul.-set. 2013

MAGALHÃES, Valéria Caldi. "Segredo de justiça: a publicidade dos atos processuais e a proteção do direito à intimidade". *Dissertação de mestrado*. Rio de Janeiro, 2006

MARQUES, Luciana. “STJ exige roupas formais e causa constrangimento”. *VEJA.com*, 3 dez. 2011, disponível em: http://abr.ai/1ILlYta

Marquis de Condorcet. *Essai sur l’application de l’analyse à la probabilité des decision redues à la pluralité des voix*. Paris: L’Imprimerie Royale, 1785

MARRAFON, Marco Aurélio. “Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites”. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

MAURO, Tony. “In Canada's Supreme Court, Cameras are No Big Deal”. *The BLT:* The Blog of LegalTimes, 31 ago. 2010, disponível em: bit.ly/1P4EINT

MCCOWAN, Tristan. *Rethinking citizenship education: a curriculum for participatory democracy*. London: Continuum, 2009

McELROY, Lisa T. “Cameras at the Suprema Court: A Rhetorical Analysis”. *Brigham Young University Law Review*, v. 2012

MEDINA, Damares. Amicus *curiae:* amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010

MELLO, Carlos Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “A democracia e suas dificuldades contemporâneas”. *Revista de Direito Administrativo* n. 212, 1998

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal”, *Tese de doutorado*, (UERJ), 2014

MENDES, Conrado Hübner. “Deliberative performance of Constitucional Courts”. *Tese (Doutorado em Direito)*, The University of Edinburgh, 2011

_____. “O projeto de uma corte deliberativa”. *In*: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MENDONÇA, Eduardo. “Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático”. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. “Jurisdição constitucional e democracia complexa”. *In*: BRANDÃO, Rodrigo e BAPTISTA, Patrícia Ferreira (orgs.), *Direito público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015

MEUWESE, Anne. “Popular constitution-making: the case of Iceland”. *In*: GALLIGAN, Denis J. VERSTEEG, Mila (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013

MILLER, Arthur S.. “Public Confidence in the Judiciary: Some Notes and Reflections”. *Law and Contemporary Problems* n. 35, 1970

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Col. Os Pensadores, v. 21. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana:* substrato axiológico e conteúdo normativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A justiça no Limiar de Novo Século”. *Temas de Direito Processual - Quinta Série*. São Paulo: Saraiva: 1994

MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em tempo real*. Rio de Janeiro: Revan, 2002

MORRIS, Caroline, BOSTON, Jonathan, BUTLER, Petra. *Reconstituting the constitution*. Springer, 2011

MUDROVITSCH, Rodrigo. *Desentrincheiramento da jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 2014

MUGGAH, Robert. CARVALHO, Ilona Szabo de. “Behind bars in Brazil is no place you want to be” (atrás das grades no Brasil é um lugar onde você não quer estar). *Los Angeles Times*, 22 jan. 2014

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAPOLITANO, Giulio. “The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law”. *In*: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) *Comparative constitucional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010

NASHERI, Hedieh. *Crime and justice in the age of Court TV*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2002

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

NETO, Cláudio Pereira de Souza. “Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo”. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

NETO, José Duarte. “Rigidez e estabilidade constitucional - Estudo da organização constitucional brasileira”. *Tese de doutorado*, São Paulo, 2009

NETTEBURG, Kermit Lyol. “Cameras in the courtroom: is a picture worth a thousand words?” *Tese de doutorado*, 1980

NEUBAUER, David W.; MEINHOLD, Stephen S. *Judicial process:* law, courts, and politics in the United States. 5. ed. Boston: Wadsworth, 2010

NEUMANN, Thore; SIMMA, Bruno. "Transparency in International Adjudication". *In*: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

OECD. *Open government:* fostering dialogue with civil society, 2003

OSSINGER, Jessica. "Eletronic access to courtroom: television as an educational socializing agent on the judiciary". *Dissertação de mestrado*, 2006

OXFORD. *Handbook of Supreme Court decisions*. Oxford University Press, 2009

PARKER, Richard D. *"Here, the people rule":* a constitutional populist manifesto. Cambridge: Harvard University Press, 1994

PATTERSON, Thomas E. *The vanishing voter: public involvement in an age of uncertainty*. New York: Vintage Books, 2002

PECQUET, Julian. "Bill to place cameras in Supreme Court won't pass before healthcare challenge". *The Hill*, 28 fev. 2012

PEDRINA, Gustavo; PACHECO, Luiz Fernando. "Mensalão é exemplo do mau trato à liberdade de imprensa". *Consultor Jurídico*, 14 fev. 2014. Disponível em: http://bit.ly/1Mf5Zes

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias". *Os constitucionalistas*, 31 out. 2012. Disponível em: http://bit.ly/1Q7Hlzb

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1990

PETTIT, Philip. *Republicanism:* a theory of freedom and government. Oxford: Oxford University Press, 1997

PICCUS, Todd. "Demystifying the Least Understood Branch: Opening the Supreme Court to Broadcast Media". *Texas Law Review* v. 71,

PILDES, Richard H. "Is the Supreme Court a 'majoritarian' institution?" *Supreme Court Review* n. 103, 2010

PITKIN, Hannah F. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967

PLAGAKIS, Sofia. "Webcasting: a tool to increase transparency in judicial proceedings". *In*: NAKAGAWA, Junji. *Transparency in international trade and investment dispute settlement*. London: Routledge, 2013

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? - política, direito e democracia no brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011

POLLOCK, Frederick e MAITLAND, Frederic W. *The history of English law before the time of Edward I.* 2. ed., v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1898

POSNER, Eric e SUNSTEIN, Cass (ed.). *Law and happiness*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010

POSNER, Richard A. *Law and Literature*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009

POST, Robert e SIEGEL, Reva. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash". *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper n. 131

PUDDINGTON, Arch. "Discarding Democracy: A Return to the Iron Fist". *Freedom House*. s/d Disponível em: http://bit.ly/1Pk9uRu

PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*. New York: Simon & Schuster, 2000

QUONG, Jonathan. "The rights of unreasonable citizens". *Journal of Political Philosophy* v. 12, n. 3, 2004

RABOSSI, Eduardo. "La teoria de los derechos humanos naturalizada". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, jan/mar. 1990

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:* o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012

RAWLS, John. *Liberalismo politico*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002

RAZ, Joseph. *The authority of the law:* essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

RIBEIRO, Patrícia Hunriques; GUERRA, Arthur Magno e Silva; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia; ANDRADE, Juliana Campos Horta de. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: Democracia e direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Editora D'Plácido, 2015

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. "O conceito de capital institucional e suas características". *In*: SARMENTO, Daniel (org). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013

RORTY, Richard. "Direitos humanos, racionalidade e sentimentalidade". *In*: *Verdade e progresso*. Tradução de Denise R. Sales: Barueri, Manole, 2005

ROSS, Alf. *Why democracy?* Cambridge: Harvard University Press, 1952

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret

ROVER, Tadeu. "Mensalão mostra fracasso da transmissão de julgamento". *Consultor Jurídico*, 11 mar. 2013. Disponível em: http://bit.ly/1VQIhH1

ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich. *The encyclopedia of public choice*. Kluwer Academic Publishers, v. I, pp. 03-31.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo – perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011

SANTOS, Daniele Martins dos. "TV Justiça: STF em cena". *Anais do VI Simpósio Nacional de Ciência, Tecnologia e Sociedade*, 2015. Disponível em: bit.ly/1SCQQFr.

SANTOS, Hermílio. "Grupos de interesse e redes de políticas públicas". *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Ano 2, nº 1, junho 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2a. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SARMENTO, Daniel. "Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia". *Tese de titularidade (UERJ)*, 2015

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. "Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições". *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SARTORI, Giovani. *Engenharia constitucional:* como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996.

SAUVAGEAU, Florian; SCHNEIDERMAN, David; TARAS, David. *The last word:* media coverage of the Supreme Court of Canada. Vancouver: UBC Press, 2006

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997

SCHABAS, William A. "Building the narrative: the UN tribunals for the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone". *In*: DELAGE, Christian; GOODRICH, Peter (org.). *The scene of the mass crime:* history, film and international tribunals. London: Routledge, 2013

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional:* construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SCHUMPETER, Joseph. A. *Capitalism, socialism and democracy*. 5. ed. London: Routledge, 2003

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas:* conceito, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012

SEGAL, Jeffrey A. e SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited.* Cambridge: Cambrige University Press, 2002

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

_____. *Development as freedom.* New York: Alfred A. Knopf, 1999

SHAVELL, Steve. *Foundations of economic analysis of law.* Cambridge: Harvard University Press, 2004

SHIFFRIN, Steven H.; CHOPER, Jesse H. *The first amendment – cases, comments, questions*. 5. ed. St. Paul: West, 2011

SHIKIDA, Pery Francisco Assis e AMARAL, Thiago Bottino. "Análise econômica do crime". *In*: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

SHORES JR., Donald Lewis. "Effects of courtroom cameras on verbal behavior". *Tese de doutorado* (University of Florida), 1981.

SILKENAT, James. R. e SHULMAN, Mark R. *The imperial consequences of 09/11 – Lawyers react to the global war on terrorism*, vol. 1, Prager Security International – Westport, Connecticut, Estados Unidos, 2007

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular:* estudos sobre a Constituição. Malheiros Editores, 2007

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2005

_____. "Deciding without deliberating*", International Journal of Constitutional Law* v. 11, 2013

_____. *A constitucionalização do direito: os dirietos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008

SIMON, Herbert A. "A behavioral model of rational choice". *Quarterly journal of economics* v. 69, n. 1, fev 1955

SLOTNICK, Elliot E.; SEGAL, Jennifer A. *Television News and the Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998

SMITH, Adam. *A riqueza das naç*ões. Editora Saraiva, 2012

SOARES, Paulo Henrique. "Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo". *Consultoria Legislativa do Senado Federal, texto para discussão 6*. Disponível em: http://bit.ly/1htblkv

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais:* procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. Rio de Janeiro: Método, 2012

SORJ, Bernardo; OLIVEIRA, Miguel Darcy de (eds.). *Sociedade civil e democracia na América Latina:* crise e reinvenção da política. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2007

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional:* teoria, história e métodos de trabalho. Brasília: Fórum, 2012

SPLETTSTÖSSER, Aline Isaia. “Modelos de análise epistêmica dos processos democráticos: as funções dos grupos sociais e suas implicações em uma política deliberativa”. *In*: *XIII Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. XIII.

STANFORD. *Encyclopedia of Philosophy*. 30 mai. 2013. Disponível em: http://stanford.io/1NTNnwR

STANOVICH, Keith E. *How to think straight about psychology*. 10. ed. Boston: Pearson, 2013

STEPNIAK, Daniel. *Audio-visual coverage of courts*: a comparative analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

STEVEN, Arthur. “I’m not a judge but I play one on TV: American reality-based courtroom television”. *Tese de doutorado* (Simon Fraser University), 2004

STEVENSON, Bryan. *Just mercy:* a story of justice and redemption. New York: Spiegel & Grau, 2014

STRAUSS, David A. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009

_____. *A era do radicalismo*. Tradução de Luciene Scalzo Guimarães. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

_____. *Designing democracies:* What constitutions do. Oxford University Press, 2002

_____. “Interpretation and Institutions*”. John M. Olin Law & Economics Working Paper* n. 156, v. 7, jan. 2002, disponível em: http://bit.ly/1OhQDl4

SWIM, Janet e BORGIDA, Eugene. “Public opinion on the psychological and legal aspects of televising rape trials”. *Journal of Applied Social Psychology* v. 17, n. 5, 1987

TATE, Neal C. e VALLINDER, Torbjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, v. 1., Project Gutenberg

TÖNNIES, Ferdinand. “Comunidade e sociedade como entidades típico-ideias”. *In*: FERNANDES, Florestan. *Comunidade e sociedade*. São Paulo: EdUSP, 1972

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. *Advanced Introduction to Law and Development*. Cheltenham: Elgar, 2014

TUMA, Clara. "Open courts: how cameras in courts help keep the sy-stem honest". *Clev. St. L. Rev*. v. 49, 2001

TÜRNER, Claudia; PRADO, Mariana. "A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF", *Revista de Direito Administrativo* n. 250, 2009

TUSHNET, Mark. "The significance of Brown v. Board of Education". *Virginia Law Review* n. 80, 1994,

_____. *Advanced introduction to comparative constitucional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996

_____.. D*emocracy realized:* the progressive alternative. London: Verso, 1998

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo:* diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: REUS, 1985

VERGOTINNI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Madri: Espasa-Calpe, 1983

VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999

VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau:* a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". *Revista de Direito do Estado* nº. 12, 2008

VIEIRA, Vivian Peron. "O papel da comunicação digital na arena internacional: Mobilização política online e a Primavera Árabe". *Boletim Meridiano* 47, v. 14, n. 139, 2013.

VINSON, C. Danielle e ERTTER, John. "Entertainment or education: how do media cover the courts?" *Harvard International Journal of Press/Politics* v. 7(4), 2002

WALDRON, Jeremy. "Rights and majorities: Rousseau revisited". *In*: CHAPMAN, J. W.; WERTHEIMER, A. (ed.). *Majorities and Minorities*. New York: New York University Press, 1990

WALZER, Michael. “A crítica comunitarista ao liberalismo”. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro: *In*: *Política e paixão*: rumo a um liberalismo mais igualitário. São Paulo: Martins Fontes, 2008

WEST, Sonja. “The Monster in the Courtroom”, *Brigham Young University Law Review* n. 6, 2012

WHITE, G. Edward. *The constitution and the new deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2000

WILLIAMS, David. *Condorcet and modernity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004

WILSON, Timothy D.. “The social psychology narrative – or – what is social psychology, anyway?”. *In*: BROCKMAN, John. *Thinking – the new science of decision-making, problem-solving and prediction*. New York: Harper, 2013

WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Justification on legal decisions”, *Revue Internationale de Philosophie* V. 33, n. 127/128, 1979

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. 10. ed. Tradução de Marina Gascón. Madri: Trotta, 2011.