



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Patrícia Perrone Campos Mello

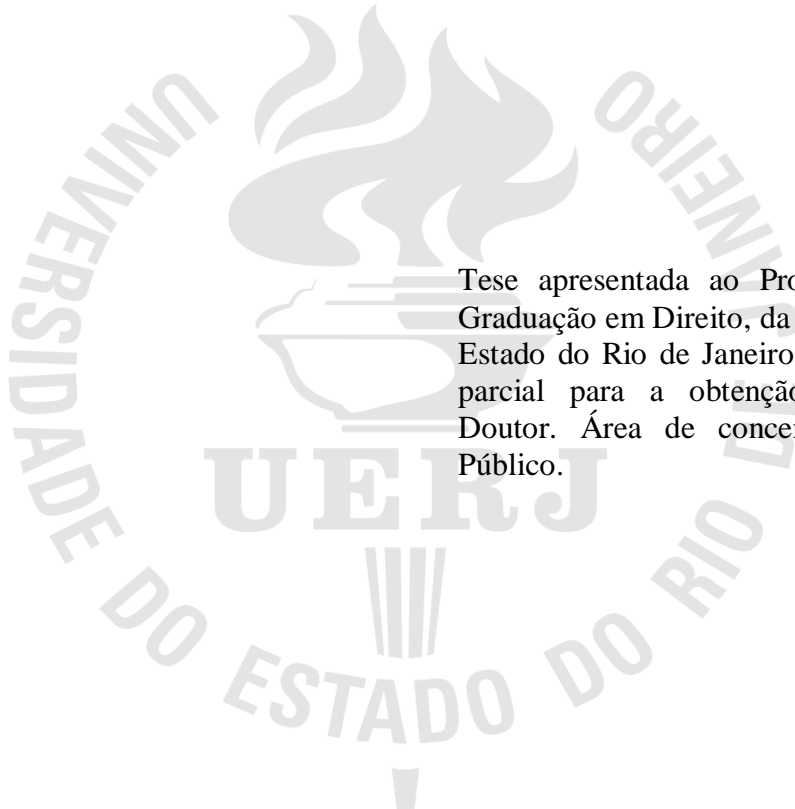
**Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção,
estratégia e espetáculo**

Rio de Janeiro

2014

Patrícia Perrone Campos Mello

Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo



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

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2014

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

M527b Mello, Patrícia Perrone Campos.

Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal : constituição, emoção, estratégia e espetáculo / Patrícia Perrone Campos Mello. – 2014.
470 f.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso.

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

1. Direito público - Teses. 2. Poder judiciário – Teses. 3. Tribunais – Teses. 4. Controle da constitucionalidade - Teses. 5. Direito constitucional – Teses. I. Barroso, Luís Roberto. 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

Patrícia Perrone Campos Mello

Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo

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

Aprovada em

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento

Faculdade de Direito - UERJ

Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto

Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Ao Carlitos, ao Tiago, à Luisa e ao nosso Pequeno Mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai, Luiz Antônio Campos Mello, pela lição mais importante que recebi nos últimos tempos: uma lição de obstinação, de persistência e de vontade de viver. Ao Mecha, Antônio Monteiro Guimarães, um irmão que o teatro me deu, por nossas conversas, pelas aulas, pelos filmes, pelas peças, pelos livros, pelo carinho, pela amizade. Sinto muito a sua falta. E aos meus avós, Oberdam Revel Perrone e Aurelina Menezes Perrone, por tudo. Vocês estão sempre em todos os meus pensamentos.

Agradeço ao meu orientador, Professor Luis Roberto Barroso, pela oportunidade de ser mais uma vez sua orientanda. Enquanto escrevia este trabalho, me dava conta da sua importância para a minha geração (e não só para ela). Muitas de nossas referências inovadoras e algumas ideias essenciais que já encontramos incorporadas pelo Direito – como a efetividade das normas constitucionais, para citar apenas uma delas – nos chegaram através de suas aulas, de seus artigos, de seus livros. E boa parte dos casos citados neste trabalho são obra sua como advogado. É uma alegria vê-lo no Supremo. Muita admiração.

Agradeço ao Professor Daniel Sarmento pelos comentários, pelas sugestões, pelas inúmeras referências bibliográficas, pelas injeções de confiança, pela generosidade e pela paciência infinita que teve comigo. A academia é realmente uma vocação. Tem gente que nasce para ela.

Agradeço à Professora Ana Paula de Barcellos pela participação na banca de qualificação deste trabalho e pelas recomendações que me ajudaram a aperfeiçoar a tese e a me preparar para sua defesa. Ao Professor Rodrigo Brandão, pelo desprendimento com que me cedeu seu programa de aulas sobre opinião pública e pelas excelentes indicações bibliográficas que vieram com ele. A Lilian Cazorla do Espírito Santo pela ajuda com a pesquisa e por ser uma excelente parceira.

Sou muito grata a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro por tudo o que fizeram por mim. Não vou nomear todos os colegas de UERJ, de Procuradoria e de advocacia que me ajudaram nesta empreitada. Agradeço a todos eles e assim evito o risco de, por um lapso, não citar alguém.

Mais umas palavras. Agradeço à minha irmã, Letícia Perrone Campos Mello, minha fiel escudeira, minha guerreira, meu “Sancho Pança”, por me proteger, por fazer um juízo tão extraordinário de mim e por, de vez em quando, me fazer “pegar no tranco”. À querida Dinda

Martinha, minha amiga de todas as horas. À minha mãe, Sandra Perrone, e ao meu padrasto, Paulo Lomba, o “Marmidão”. À Valentina e ao Antônio, meus anjinhos queridos.

Agradeço, por fim, ao Carlos, meu amor, pelo apoio sempre incondicional, pelas opiniões, pelo carinho, pela compreensão e por ser o meu mais importante interlocutor. Ao Tiago e à Luisa, meus filhos, que, em protesto pelas minhas ausências, andam dizendo que “nunca vão querer fazer Doutorado” e que ficarão aliviadíssimos de saber que acabou. A vocês três, que são o centro da minha vida, a minha luz, a minha alegria, a minha inspiração e que foram seguramente os mais sacrificados durante esse período, a vocês eu dedico esse trabalho e tudo mais, com todo o amor que há nessa vida.

A todos, MUITO OBRIGADA.

Rio de Janeiro, março de 2014.

RESUMO

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 2014. 470f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A tese busca identificar os elementos jurídicos e extrajurídicos que interferem sobre o comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal. A análise é desenvolvida com base nos seguintes modelos decisórios: o modelo legalista, o modelo ideológico, o modelo institucional e o modelo estratégico de comportamento judicial. Ao longo do trabalho, examina-se a influência do direito, da ideologia, das normas que regem o Judiciário, das regras que regem as decisões colegiadas, do Poder Executivo, do Poder Legislativo, da opinião pública e da imprensa no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Comportamento judicial. Modelo legalista. Legalismo. Formalismo. Modelo ideológico. Modelo institucional. Modelo estratégico. Textualismo. Originalismo. *Stare decisis*. Princípios. Interpretação filosófica. Pragmatismo. Elementos de interpretação das leis. Operação com precedentes. Princípios. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ponderação de valores. Processo colegiado de decisão. Diálogo constitucional. Relação entre Poder Judiciário e Poder Executivo. Relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo. Relação entre Poder Judiciário e opinião pública. Relação entre Poder Judiciário e imprensa. Relação entre Poder Judiciário e grupos de interesse. Interpretação constitucional. Controle de constitucionalidade. Política judiciária.

ABSTRACT

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *The Brazilian Supreme Court behind the scene*. 2014. 470 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This work aims at identifying legal and non-legal factors that interfere with Brazilian Supreme Court decisions. The analysis is developed with basis on the legal model, on the attitudinal model, on the institutional model and on the strategic model of judicial decision-making. It examines the influence of constitutional law, ideology, collegial process, Executive Power, Legislative Power, public opinion and of the media on Brazilian Supreme Court attitudes.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Judicial decision-making. Legal model. Legalism. Formalism. Attitudinal model. Institutional model. Strategic model. Textualism. Originalism. *Stare decisis*. Principles. Philosophic interpretation. Pragmatism. Brazilian legal interpretation. Brazilian way of dealing with constitutional precedents. Principles. Due process of law. Rationality. Reasonability and proportionality. Legal balancing in constitutional matters. Collegial decision-making. Constitutional dialogue. Judiciary and Executive relations. Judiciary and Legislative relations. Judiciary and public opinion relations. Judiciary and media relations. Judiciary and interest group relations. Constitutional interpretation. Constitutional jurisdiction. Judicial politics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ação Cível Ordinária (ACO)
Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)
Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIIn)
Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)
Ação Penal (AP)
Ação Rescisória (AR)
Agravo de Instrumento (AgI)
Apelação Cível (AC)
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)
Habeas Corpus (HC)
Habeas Data (HD)
Inquérito (Inq)
Intervenção Federal (IF)
Mandado de Injunção (MI)
Mandado de Segurança (MS)
Medida Cautelar (MC)
Petição (Pet)
Reclamação (Rcl)
Recurso Extraordinário (RE)
Recurso Ord. em Mandado de Segurança (RMS)
Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC)
Recurso Ordinário em Habeas Data (RHD)
Recurso Ordinário em Mandado de Injunção (RMI)
Representação (Rep)
Revisão Criminal (RC)
Suspensão de Liminar (SL)
Suspensão de Segurança (SS)
Suspensão de Tutela Antecipada (STA)
Regimento Interno do STF (RISTF)
Relator (rel.)
Relator para o acórdão (rel. p/ o acórdão)
Ministro (min.)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	A PARTICIPAÇÃO DO DIREITO NO COMPORTAMENTO JUDICIAL	19
1.2	Abordagens interpretativas do direito constitucional norte-americano	22
1.2.1	<u>Abordagens interpretativas legalistas norte-americanas</u>	22
1.2.1.1	Textualismo	22
1.2.1.2	Originalismo	24
1.2.1.3	<i>Stare decisis</i>	26
1.2.2	<u>O legalismo na Suprema Corte</u>	30
1.2.3	<u>Abordagens não legalistas no sistema norte-americano</u>	37
1.2.3.1	Princípios	37
1.2.3.2	Abordagem filosófica	39
1.2.3.3	Pragmatismo	41
1.3	Abordagens interpretativas no sistema brasileiro	43
1.3.1	<u>Abordagens interpretativas legalistas</u>	46
1.3.1.1	Interpretação gramatical	46
1.3.1.2	Interpretação histórica	48
1.3.1.3	Interpretação teleológica.....	49
1.3.1.4	Interpretação sistemática	50
1.3.1.5	A operação com precedentes no STF.....	51
1.3.2	<u>O legalismo no Supremo Tribunal Federal</u>	59
1.3.3	<u>Abordagens não legalistas no sistema brasileiro</u>	64
1.3.3.1	Princípios	64
1.3.3.2	Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade	68
1.3.3.3	Ponderação de bens	71
1.4	Considerações finais	77
2	A PARTICIPAÇÃO DA SUBJETIVIDADE NO COMPORTAMENTO JUDICIAL	79
2.1	Modelo ideológico: juízes progressistas, conservadores e moderados	79
2.1.1	<u>Critérios para definição ideológica dos magistrados</u>	84
2.1.2	<u>Estudos empíricos</u>	90
2.1.3	<u>Críticas aos métodos de análise empírica</u>	95

2.2	A ideologia no Supremo Tribunal Federal	100
2.3	A influência do <i>background</i> dos juizes norte-americanos	111
2.4	A influência do <i>background</i> dos ministros do STF	122
2.4.1	<u>Ministro Carlos Ayres Britto: “Valdemar do Amor Divino e Joana da Paixão Luz”</u>	125
2.4.2	<u>Ministro Gilmar Mendes: a revolução metodológica</u>	136
2.4.3	<u>Ministro Joaquim Barbosa: a oposição ao “status quo”</u>	148
2.5	Grupos de identificação dos juizes	160
2.6	A fé e o Supremo Tribunal Federal	165
2.7	Considerações finais	186
3	A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO JUDICIAL I: ASPECTOS INTERNOS AO JUDICIÁRIO	187
3.1	O que são instituições e como elas interferem no comportamento das pessoas	187
3.2	Modelo estratégico	192
3.2.1	<u>Teoria das escolhas racionais e teoria dos jogos</u>	192
3.2.2	<u>Críticas ao modelo estratégico</u>	193
3.2.3	<u>Estratégia na Suprema Corte norte-americana: o que <i>Marbury v. Madison</i> (1803) e <i>Craig v. Boren</i> (1976) têm em comum?</u>	196
3.2.4	<u>Estratégia no STF: o dogma do legislador negativo e os limites objetivos do texto como os “curingas” do jogo</u>	200
3.3	Elementos institucionais internos ao Poder Judiciário	210
3.3.1	<u>Regime interpretativo mínimo</u>	210
3.3.2	<u>Minimalismo e maximalismo</u>	212
3.3.3	<u>Estrutura do processo colegiado de decisão</u>	215
3.3.3.1	Modelos de decisão colegiada: agregativo, deliberativo, externo e interno	215
3.3.3.2	Polarização e neutralização ideológica em órgãos colegiados	217
3.3.3.3	Estratégia e negociação na Suprema Corte norte-americana.....	221
3.3.4	<u>Cortes inferiores</u>	228
3.4	Elementos institucionais internos ao STF e ao Poder Judiciário brasileiro	230
3.4.1	<u>Regime interpretativo mínimo. Academicismo e beletismo</u>	230
3.4.2	<u>Maximalismo no STF</u>	237
3.4.3	<u>Cosmopolitismo judicial</u>	243
3.4.4	<u>Estrutura do processo colegiado de decisão no STF</u>	246

3.4.4.1	Modelo agregativo e externo no STF	248
3.4.4.2	Polarização e neutralização ideológica no STF	251
3.4.4.3	Estratégia e negociação no STF	253
3.4.5	<u>Instâncias inferiores</u>	258
3.5	Juiz cordial e patrimonialismo judicial	262
3.6	Considerações finais	268
4	A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO JUDICIAL II: INTERAÇÃO ENTRE PODERES	270
4.1	Elementos institucionais externos ao Poder Judiciário	270
4.1.1	<u>Princípio da separação dos poderes</u>	270
4.1.2	<u>Interação com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo</u>	271
4.1.3	<u>Modelo estratégico externo (a interação com os demais poderes)</u>	274
4.1.4	<u>Críticas ao modelo estratégico externo</u>	277
4.2	Elementos institucionais externos ao Supremo Tribunal Federal	278
4.2.1	<u>O princípio da separação dos poderes na Constituição de 1988</u>	280
4.2.2	<u>Interação com o Poder Executivo, governabilidade e economia. Estudo de casos</u>	282
4.2.2.1	Plano Collor	283
4.2.2.2	Privatização da Companhia Vale do Rio Doce	287
4.2.2.3	Foro especial por prerrogativa de função	292
4.2.2.4	Crédito presumido de IPI e alíquota zero	296
4.2.2.5	COFINS e sociedades civis de profissões regulamentadas	307
4.2.2.6	Medida Provisória e a criação do ICMBio	311
4.2.3	<u>Alinhamento de interesses entre Executivo e Legislativo: os cofres públicos e as emendas superadoras das decisões do STF. Estudo de casos</u>	317
4.2.3.1.	Contribuição previdenciária de servidores inativos e de pensionistas	317
4.2.3.2	Outros casos de alinhamento entre Poderes: novamente os cofres públicos e as emendas constitucionais superadoras	325
4.2.4.	<u>Interação do STF com o Legislativo e disfunções democráticas. Estudo de casos</u>	327
4.2.4.1	Limite ao número de vereadores	328
4.2.4.2	Criação de municípios	333
4.2.4.3	Cláusula de barreira.....	337
4.2.4.4	Fidelidade partidária.....	344

4.2.4.5	Greve de servidores	348
4.2.4.6	Aviso prévio proporcional	355
4.3	Considerações finais	358
5	A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO JUDICIAL III: A OPINIÃO PÚBLICA	361
5.1	Opinião pública	361
5.2	Caráter contramajoritário da jurisdição constitucional	361
5.3	Constitucionalismo popular	363
5.4	Desbloqueio das instâncias majoritárias pela Suprema Corte: <i>Brown v. Board of Education</i>	366
5.5	Desbloqueio das instâncias majoritárias pelo Supremo Tribunal Federal: fidelidade partidária e outros	372
5.6	Mecanismos indutores do alinhamento entre a Suprema Corte e a opinião pública	378
5.6.1	<u>Critério político de seleção dos juízes da Suprema Corte</u>	378
5.6.2	<u>Valores da comunidade e movimentos sociais</u>	382
5.6.3	<u>Legitimidade e estabilidade institucional da Suprema Corte</u>	383
5.6.4	<u>Diálogo social</u>	386
5.6.5	<u>Opinião pública como grupo de referência</u>	388
5.7	Modelo estratégico externo (a interação com a opinião pública)	389
5.8	Mecanismos indutores do alinhamento entre o STF e a opinião pública	393
5.8.1	<u>Critério político de seleção dos juízes do STF</u>	393
5.8.2	<u>Valores da comunidade e movimentos sociais</u>	393
5.8.3	<u>Legitimidade e estabilidade institucional do STF</u>	396
5.8.4	<u>Diálogo social no STF</u>	404
5.8.5	<u>Opinião pública como grupo de referência no STF</u>	408
5.9	Instrumentos de comunicação entre o STF e a população	413
5.10	Decisões contramajoritárias do STF	419
5.11	A imprensa e a opinião pública	425
5.12	A imprensa como intermediário e como grupo de referência	429
5.13	A política e a justiça na sociedade do espetáculo	438
5.14	O STF na sociedade do espetáculo: o Mensalão	440
5.15	Considerações finais	447
	CONCLUSÃO	448

REFERÊNCIAS	456
--------------------------	-----

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal é uma das mais antigas instituições brasileiras. Criado em 1890, com a proclamação da República, atravessou os mais diversos momentos políticos – entre os quais: a Primeira República, o Estado Getulista, a experiência democrática de 1945 a 1964 e cerca de vinte anos de regime de exceção – até a restauração da democracia e a promulgação da Constituição federal de 1988. Essa Constituição, editada após tantos anos de ditadura militar, representou o principal marco de implantação do Estado Democrático de Direito no Brasil, redefiniu o equilíbrio entre os poderes, fortaleceu a autonomia e a independência do Judiciário, aumentou consideravelmente as competências do STF em matéria constitucional e o acesso à sua jurisdição e lhe garantiu uma estabilidade institucional e uma força política inéditas em sua história¹.

A nova Carta manteve a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar, em recurso extraordinário, as discussões sobre matéria constitucional surgidas em sede de controle difuso da constitucionalidade; ampliou as hipóteses de cabimento do controle concentrado da constitucionalidade e majorou o rol de legitimados para provocar esta segunda modalidade de controle, que até então sujeitara-se à legitimidade ativa exclusiva do procurador-geral da República².

Previu-se a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental, posteriormente regulamentada por lei como um instrumento de caráter subsidiário às demais hipóteses de controle concentrado.³ Criou-se, ainda, a ação declaratória da constitucionalidade dos atos do Poder Público, através da Emenda Constitucional 3/1993. E atribuíram-se aos julgados do Supremo Tribunal Federal, proferidos em sede concentrada, efeitos vinculantes e gerais, oponíveis aos demais órgãos judiciais e à administração pública.

¹ BOECHAT, Lêda Rodrigues. *História do Supremo Tribunal Federal (defesa das liberdades civis, 1891-1898)*, t. 1; *História do Supremo Tribunal Federal (defesa do federalismo, 1899-1910)*, t. 2; *História do Supremo Tribunal Federal (doutrina brasileira do habeas corpus, 1910-1926)*, t. 3; *História do Supremo Tribunal (1930-1963)*, t. 4, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, 1968, 1991 e 2002, respectivamente.

² É importante observar que o procurador-geral da República constituía cargo de confiança do presidente da República, do qual era exonerável a qualquer tempo. Em tais condições, a legitimidade ativa exclusiva do procurador-geral neutralizava eventuais ações diretas em desacordo com os interesses do governo, limitando a deflagração do controle concentrado.

³ BRASIL. Art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

No que respeita ao rol de legitimados, de acordo com a nova Carta, possuem legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de ação direta declaratória da constitucionalidade: o presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa de Assembleia Legislativa, o governador do estado, o procurador geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Constituição de 1988 previu, ainda, o sufrágio direto, secreto, periódico e universal para os cargos representativos e estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais, cuja eficácia foi protegida pela inclusão de ações destinadas à sua efetivação, como, por exemplo: o mandado de segurança individual ou coletivo, o mandado de injunção individual ou coletivo, o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação popular e a ação civil pública, todos instrumentos aptos a discutir matéria constitucional passível de reexame pelo Supremo Tribunal Federal.

O legislador constituinte dispôs, igualmente, de forma extremamente analítica, sobre: direitos políticos, sistema eleitoral, organização político-administrativa da federação, organização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, processo legislativo, sistema tributário, repartição de receitas entre os três entes da Federação, orçamento, regime aplicável à administração pública e seus servidores, sistema de previdência etc. E promoveu a constitucionalização dos mais diversos temas, tais como: direitos trabalhistas, acesso à saúde e à educação, princípios gerais da ordem econômica, política urbana, política agrícola, reforma agrária, sistema financeiro, ciência e tecnologia, proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, direitos dos índios etc.

A abrangência do texto constitucional, a atribuição ao Supremo Tribunal Federal de competências tão amplas e a quantidade de violações à Carta geraram uma considerável sobrecarga para o Tribunal, levando-o a contabilizar números inimagináveis de processos e ensejando uma situação de crise institucional, em virtude da qual foi acusado de atuar de forma morosa e ineficiente e de não cumprir adequadamente a missão que lhe foi atribuída pela Constituição⁴.

⁴ Sobre tais números, cf. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; e ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números – O múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011; e FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; FALCÃO, Joaquim et al. *II Relatório o Supremo em números: o supremo e a federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponíveis em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

Sobreveio, então, a aguardada reforma do Judiciário, realizada pela Emenda Constitucional 45/2004, pela qual se criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle administrativo e financeiro do Judiciário, composto, de forma híbrida, por membros integrantes e não integrantes desse poder. A mesma emenda estabeleceu como condição de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração de que as questões constitucionais nele discutidas possuem repercussão geral, ou seja, repercussão que supere os interesses das partes no caso concreto. E instituiu-se a súmula vinculante em matéria constitucional, a ser editada pelo STF, após reiteradas decisões sobre determinada questão, com o propósito de atribuir caráter normativo a precedentes inclusive em sede difusa. Procurou-se, com tais medidas, estabelecer um controle social do Judiciário, racionalizar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, reduzir a sua sobrecarga e conferir maior eficácia às suas decisões⁵.

Além disso, a lei que regulamentou a reforma do Judiciário previu um procedimento especial a ser adotado, em caso de multiplicidade de recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia constitucional, pelo qual se determinou que alguns casos paradigmas sobre a discussão objeto de tais recursos fossem selecionados e submetidos ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando-se os demais. Após a decisão dos paradigmas, os tribunais locais devem considerar prejudicados os recursos incompatíveis com o entendimento firmado pelo STF ou devem rever suas decisões, se contrárias a tal entendimento, de forma a evitar a remessa ao Supremo de uma massa de recursos idênticos⁶.

Após o advento da Carta de 1988, o STF exerceu sua jurisdição para avaliar a constitucionalidade de lei que impedia a suspensão cautelar de medidas econômicas destinadas a sanear a economia. Definiu o processo a ser observado para *impeachment* do presidente da República. Foi provocado para sustar a realização de leilões de privatização de grandes estatais brasileiras. Limitou a amplitude do foro especial aplicável a autoridades de alto escalão. Estabeleceu limites máximos para o número de cargos de vereador, de acordo com a população dos municípios. Declarou a nulidade da criação de municípios em desacordo com a Constituição. Invalidou cláusula de barreira à criação ou manutenção de partidos

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004; e SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. Ambos in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 373-390 e p. 225-241, respectivamente.

⁶ Cf. BRASIL. Lei 11.418/2006.

políticos. Estabeleceu a fidelidade partidária, entre outras muitas decisões de considerável relevância para o país.

Todavia, a projeção do STF na cena pública encontraria seu ápice com o julgamento da Ação Penal 470, caso popularmente conhecido como “Mensalão”. Nesse caso, políticos de grande relevo foram processados e julgados por um suposto esquema montado pelo Poder Executivo para a compra de votos de membros do Poder Legislativo, com vistas à aprovação de determinadas matérias pelo Congresso Nacional. As primeiras informações sobre o Mensalão foram levadas a público no ano de 2005 e revelaram fatos que ensejavam grave comprometimento da democracia representativa. A denúncia do esquema foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal em 2007, sob os aplausos da opinião pública, e simbolizava, para esta, a ruptura com a tradição de impunidade de políticos corruptos.

O julgamento da referida ação penal foi inteiramente televisionado, amplamente noticiado pelos meios de comunicação de massa e expôs o Supremo Tribunal Federal à nação. A vida pregressa, as relações pessoais, as convicções técnicas e as conexões políticas dos ministros foram levantadas, para tentar antecipar seus votos. Seus perfis foram traçados pela mídia. Supostas tentativas de constrangimento por grupos políticos foram levadas a público. Discussões sobre a partidarização da justiça foram travadas. Advogados e réus protestaram contra a interferência da opinião pública sobre o processo decisório do STF.

Aos poucos, infiltrava-se nas mentes dos cidadãos a percepção de que um caso de tamanha importância não seria decidido apenas com base no direito, tal como compreendido pelos leigos. Não se firmaria em juízos absolutamente neutros, fundados em normas objetivas e incontestáveis. Quais seriam, então, os critérios que realmente orientariam o processo decisório do Supremo Tribunal Federal? Que elementos interferem no comportamento judicial de seus ministros? Essa é a questão que se pretende investigar neste trabalho. Sua hipótese é a de que outros elementos – tais como a ideologia dos ministros, a interação com os demais poderes e a opinião pública – têm enorme relevo para a compreensão do comportamento judicial do STF.

A descrição precisa e realista dos fatores que interferem no processo decisório de nosso tribunal de mais alta hierarquia tem importância primordial para a compreensão do seu modo de funcionar pela população em geral, para o controle da legitimidade de sua atuação e, portanto, para o próprio processo democrático. Constitui, ainda, um ponto de partida essencial para a garantia da previsibilidade do direito, para orientar a argumentação a ser desenvolvida em cada feito pelos advogados, para estruturar o ensino jurídico e, finalmente, para que se possam desenvolver teorias normativas sobre a interpretação constitucional a partir da

realidade concreta. Antes de avaliar como os juízes devem agir, é importante compreender como eles efetivamente agem e por quê. A que estímulos e limites encontram-se sujeitos e como tais fatores modelam a sua conduta.

Os elementos que interferem sobre o comportamento judicial são objeto de estudos empíricos e de um rico debate desenvolvido pela doutrina norte-americana, por isso optou-se por utilizar tais estudos como ponto de partida para a identificação de categorias que permitam a análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal. Essa opção se justifica, ainda, em virtude da semelhança entre aspectos estruturais do direito constitucional norte-americano e do direito constitucional brasileiro, que restará explicitada ao longo do trabalho. Por fim, o recurso à referida literatura cumpre a função de demonstrar que a interferência da ideologia ou da política no processo de decisão de uma Corte Constitucional não é uma particularidade brasileira. Ela está presente tanto nas decisões do STF quanto nos precedentes da Suprema Corte norte-americana.

O presente estudo foi organizado com base em três modelos de comportamento judicial propostos pela literatura examinada: o *modelo legalista*, o *modelo ideológico* e o *modelo institucional*. Em breves linhas, o *modelo legalista* busca explicar as decisões judiciais com base no direito (em sua acepção formalista). O *modelo ideológico* estabelece um vínculo entre a ideologia dos magistrados e seus entendimentos. Já o *modelo institucional* procura demonstrar a relação entre as decisões proferidas pelos juízes e as instituições com as quais esses interagem.

Segundo o modelo institucional, tal interação pode gerar dois tipos de comportamento: o comportamento institucional *sincero* e o comportamento institucional *estratégico*. A título de ilustração, as abordagens hermenêuticas reconhecidas como válidas pela instituição profissional que os juízes integram – o Judiciário – interferem no processo decisório dos magistrados e os levam a, voluntariamente, acatar determinados argumentos e a descartar outros. Essas opções correspondem ao comportamento institucional sincero. Por outro lado, o juiz pode se valer das mesmas abordagens hermenêuticas apenas para criar uma aparência de juridicidade e facilitar a aceitação de uma decisão que, na verdade, foi tomada com base em suas preferências ideológicas. Nesse caso, o magistrado estará agindo de forma estratégica.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo desenvolve o estudo do modelo legalista e de sua importância para a compreensão da jurisprudência do STF. O segundo capítulo examina o modelo ideológico, bem como a influência da subjetividade e das preferências dos ministros do Supremo sobre suas decisões. Os últimos três capítulos são destinados ao estudo do modelo institucional.

O capítulo três apresenta o modelo institucional e discorre sobre a importância de aspectos internos ao Judiciário para a determinação da conduta adotada pelos juízes. O capítulo quatro demonstra como a interação entre o Supremo Tribunal Federal, o Executivo e o Legislativo interfere no conteúdo do direito constitucional. O quinto e último capítulo tem por objeto a relação travada entre o STF, a opinião pública e a imprensa, bem como a influência destas últimas nas decisões do Tribunal. Ao final do trabalho, a conclusão apresenta uma breve síntese dos entendimentos firmados em cada capítulo, procurando-se indicar os principais fatores que interferem no processo decisório do Supremo.

Uma última observação deve ser efetuada. Adotou-se como termo inicial para o presente estudo a data de promulgação da Constituição de 1988, em razão das profundas alterações que essa promoveu no ambiente político no qual o Supremo Tribunal Federal passaria a atuar e em suas competências, alterações essas já descritas acima. Utilizou-se como termo final da análise o momento da conclusão da primeira fase do julgamento da Ação Penal 470, no ano de 2012, um marco de considerável relevância no que respeita à aproximação entre o Tribunal e a sociedade.

Seguramente, nesse intervalo, a atitude do Supremo com relação a seu próprio processo decisório e aos limites de suas competências se alterou. Tal alteração estará refletida, em alguma medida, no trabalho, e não comprometerá suas conclusões⁷. Não se busca, aqui, determinar qual foi o padrão de comportamento predominante no STF em determinado período. Busca-se indicar os diversos elementos que podem influenciar o comportamento de seus ministros e demonstrar tal influência através de estudos empíricos.

⁷ O estudo sobre o “dogma do legislador negativo” e sobre os “limites objetivos do texto”, bem como o exame da evolução da jurisprudência sobre o mandado de injunção, desenvolvidos no capítulo 3, são exemplo disso.

1 A PARTICIPAÇÃO DO DIREITO NO COMPORTAMENTO JUDICIAL

1.1 Modelo legalista

Quando o cidadão comum pensa na forma como os casos são julgados pelos tribunais, ele imagina um sistema pelo qual o direito de cada parte é predefinido por normas claras, a serem aplicadas por juízes imparciais, que proferirão a decisão mais correta para a solução de cada conflito. As decisões judiciais se legitimam, ao olhar do leigo, a partir da crença de que são baseadas em critérios objetivos e neutros, determinados pelo direito, e não em atos de vontade produzidos pelo julgador, com base em juízos subjetivos ou ideológicos. Essa visão idealizada do processo decisório corresponde justamente ao primeiro modelo de comportamento judicial proposto pela doutrina: o modelo legalista de decisão.

O modelo legalista identifica o direito a um corpo de normas preexistentes, passíveis de reconhecimento através de operações lógicas e racionais, com base em critérios de interpretação aceitos pela dogmática jurídica. E considera esse conjunto o elemento determinante do comportamento judicial. A decisão judicial, segundo tal abordagem, é produto de um raciocínio silogista pelo qual a regra de direito funciona como a premissa maior, os fatos do caso concreto como a premissa menor e a decisão como a conclusão.

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 caso em julgamento. Ao juiz não era dada, em nenhuma hipótese, a função de criar o direito, atribuição que competiria ao Legislativo. A elaboração de novas normas pelo Judiciário importaria violação ao princípio da separação dos poderes e seria incompatível com o ideal democrático, segundo o qual a titularidade do poder soberano assiste ao povo, cabendo a este exercê-lo diretamente ou por meio de seus representantes, eleitos pelo voto popular.

A hipótese que se examinará neste primeiro capítulo, portanto, é a de que *o direito constitucional, tal como compreendido pelo modelo legalista de comportamento judicial, constitui um fator determinante do processo decisório dos juízes*. Antes, porém, algumas ressalvas devem ser feitas. Primeiramente, a expressão “legalista” não é a mais adequada para identificar um modelo de comportamento judicial em matéria constitucional. O termo legalista remete à “lei”, norma infraconstitucional, e não à Constituição, que lhe é superior e

que funciona como paradigma de validade da lei. Optou-se, contudo, por manter a expressão, em virtude de se tratar de nomenclatura muito difundida na literatura sobre o assunto.

Além disso, a hermenêutica jurídica, tal como concebida pelo modelo legalista, com viés mecânico e formal, encontra-se ultrapassada na dogmática contemporânea, sobretudo em matéria constitucional. Entende-se, hoje, que os recursos interpretativos legalistas são insuficientes para solucionar parte relevante dos problemas enfrentados pelos intérpretes da Constituição, como o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, a solução de situações de conflito entre princípios constitucionais, a superação de lacunas ou a injustiça flagrante. Entende-se, ainda, que a norma jurídica só se define à luz do caso concreto, do problema e de suas particularidades.

Casos semelhantes podem apresentar fatos ligeiramente diversos e, por isso, suscitar a incidência de diferentes princípios, que conduzirão a conclusões divergentes. As normas constitucionais são referenciadas a valores e convidam seu intérprete a reflexões morais. A decisão judicial não declara apenas, cria o direito. Por vezes, o juiz, ao decidir uma demanda concreta, complementa a elaboração da norma e tem no texto desta apenas o seu ponto de partida. O processo de decisão não é puramente objetivo. Sujeita-se, em alguma medida, à subjetividade do intérprete, às suas pré-compreensões e aos seus julgamentos morais. Cabe ao magistrado o ônus de justificar a sua decisão e de demonstrar a sua razoabilidade. As tendências generalizadoras das normas, que têm o propósito de garantir a segurança jurídica, são mitigadas pelas necessidades individualizadoras da justiça, que impõem a análise específica de cada caso. Em alguma medida, esse quadro também é convergente com as expectativas do cidadão comum, que espera não apenas a decisão “de acordo com a lei”, mas a decisão justa⁸.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245-350; O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3-59; Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 192-240 e 418-463; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009. p. 113-146; *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; WILHELM CANARIS, Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002; HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad; HÄBERLE,

O modelo legalista de comportamento judicial baseia-se, portanto, em um certo irrealismo metodológico. Não corresponde à compreensão que os operadores do direito têm de sua própria atividade. Pelo menos não plenamente. Por isso, não seria surpreendente a constatação empírica de que esse modelo não é capaz de explicar o comportamento judicial. Essa conclusão não significaria que o direito tem pouca influência no processo decisório dos magistrados. O direito é mais amplo. Não se resume ao legalismo. A surpresa estaria na constatação de que o legalismo ainda tem uma influência relevante sobre o comportamento judicial. Essa possibilidade vale a empreitada.

A análise apresentada neste capítulo partiu da literatura e dos estudos norte-americanos sobre o modelo legalista, com o propósito de identificar categorias que permitissem a avaliação do comportamento do Supremo Tribunal Federal à luz do mesmo modelo. O legalismo nos Estados Unidos da América foi relacionado ao textualismo, ao originalismo e ao *stare decisis*. No Brasil, foi associado aos elementos tradicionais de interpretação das leis e à operação com precedentes judiciais.

O presente capítulo poderia limitar-se ao exame dos elementos antes aludidos. Optou-se, contudo, por estender seu objeto para a análise de algumas categorias não legalistas consideradas importantes para uma compreensão mais ampla do modo de decidir das Cortes Constitucionais nos dois ordenamentos jurídicos. No caso norte-americano, examinou-se o emprego de princípios jurídicos, a interpretação filosófica e o pragmatismo. No caso brasileiro, discorreu-se sobre o recurso a normas principiológicas, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e à ponderação de valores. O exame das abordagens não legalistas tem a finalidade de evitar uma imagem restritiva e irreal do processo decisório das Cortes Constitucionais e de apresentar um panorama ilustrativo do modo de decidir do STF com base em tais categorias. Não se pretendeu exaurir o conhecimento teórico sobre cada abordagem hermenêutica mencionada no trabalho, o que fugiria aos seus propósitos.

Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997; PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; e *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005; *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

1.2 Abordagens interpretativas do direito constitucional norte-americano

1.2.1 Abordagens interpretativas legalistas norte-americanas

De acordo com o modelo legalista de comportamento judicial, as decisões da Suprema Corte são determinadas pelo texto da Constituição, por seu significado original, pela intenção do poder constituinte originário (*the Framers*) e pelos precedentes. No contexto norte-americano, cada um destes elementos inspira uma abordagem hermenêutica específica: i) o textualismo, ii) o originalismo e iii) o *stare decisis*.

1.2.1.1 Textualismo

O textualismo corresponde à interpretação firmada com base no texto da Constituição. Segundo esse método, o significado das normas constitucionais deve ser esclarecido a partir de seu sentido semântico, de sua expressão gramatical, devendo-se rejeitar o reconhecimento de direitos que não se encontrem expressos na Carta. Aqueles que defendem o emprego do textualismo geralmente afirmam que a construção de novos direitos não compete aos juízes e que uma atitude de autocontenção judicial em tais termos é essencial para legitimar o poder destes últimos de invalidar as normas produzidas pelos representantes eleitos pelo voto popular⁹.

São exemplos de juízes textualistas citados pela doutrina os *Justices* Hugo Black e Antonin Scalia. A título de ilustração, em *Griswold v. Connecticut*, o *Justice* Black se opôs veementemente à declaração da inconstitucionalidade de uma lei que vedava a utilização de métodos contraceptivos. A maioria da Corte entendera que a norma era incompatível com o direito constitucional à privacidade, direito que se considerou implícito na Constituição. O *Justice* Black divergiu da maioria e sustentou que só seria possível invalidar uma lei com base

⁹ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997; e Originalism: the lesser evil. William Howard Taft Constitutional Law Lecture, set. 1988, p. 1.

Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fstaffweb.wilkes.edu%2Fkyle.kreider%2FScalia.doc&ei=mTXtUp3JIsOCyQHdvYICw&usg=AFQjCNE2fp-4Nm57UaYgq-ov7qDFCmKnBQ&sig2=yuv8loRBtIct8Obv1A7Jyw>>. Acesso em: 30 jan. 2013; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 44-85; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Nova York: Oxford University, 2007, p. 67-116; TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova York: Oxford University, 2006. p. 7-54; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008. p. 19-56.

em direitos *expressos* na Carta. Afirmou, ainda, que nenhum dispositivo constitucional atribuía aos juízes o poder de afastar a aplicação de normas produzidas pelo legislador, sob o fundamento de serem “arbitrárias” ou “injustas”. Segundo esse magistrado, a arbitrariedade ou a irrazoabilidade são “fórmulas oriundas do direito natural”, que ensejariam, na prática, a substituição ilegítima da vontade do Legislativo pela vontade do Judiciário.

O *Justice* Scalia defende igualmente que “o direito deve corresponder ao texto”¹⁰ e que não cabe aos juízes tecer considerações sobre elementos que não se encontrem objetivados na norma. O significado do texto, segundo ele, deve ser compreendido com base nas palavras utilizadas e no contexto em que se inserem. Deve-se considerar a estrutura da Constituição e, ainda, o significado *original* atribuído à norma na época em que foi inserida na Carta. A identificação do sentido do texto com o significado original da norma quando de sua adoção, proposta por Scalia, associa o textualismo ao originalismo, abordagem hermenêutica que será examinada em seguida¹¹.

O primeiro óbice levantado ao textualismo consiste na observação de que quando o texto é inteiramente claro ou quando há um consenso sobre o que ele determina, geralmente não há necessidade de maiores reflexões para o deslinde de uma causa. Certos casos demandam interpretação justamente porque o texto não oferece uma solução explícita ou porque esta solução, na situação específica, enseja um resultado absurdo ou contrário à razão.

Observa-se, ainda, que a Constituição norte-americana utiliza-se de expressões de conteúdo vago para a proteção de direitos fundamentais, cujo significado não pode ser definido a partir de seu teor literal. O direito à liberdade de religião, à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa; o direito de petição ao Poder Público; a proteção contra procedimentos de busca e apreensão irrazoáveis; a proteção contra a supressão da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal; o direito à defesa e ao julgamento célere em matéria penal; e a proteção contra punições incomuns e cruéis são exemplos de normas cujo texto não é capaz de exaurir seu significado ou de delimitar, com precisão, as condutas que configuram a sua observância.

¹⁰ No original: “The text is the law, and it is the text that must be observed” (SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Op. cit., p. 22).

¹¹ Em virtude de tal associação, o enquadramento do *Justice* Scalia como textualista é controvertido. Há quem defenda que seu pensamento se aproxima mais do originalismo (BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Op. cit., p. 68). O exame de sua obra indica que o autor se reconhece como um textualista-originalista (SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Op. cit., p. 22 e ss.; e *Originalism: the lesser evil*. William Howard Taft Constitutional Law Lecture, set. 1988, Op. cit., p. 1).

Os críticos do textualismo ponderam, ainda, que o legislador não é capaz de antecipar todos os fatos futuros e que as normas constitucionais podem conflitar umas com as outras em determinadas circunstâncias, impondo-se a adoção de um critério de solução de antinomias que não se encontra previsto no texto¹².

Observa-se também que a 9ª Emenda à Constituição norte-americana dispõe, expressamente, que o rol de direitos nela previstos não exclui outros direitos titulados pelo povo, indicando que o texto constitucional não é exaustivo sobre o assunto e que, por consequência, admite a utilização de elementos de interpretação diversos da abordagem textual¹³. Assim, o textualismo não pode ser justificado com base em uma argumentação firmada exclusivamente no texto, quer em razão do que dispõe a 9ª Emenda, quer porque não há qualquer previsão expressa na Constituição norte-americana que autorize esse entendimento.

Sem prejuízo disso, o texto da Constituição, além de representar a expressão do poder constituinte, é um objeto estável que todos podem ler e compreender. O texto é, por isso, um ponto de partida essencial para a discussão do sentido da Constituição norte-americana e faz uma ponte entre a sociedade e a comunidade jurídica. Um texto acessível estimula a cultura de participação popular no debate e na definição do conteúdo das normas constitucionais e permite a apropriação da Carta pela sociedade como um todo¹⁴.

1.2.1.2 Originalismo¹⁵

¹² SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 53-54.

¹³ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 53-54.

¹⁴ BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption. Political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University, 2011, p. 236 e ss.

¹⁵ BORK, Robert. The Constitution, original intent and economic civil rights. *San Diego Law Review*, n. 23, 1986, p. 823 e ss.; SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997; e Originalism: the lesser evil. William Howard Taft Constitutional Law Lecture, set. 1988, p. 1. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fstaffweb.wilkes.edu%2Fkyle.kreider%2FScalia.doc&ei=mTXtUp3JIsOCyQHdvYICw&usg=AFQjCNE2fp-4Nm57UaYgq-ov7qDFCmKnBQ&sig2=yuv8loRBtIct8Obv1A7Jyw>>. Acesso em: 30 jan. 2013; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a political practice. *Fordham Law Review*, n. 75, 2006-2007. p. 545 e ss; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 44-85; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Op. cit., p. 67-116; TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. New York: Oxford University, 2006, p. 7-54; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008, p. 19-56 e 192-193.

O originalismo surgiu como um movimento conservador, de reação à jurisprudência progressista da Corte de Warren, pelo qual se pregou o retorno ao sentido original da Constituição ou à intenção original do poder constituinte (*The Framers*). Para os originalistas, as decisões da Corte não eram fiéis a tal sentido ou intenção e estavam alterando o teor da Carta com o propósito deliberado de inserir em seu texto direitos que os juízes progressistas gostariam de ver contemplados. Os juízes deveriam, ao contrário, se limitar à declaração dos direitos expressos na Constituição e definir seu sentido com base no texto, em sua estrutura, no material histórico sobre a sua elaboração e na compreensão do ambiente político e das práticas comuns à sociedade, à época em que o texto foi aprovado. Ainda segundo os originalistas, não caberia ao Judiciário atualizar ou rever o significado das normas constitucionais à luz das novas necessidades da comunidade. Ao contrário, a função essencial de uma Constituição seria justamente a de limitar a alteração das normas nela contempladas¹⁶.

São reconhecidos como originalistas, entre outros, os *Justices* William Rehnquist, Antonin Scalia e Clarence Thomas. Os três são igualmente associados ao movimento conservador. Como abordagem hermenêutica, o originalismo enfrenta as dificuldades relacionadas ao textualismo, além daquelas referentes ao uso do material histórico como fonte do direito constitucional, a saber: a determinação do que deve contar como evidência histórica e, sobretudo no que respeita à vertente baseada na intenção do poder constituinte, a determinação de quem deve ser considerado como poder constituinte para esse fim.

A Constituição norte-americana foi produzida por delegados enviados pelos estados à Convenção de Filadélfia de 1787 e ratificada em convenções estaduais específicas. Discute-se, por isso, quais seriam os delegados cujo pensamento poderia esclarecer a intenção original com que foram elaboradas as normas constitucionais. Os 59 delegados que se apresentaram à Convenção de Filadélfia? Os 39 membros que assinaram o documento final? Os integrantes das diversas convenções estaduais que ratificaram a Constituição? Aqueles que elaboraram ou participaram da aprovação de emendas constitucionais?

¹⁶ A atuação dos juízes com autocontenção, de forma a apenas “declarar” o sentido original da norma, se opõe ao movimento denominado *living constitutionalism*. Os adeptos do *living constitutionalism* defendem que o significado da Constituição deve se alterar à luz de novas realidades. A principal preocupação do *living constitutionalism* parece ser com a adaptação à mudança, enquanto que a principal preocupação dos originalistas seria com a suposta permanência do sentido original da Constituição. Entretanto, na prática, o originalismo mostrou-se um instrumento para a afirmação de interesses conservadores através do Judiciário e não para assegurar a autocontenção judicial. Cf. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a political practice. *Fordham Law Review*, n. 75, 2006-2007, p. 545 e ss.; BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption. Political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University, 2011, p. 226 e 236 e ss.

A correspondência pessoal dos agentes delegados se caracterizaria como evidência histórica para a compreensão da Constituição? Os registros do Congresso sobre a elaboração do texto e sobre suas discussões são confiáveis, sabendo-se que podiam ser livremente alterados *a posteriori* pelos congressistas? O que fazer com opiniões conflitantes? Ainda que os membros do poder constituinte fossem precisamente delimitados, a opinião individual de cada um deles não necessariamente corresponderia ao entendimento ou ao objetivo perseguido pela coletividade. É possível falar em um entendimento coletivo do poder constituinte como um todo? Como identificar tal entendimento?

Em razão de tais questionamentos, o valor do histórico legislativo para discutir o significado da Constituição é bastante controvertido. Aqueles que criticam a sua utilização observam que, a depender do que será considerado evidência histórica, ter-se-á um conjunto tão amplo e contraditório de concepções que será possível sustentar qualquer entendimento, por mais minoritário que seja, com base nesse material¹⁷.

Discute-se, ainda, se o significado original da Constituição deve ser considerado em sua acepção concreta ou abstrata e com que nível de generalidade? Em outras palavras: quando o texto constitucional fala em “igual proteção das leis”, por exemplo, aquilo que se pretende proteger é um determinado entendimento do que é igualdade, reconhecido quando da elaboração da norma (concepção concreta), ou deve-se tutelar o direito à igualdade tal como compreendido à época do julgamento (concepção abstrata)? A resposta a essa pergunta não é neutra e implica em escolhas ideológicas.

Por fim, observa-se que não há qualquer evidência originalista de que a Constituição deveria ser necessariamente interpretada de tal forma. Ao contrário, pondera-se, o emprego do originalismo poderia arriscar a estabilidade de uma Constituição tão antiga como a norte-americana porque impediria a adaptação do seu teor às mudanças sociais e impor resultados desajustados ao presente, já que presos a uma compreensão superada da realidade.

1.2.1.3 *Stare decisis*

¹⁷ Esse entendimento é sustentado inclusive pelo *Justice Scalia*, que rejeita a interpretação das normas constitucionais com base na intenção do poder constituinte. *Scalia* atribui ao material sobre o histórico legislativo a finalidade exclusiva de servir como elemento para a avaliação do *significado* atribuído ao texto, à época em que foi aprovado, e não para definir a intenção do constituinte. De fato, segundo *Tushnet*, a versão mais contemporânea do originalismo baseia-se na busca do *significado original das normas constitucionais como compreendido pela comunidade à época da sua inserção na Constituição*, possivelmente em virtude das dificuldades suscitadas pela busca da intenção original. Cf. *SCALIA, Antonin. A matter of interpretation: federal courts and the law*. Op. cit., p. 30-38; e *TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism*. In: *GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). Interpreting constitutions. A comparative study*. New York: Oxford University, 2006, p. 35-40.

O *stare desisis*¹⁸ constitui uma política judicial segundo a qual os juízes são obrigados a aplicar os entendimentos das cortes superiores a novos casos que venham a apreciar e que sejam semelhantes àquele que gerou o precedente. Por isso se diz que tais julgados são dotados de efeitos vinculantes ou normativos. Admite-se, contudo, que as cortes superiores modifiquem ou mesmo que abandonem seus próprios entendimentos. Portanto, a adesão da Suprema Corte a seus precedentes é mais branda¹⁹.

Essa política judicial corresponde, em verdade, a uma fórmula que busca compatibilizar a criação do direito pelo Judiciário com os valores de segurança jurídica, isonomia, eficiência e legitimidade. A aplicação do precedente a casos idênticos garante a previsibilidade do direito e o tratamento isonômico entre os jurisdicionados. Permite que os juízes aloquem seu tempo para assuntos que ainda não foram apreciados. Evita a produção de decisões conflitantes. Desestimula demandas aventureiras e, por isso, reduz a litigiosidade. Tal estado de coisas preserva a credibilidade do Judiciário e compatibiliza a operação com precedentes, na aparência, à concepção legalista, segundo a qual o ordenamento jurídico deve fornecer respostas objetivas, neutras e imparciais, extraídas de normas preexistentes, para a solução dos casos concretos.

No entanto, o julgamento com base nos precedentes está longe de ser uma atividade mecânica e envolve uma série de decisões que não são plenamente orientadas pelos próprios precedentes (tampouco pelo textualismo ou pelo originalismo). Esta observação pode ser compreendida com clareza a partir do exame de quatro “etapas” do processo decisório característico do *stare decisis*: i) o momento da criação do precedente pela Suprema Corte; ii)

¹⁸ Na verdade, *stare decisis e non quita movere*, expressão latina que significa “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo”.

¹⁹ TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Nova York: Oxford University, 2006, p. 7-105 e 161-214, respectivamente; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Op. cit., p. 135-154; BOBBITT, Philip. *Constitutional fate. Theory of the Constitution*. Nova York: Oxford University, 2006, p. 39-58; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Inglaterra: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355-406; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Inglaterra: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 503-517; ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989; COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998; MONAGHAN, Henry Paul. *Stare decisis and constitutional adjudication*. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 88, n.4, p. 723-773, maio 1988, p. 763-766; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987, Disponível em: <www.bsos.umd.edu/gvpt/CITE-IT/Documents/Schauer%201987%20Precedent.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2006.

o momento da determinação da norma dele emergente e de sua amplitude; iii) o momento da decisão sobre a sua aplicabilidade a um novo caso; iv) o momento de sua revogação.

Na *primeira etapa* indicada acima, quando a Suprema Corte decide um novo caso, o fato deste caso ser verdadeiramente inédito impede que seja decidido a partir de um precedente já firmado. E pode acontecer que esse novo caso também não seja passível de julgamento com base em outros critérios formalistas. Assim, o legalismo pode não oferecer um norte seguro para esta etapa. Um *leading case* poderá ser produto de uma decisão arrojadíssima e, até mesmo, tomada com base em critérios arbitrários. Nesta hipótese, a reiteração do precedente pela Suprema Corte (e pelas demais instâncias) reforçará indiretamente a aplicação de critérios que fogem ao legalismo.

A *segunda etapa* indicada acima refere-se à *delimitação da norma gerada pelo precedente*, que governará a decisão de casos futuros. Essa norma é denominada *holding* ou *ratio decidendi* e corresponde ao princípio de direito ou à tese jurídica que obteve a adesão da maioria da Corte e que funcionou como uma premissa necessária para alcançar a solução do caso concreto. Ela é fixada à luz dos fatos relevantes da demanda e da questão jurídica levada a discussão e decidida. Meras considerações marginais, desnecessárias à apreciação da ação (*obiter dicta*) ou entendimentos não acolhidos pela maioria não compõem a norma vinculante.

Entretanto, nem sempre se consegue identificar com clareza os princípios ou a tese que embasou a decisão. Em algumas circunstâncias, fundamentos concorrentes são invocados para justificá-la, sem que se esclareça se cada um de tais fundamentos constitui uma *ratio decidendi* autônoma ou não. Mesmo quando se identifica com facilidade a exegese afirmada pela corte superior, a regra de direito dela decorrente e aplicável a casos futuros pode ser formulada em diferentes níveis de generalidade. Quanto mais abrangente for a norma extraída do precedente, maior será o conjunto de casos vinculados à sua conclusão.

Muitas vezes, a interpretação da *ratio decidendi* de uma decisão da Suprema Corte, com o propósito de verificar se ela é aplicável a um novo caso que lhe é submetido a julgamento, é efetuada por uma nova composição da Corte, em razão da aposentadoria e da substituição de seus membros. Se a “nova composição” interpretar o precedente com maior amplitude, maior será o conjunto de casos regulados por ele. Se interpretá-lo de forma mais restrita, maior será a sua liberdade para decidir novas demandas porque menos casos se subsumirão no comando afirmado pelo precedente. Haverá, portanto, certa margem para manipular o alcance do julgado. Além disso, a existência de diversos entendimentos que não foram revogados expressamente e que apontam para soluções opostas permite que, na prática,

um grande conjunto de julgados seja justificado pela Suprema Corte com base em decisões pretéritas²⁰.

Na *terceira etapa* antes descrita, a Suprema Corte *avalia a semelhança entre um precedente e um novo caso que lhe é submetido*. Ao fazê-lo, novamente identificará os fatos relevantes da decisão anterior, a questão de direito nela discutida e o entendimento afirmado pelo tribunal. E verificará se há suficiente semelhança entre tais elementos e aqueles suscitados pelo novo caso ou se, ao contrário, este coloca questões distintas. Nessa atividade, a Corte terá alguma liberdade na avaliação dos fatos relevantes de ambas as ações, avaliação esta que, na ação pendente de julgamento, pode resultar na formulação de questões jurídicas diferentes das já apreciadas e caracterizar a nova discussão como um caso inédito, não governado por quaisquer precedentes.

Quando a Suprema Corte entende que está diante de um caso idêntico àquele já julgado, ainda que haja alguma diferença fática entre o primeiro e o segundo, a equiparação de tratamento entre demandas ligeiramente diferentes provoca a expansão do precedente. Quando, ao contrário, faz uma *distinção* entre os dois casos, essa decisão tem o efeito de restringir o alcance do precedente, na medida em que destaca particularidades que merecem tratamento diferenciado. A distinção entre duas demandas (*distinguishing*) enseja não aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no âmbito normativo de sua *ratio decidendi*, ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam solução diversa.

Na *quarta etapa* indicada acima, a Suprema Corte apreciará novamente uma discussão sobre a qual já se pronunciou e decidirá se deve manter ou *superar seu entendimento anterior (overruling)*. A decisão sobre abandonar ou não um precedente não tem em conta apenas o acerto ou desacerto deste último ou a sua obsolescência. Essa decisão considera também as consequências sistêmicas decorrentes da eventual superação. É possível que, em alguns casos, se opte por manter julgados que não são os mais adequados do ponto de vista jurídico, com o objetivo de se evitarem danos de maior relevância à previsibilidade do direito, à isonomia, à eficiência ou à credibilidade do Judiciário. A decisão sobre a superação de um precedente

²⁰ Na verdade, a primeira interpretação do precedente firmado pela Suprema Corte é realizada pelo juízo de primeira instância, que aplicará (ou não) o precedente a um novo caso semelhante. Essa interpretação poderá ser submetida novamente à Suprema Corte pela via recursal. Como a Corte aprecia um número reduzido de casos, as cortes inferiores têm alguma margem de liberdade para fixar tal interpretação. Para a compreensão da interação entre a Suprema Corte e as instâncias inferiores, cf. capítulo 3, item 3.4. O foco no presente item é verificar se os precedentes da Suprema Corte determinam as decisões da própria Corte e, por conseguinte, se a adoção do *stare decisis* enseja um comportamento legalista por parte da Suprema Corte.

envolve, não raramente, uma ponderação entre razões de segurança jurídica que recomendam a sua preservação e razões de justiça que motivam a sua alteração. Essa escolha não se firmará em qualquer precedente anterior. Ela dependerá das convicções dos *justices* sobre o custo-benefício da decisão e sobre os valores envolvidos²¹.

Além disso, firmou-se nos Estados Unidos da América um entendimento segundo o qual, em matéria constitucional, a Suprema Corte estaria legitimada a alterar e a superar seus precedentes com maior liberdade. O tratamento diferenciado nessa sede deve-se à relevância da matéria, já que a validade de todo o ordenamento jurídico depende de sua compatibilidade com a Constituição. Tal tratamento é justificado, ainda, com base no fato de que o texto constitucional é de difícil alteração, em razão do árduo procedimento previsto para a aprovação de emendas constitucionais pela Constituição norte-americana²². Por essa razão, as decisões equivocadas ou obsoletas precisam ser corrigidas pela jurisprudência²³.

A atuação da Suprema Corte se centra substancialmente na argumentação sobre o significado dos seus precedentes. Essa atitude lhe confere legitimidade aos olhos da população, como se os seus julgados se baseassem em critérios objetivos e preexistentes. No entanto, tal argumentação envolve a interpretação de precedentes anteriores, a valoração sobre fatos relevantes e sobre particularidades que podem ensejar um tratamento diferenciado, bem como reflexões e escolhas sobre questões de segurança jurídica e de justiça. Essas etapas da interpretação e da aplicação dos precedentes são vulneráveis à subjetividade e aos valores do magistrado. A operação com precedentes não constitui um mecanismo formalista de decisão, ao menos não em termos absolutos.

1.2.2 O legalismo na Suprema Corte

²¹ Para a compreensão da interação entre a Suprema Corte e as instâncias inferiores e a influência destas últimas no comportamento da primeira, cf. capítulo 3, item 3.4.

²² SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Op. cit., p. 372-377; ESKRIDGE JR., William N. Overruling statutory precedents. *Georgetown Law Journal*, v. 76, p. 1361-1435.

²³ Afirma-se que a flexibilização da força vinculante dos precedentes constitucionais ocorreria também porque alguns temas constitucionais – como o direito ao aborto ou a validade da pena de morte – despertam profundas divergências morais na nação e provocam entre os juízes da Suprema Corte o anseio por expressar convicções que possam influenciar o desenvolvimento do direito em determinado sentido. Observa-se, igualmente, que os dissensos na Corte podem conferir aos seus juízes maior projeção ou maior reconhecimento social. Alega-se, por fim, que há menos constrangimentos para a produção de longos votos divergentes na Suprema Corte do que nos demais órgãos judiciais porque o volume de trabalho e o número de processos julgados na primeira são diminutos comparadamente aos números das instâncias inferiores. Cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 76-77; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008, p. 51; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences. A perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008. p. 10-14.

O fato de uma decisão valer-se de fundamentos legalistas não necessariamente implica a adoção de um comportamento judicial legalista. A referência ao texto da Constituição e aos precedentes judiciais decorre naturalmente da formação recebida pelos juízes e de sua prática profissional. A invocação de tais elementos não significa, contudo, que foram determinantes para um julgado. Ao contrário, uma decisão pode ser proferida em razão de preferências ideológicas e sua justificação com base em argumentos legalistas pode constituir apenas uma forma de legitimá-la perante a comunidade jurídica ou perante a população. Por isso, a avaliação quanto à ocorrência do modelo legalista não pode se firmar nos argumentos invocados pelos juízes para decidir.

Por outro lado, não é possível testar, de forma independente, a correção de uma decisão sob o prisma jurídico. Ainda que se buscasse identificar os julgados que invocam, como razão de decidir, o texto, o material histórico ou os precedentes, e que suas conclusões fossem confrontadas com o teor de tais elementos, não seria possível garantir que a avaliação quanto à “correção” da decisão não é produto da subjetividade do estudioso que aplica o teste. Por isso, o desenvolvimento de exames empíricos que possam comprovar ou infirmar, de modo objetivo, a adequação descritiva do modelo legalista encontra consideráveis dificuldades. Ainda assim, localizaram-se alguns estudos que procuraram avaliar a influência do *stare decisis* no comportamento judicial da Suprema Corte.

Um primeiro critério para a medição do legalismo na Suprema Corte, proposto por Richard Posner, procurou quantificar suas decisões unânimes, nas quais, presume-se, o direito teria sido capaz de provocar uma plena convergência entre os juízes. Segundo o autor, no período compreendido entre 1995 e 2005, 36% das decisões da Corte teriam sido unânimes²⁴. Trata-se de percentual consideravelmente alto. Ainda que se pudesse afirmar que em 64% dos casos o direito não é plenamente determinado, sua determinação em 36% dos casos, a ponto de provocar a convergência da totalidade dos *justices*, implicaria uma considerável limitação da discricionariedade judicial.

Além disso, tal percentual reflete apenas as circunstâncias em que o significado do direito se mostrou incontroverso. No entanto, uma decisão pode se firmar exclusivamente em critérios legalistas e, ainda assim, suscitar divergências interpretativas entre os membros da Suprema Corte. A interpretação textualista pode apontar em um sentido e a aplicação dos

²⁴ POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 50.

precedentes em outro. De acordo com esse raciocínio, seria possível, portanto, que o legalismo fosse responsável por percentual superior a 36% das decisões da Corte.

Posner esclarece, contudo, que uma explicação concorrente possível para tal percentual de convergência entre os juízes da Suprema Corte seria o fato de sua composição ter se tornado ideologicamente mais homogênea no período em questão, já que o percentual de decisões unânimes nas décadas anteriores era inferior. De fato, entre 1975 e 1985, a Corte proferiu 21,8% de decisões unânimes e entre 1985 e 1995, 27,6% de decisões unânimes.

Ainda assim, o autor defende que o *stare decisis* tem um papel relevante no comportamento judicial da Suprema Corte. Nesse sentido, Posner observa que, a despeito do fato de, sob o prisma ideológico, a Corte apresentar uma crescente inclinação para a direita, se comparada à Corte de Warren, as decisões progressistas proferidas por esta última – em matérias como processo penal, liberdade de expressão e de religião, discriminação racial, direitos dos presos, devido processo legal substantivo e direitos constitucionais – têm sido mantidas total ou parcialmente intactas, muito embora a maior parte delas possivelmente viesse a ser julgada de forma diferente pela composição atual, se esta fosse chamada a apreciá-las livremente. Segundo Posner, o fato de não haver uma rejeição em massa de tais precedentes progressistas por uma Corte com tendências conservadoras indicaria a importância do *stare decisis* para explicar o comportamento judicial²⁵.

A argumentação apresentada por Posner tem considerável peso, em especial se levado em conta que o autor é um ícone do pragmatismo norte-americano, que defende, abertamente, que a ideologia interfere no processo decisório e que os juízes devem considerar as consequências de suas decisões, de forma que, a depender das circunstâncias, o direito constituiria apenas um dos muitos aspectos a serem levados em conta e não necessariamente predominaria sobre os demais²⁶.

Outro estudo empírico, desenvolvido por Segal e Spaeth, se propôs a examinar os votos divergentes dos juízes da Suprema Corte e a confrontá-los com os votos dos mesmos juízes em novos casos que debatessem questão semelhante. Para isso, os autores levantaram *todos os casos paradigmáticos (major decisions)* proferidos pela Corte, de acordo com uma classificação organizada pelo Congresso²⁷. Selecionaram também, aleatoriamente, uma amostra de casos comuns (*ordinary cases*). Em ambas as hipóteses, foram excluídos os casos

²⁵ POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 52-56.

²⁶ POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 220-265.

²⁷ A mencionada publicação é a *Congressional Quarterly's Guide to the U.S. Supreme Court*.

unânicos. Segundo o critério adotado pelo estudo, se os juízes que votaram vencido em um caso paradigma se sentissem comprometidos com o legalismo, seus votos, em novos casos, passariam a adotar o entendimento manifestado no precedente em que restaram vencidos.

Com base nessa premissa, 2.418 votos de *justices* da Suprema Corte foram examinados, sendo que 1.822 constituíam votos proferidos em casos paradigmáticos e 596 constituíam votos apresentados em casos comuns. Constatou-se, então, que em apenas 12% dos votos nos novos casos os juízes divergentes alinharam-se ao entendimento firmado no precedente. Em 88% dos votos, os *justices* permaneceram fiéis às suas preferências originais. O percentual de alinhamento aos precedentes foi, ainda, de 9,9% nos casos paradigmáticos e de 18% nos casos comuns. Com base nesses dados, Segal e Spaeth concluíram que os juízes da Suprema Corte são raramente influenciados pelo *stare decisis*²⁸.

É importante, contudo, ter em mente que o legalismo não impõe aos juízes da Suprema Corte uma vinculação estrita aos precedentes. Assim, embora a adesão de tais juízes aos julgados anteriores possa expressar uma deferência ao *stare decisis*, a não vinculação não se presta a afastar plenamente o comportamento judicial legalista ou a infirmar a influência do *stare decisis*.

Em outro estudo, desenvolvido em 1996, em que se examinaram casos relevantes decididos pela Suprema Corte, a partir da Corte de Warren (inclusive) até 1995, os mesmos autores chegaram a conclusões semelhantes, demonstrando que os juízes divergentes da Suprema Corte alinharam-se ao entendimento firmado nos precedentes relevantes em que restaram vencidos em apenas 9,2% dos casos, permanecendo fiéis às suas preferências em 90,8% dos casos. Avaliou-se, ainda, ao final do estudo, uma amostra aleatória de 26 decisões proferidas em casos comuns, durante as Cortes de Warren, Burger e Rehnquist, afirmando-se que, nos casos comuns, os juízes vencidos aplicaram o entendimento de que divergiram em apenas 4,7% dos casos²⁹.

Por outro lado, Songer e Lindquist desenvolveram um exame crítico a respeito de um estudo anterior de Segal e Spaeth, realizado em 1994, que seguia a mesma lógica dos estudos

²⁸ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 288-311.

²⁹ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The influence of *stare decisis* on the votes of United States Supreme Court Justices. *American Journal of Political Science*, v. 40, n. 4, p. 971-1003, nov. 1996. p. 976-983. Entretanto, a amostra de casos comuns era consideravelmente menor. Das 26 decisões selecionadas apenas 9 apresentaram casos semelhantes julgados no futuro. Esses 9 precedentes geraram 23 casos análogos, examinando-se então 43 votos proferidos em tais casos análogos.

já descritos.³⁰ Em linhas gerais, Songer e Lindquist esclarecem, em seu ensaio, que a Suprema Corte, ao admitir um caso, define o tipo de análise que ele receberá, podendo lhe conferir pleno exame (*full consideration*), hipótese em que a Corte recebe novos arrazoados das partes e lhes confere a oportunidade de sustentação oral; ou podendo receber a causa apenas para exame sumário (*summary consideration*), quando o assunto é julgado a partir do material já produzido nos autos.

Os casos que se submetem ao exame pleno são justamente aqueles que demandam uma análise mais cuidadosa, possivelmente por envolverem alguma indeterminação do direito. Nesses casos, a decisão proferida pela Suprema Corte possivelmente acrescentará conteúdo a seus entendimentos anteriores ou os alterará. Já as causas objeto de exame sumário são aquelas mais simples, regidas por decisões já proferidas pela Corte, nas quais esta desempenha a função de “correção de erros” das instâncias inferiores. A maior parte das decisões neste último caso são unânimes³¹.

Ocorre que o estudo desenvolvido por Segal e Spaeth, segundo Songer e Lindquist, teve por objeto exclusivamente casos sujeitos ao exame pleno, excluindo de sua apreciação aqueles objeto de exame sumário. Segal e Spaeth teriam, portanto, selecionado justamente os *writs* em que havia alguma indeterminação sobre o significado dos precedentes para avaliar a vinculação dos juízes da Suprema Corte ao *stare decisis*. O resultado encontrado, no sentido da vinculação branda às decisões anteriores, não seria, portanto, surpreendente e não deveria ser generalizado.

A partir do material utilizado no trabalho de Segal e Spaeth, Songer e Lindquist desenvolveram um novo estudo, com a inclusão dos casos sujeitos ao exame sumário, e constataram que a adesão dos juízes dissidentes aos precedentes em que restaram vencidos elevava-se substancialmente com tal inclusão, passando do percentual de 10,6% (obtido no estudo de Segal e Spaeth) para o percentual de 77,1% de votos convergentes com tais precedentes.

Como o conjunto de decisões que serviu de amostra para essa última análise era composto por muitos casos decididos com base em um mesmo precedente, *Furman v.*

³⁰ SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. *American Journal of Political Science*, v. 40, n. 4, p. 1049-1063, nov. 1996. O trabalho de Segal e Spaeth, objeto de exame crítico por Songer e Lindquist, foi denominado Preferences vs. precedent: an empirical test of the legal model e foi apresentado na reunião anual da American Political Science Association de 1994. Entretanto, não há notícia de sua publicação, não se tendo logrado obter acesso a tal estudo.

³¹ SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. Op. cit., p. 1456.

*Georgia*³², que versava sobre pena de morte, e para evitar que esta particularidade ensejasse uma distorção do resultado final, efetuou-se um estudo complementar, suprimindo todas as decisões relacionadas a tal precedente. Desta vez, o percentual de votos convergentes com os precedentes caiu para 31,20%.

Com base em tais dados, os autores concluíram que, em um considerável número de decisões, os juízes da Suprema Corte votam em desacordo com suas preferências, de forma a respeitar os entendimentos já firmados no passado. Os autores recomendaram, ainda, o desenvolvimento de estudos complementares, a fim de identificar o conjunto de casos em que os precedentes se mostram mais influentes e as matérias em que a ideologia tende a desempenhar um papel mais dominante³³.

Merece menção, por fim, estudo desenvolvido por Spriggs e Hansford, pelo qual esses pesquisadores procuraram demonstrar que o tratamento prévio dado pela Suprema Corte ao precedente influencia o modo pelo qual seus juízes os aplicarão a casos futuros³⁴. O ensaio esclarece que sempre que um precedente é aplicado ao julgamento de um novo caso a norma dele emergente é reafirmada e, em algumas situações, expandida³⁵. Por isso, a aplicação do precedente a novos casos foi classificada pelo estudo como um tratamento positivo.

Por outro lado, quando a Corte rejeita a aplicação de um entendimento anterior, esta geralmente cria uma distinção entre os casos apreciados, limita a regra decorrente do precedente ou até mesmo a supera. Nas três hipóteses, constata-se um tratamento negativo do entendimento já firmado e, nas duas últimas, um tratamento negativo mais intenso. Segundo uma das hipóteses formulada pelos autores, os juízes da Corte tendem a tratar positivamente precedentes relevantes e precedentes que receberam tratamento positivo e a tratar negativamente precedentes que receberam tratamento negativo.

Para comprovar a hipótese, os autores examinaram as decisões da Suprema Corte, proferidas no ano de 1991 e no ano de 1995, que versassem sobre a aplicação de precedentes produzidos desde o ano de 1946, e demonstraram que os *justices* têm maior tendência a interpretar positivamente um precedente se este é considerado um precedente relevante e se já

³² *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

³³ SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. Op. cit., p. 1055-1062.

³⁴ SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G. The U.S. Supreme Court's incorporation and interpretation of precedent. *Law and Society Review*, n. 36, p. 139 e ss, 2002.

³⁵ Como explicado anteriormente, a aplicação de um precedente ao julgamento de um novo caso pode ensejar a expansão da norma dele emergente porque casos semelhantes podem guardar particularidades não necessariamente abrangidas pelo entendimento firmado no caso anterior.

foi tratado positivamente pela Corte no passado; e que têm tendência a tratar negativamente os precedentes que tiveram a sua aplicação limitada ou rejeitada por outras decisões da Corte³⁶.

Tais achados indicam que o *stare decisis* influencia o comportamento dos juízes da Suprema Corte e que tal influência aumenta na medida em que os julgados são reiteradamente aplicados. Portanto, mesmo que, como demonstrado por Segal e Spaeth, os juízes divergentes não mudem seu entendimento imediatamente após a definição de um precedente em que restaram vencidos, a sucessiva aplicação da decisão pela Corte conferirá maior força ao julgado, atribuindo-lhe aquilo que Spriggs e Hansford denominaram de “vitalidade jurisprudencial” (*precedent vitality*). Assim, o respeito ao julgado poderá se impor com o tempo. Nessa linha, seria possível afirmar que o *stare decisis* interfere no processo decisório da Suprema Corte e que tal interferência pode ser proporcional à reiterada aplicação de uma decisão.

Já no que respeita à influência do textualismo ou do originalismo sobre o comportamento da Suprema Corte, não se identificou um conjunto de estudos empíricos descritivos sobre o tema, muito embora haja muito material que debata a utilização do textualismo e do originalismo sob o prisma normativo³⁷.

Localizou-se, todavia, um estudo que procurou desenvolver uma abordagem descritiva sobre o assunto, a partir do exame dos argumentos apresentados pelas partes nos arrazoados protocolados perante a Suprema Corte³⁸. Tal estudo levantou todas as causas em que as partes desenvolveram argumentos textualistas ou originalistas sobre o mérito da demanda, nos anos de 1979, 1980, 1985, 1986, 1991, 1992, 1993 e 1994. Em seguida, classificou as posições defendidas pelas partes, do ponto de vista ideológico, como progressistas ou conservadoras. As inclinações ideológicas dos juízes que apreciaram tais causas também foram classificadas do mesmo modo, como progressistas ou conservadoras. Ao final, concluiu-se que os juízes da Suprema Corte só adotam argumentos textualistas ou originalistas quando tais argumentos são convergentes com as suas preferências ideológicas.

³⁶ No entanto, quando se acrescenta ao cômputo do tratamento negativo dos precedentes também aqueles casos em que ocorreu distinção (*distinguishing*) no passado, a tendência ao tratamento negativo em novos casos não se confirma. Por essa razão, os autores consideraram que a última hipótese ensejou resultados pouco claros, não tendo restado plenamente comprovada.

³⁷ A inexistência de tais estudos é atestada, inclusive, em SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 310.

³⁸ HOWARD, Robert M.; SEGAL, Jeffrey A. An original look at originalism. *Law and Society Review*, v. 36, n. 1, p. 113-134, 2002.

1.2.3 Abordagens não legalistas no sistema norte-americano³⁹

Concluído o exame do legalismo no processo decisório da Suprema Corte, é importante reiterar que o direito norte-americano reconhece um conjunto de outras fontes e abordagens interpretativas não legalistas que são importantes para a compreensão do comportamento judicial. Apresentar um inventário de todos os recursos hermenêuticos utilizados por tais juízes ampliaria desmedidamente o objeto do presente trabalho. Optou-se, por isso, por restringir esta análise ao exame dos princípios, da interpretação filosófica e do pragmatismo. Esses aspectos parecem ser os mais essenciais para a compreensão da atuação não legalista da Suprema Corte e/ou para seu confronto com a atuação do Supremo Tribunal Federal.⁴⁰

1.2.3.1 Princípios

A Constituição norte-americana se compõe de normas expressas na forma de regras ou de princípios. As regras de direito veiculam um conteúdo bastante preciso. Elas correspondem a um comando, que determina uma ação ou uma abstenção. São, portanto, descritivas de uma determinada conduta a ser seguida e aplicam-se segundo a lógica do “tudo ou nada”: ou a regra incide em determinada hipótese concreta e deve ser aplicada, ou o caso não se subsume em seu comando e, por isso, a regra não incidirá⁴¹.

³⁹ TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Nova York: Oxford University, 2006, p. 7-54; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Nova York: Oxford University, 2007; BOBBITT, Philip. *Constitutional fate. Theory of the Constitution*. Op. cit., p. 74-92; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 215-306.

⁴⁰ Geralmente, os autores norte-americanos indicam como abordagens interpretativas não legalistas: o estruturalismo, a *representation-reinforcing review* (atribuída a John Hart Ely), a interpretação filosófica e o pragmatismo. Para exame das abordagens interpretativas não examinadas a seguir, cf. TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Nova York: Oxford University, 2006. p. 7-54; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Nova York: Oxford University, 2007; BOBBITT, Philip. *Constitutional fate. Theory of the Constitution*. Op. cit., p. 74-92; ELY, John Hart. *A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1995.

⁴¹ Dworkin afirma que o direito norte-americano reconhece diversos “padrões” de normas de conduta, entre eles as regras, os princípios e as políticas. Segundo o autor, os princípios correspondem a padrões que devem ser observados por se tratarem de exigências de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, ao passo que as políticas correspondem a objetivos a serem alcançados, em relação a aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. A diferenciação entre princípios e políticas não será utilizada por ser

Os princípios de direito, diferentemente das regras, afirmam valores a serem perseguidos, como a liberdade ou a igualdade, sem prescrever a conduta necessária à sua implementação. A definição do comportamento adequado à concretização do princípio dependerá de cada caso concreto e de suas particularidades. Em algumas circunstâncias, a mesma situação atrairá a incidência de mais de um princípio, cuja aplicação pode conduzir a resultados antagônicos. Nesse caso, a aplicação dos princípios ocorrerá de acordo com uma “dimensão de peso ou de importância”. À luz da situação concreta, o juiz deverá avaliar qual princípio deve prevalecer na solução da demanda ou, se possível, buscar uma decisão que acomode a incidência de ambos os princípios⁴².

A título de ilustração, a norma da Constituição norte-americana que estabelece o procedimento necessário à aprovação de emendas constitucionais constitui uma regra. Ela será aplicada ao modo “tudo ou nada”: ou se trata de caso de emenda à Constituição e a norma tem de ser observada, ou não se trata de caso de emenda e, conseqüentemente, essa regra não incidirá. Já a norma que reconhece o direito à liberdade de expressão, prevista na 1ª Emenda à Constituição, caracteriza-se como um princípio. Poderá comportar atenuações, em situações específicas, em que vier a se chocar com outros princípios que recomendem a implementação de restrições à livre expressão, como, por exemplo, a necessidade de preservar a segurança e a incolumidade física das pessoas, em face de um discurso de incitação à violência.

A Suprema Corte reconhece, ainda, ao lado dos princípios explícitos, a existência de princípios implícitos no texto constitucional. Em *Griswold v. Connecticut*⁴³, por exemplo, a Corte examinou uma lei do Estado de Connecticut que vedava a utilização de métodos contraceptivos pelos casais e declarou a sua inconstitucionalidade à luz do direito à privacidade, direito este que não constava do texto expresso da Constituição. A decisão foi redigida pelo *justice* Douglas e observou que o rol de direitos fundamentais já reconhecidos pela Corte ensejava a existência de “zonas implícitas de privacidade” que decorreriam de tal rol e que não poderiam ser invadidas pelo legislador ordinário.

Segundo a decisão, o direito de associação, contido na 1ª Emenda; o direito do proprietário a não ter soldados alojados em seus imóveis, sem a sua autorização, em tempo de paz, oriundo da 3ª Emenda; a vedação a buscas e apreensões irrazoáveis, proveniente da 4ª

desnecessária para os fins deste trabalho (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36).

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., p. 35-46.

⁴³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Emenda; o direito à não autoincriminação, previsto na 5ª Emenda; e, por fim, a previsão, constante da 9ª Emenda, no sentido de que os direitos expressos na Constituição não implicam a negação de outros direitos nela não explícitos, todas estas disposições, em seu conjunto, indicavam que a Constituição contemplava o direito à privacidade de modo geral e, portanto, o direito, no caso específico, de um casal, em sua intimidade, optar pela utilização de métodos contraceptivos⁴⁴. A afirmação do direito à privacidade foi construída a partir do teor de diversos dispositivos da Constituição, mas ensejou uma conclusão não legalista (ou não textualista), com base na qual se reconheceu um direito que não estava expresso no texto constitucional.

1.2.3.2 Abordagem filosófica

De acordo com a abordagem filosófica, o reconhecimento dos princípios como fontes do direito torna inevitável uma aproximação entre norma constitucional e filosofia moral. Ainda segundo essa abordagem, a compreensão sobre a moralidade é sempre imperfeita e inacabada. Com o passar do tempo e com o desenvolvimento da vida social, novas “camadas” do significado de um princípio e de suas implicações concretas são reveladas. O esforço a ser empreendido pelo intérprete da Constituição corresponde à necessidade de não se vincular a uma compreensão específica, presa ao passado, do que seja, por exemplo, a “igualdade” ou a “liberdade”, e de ser capaz de apurar o significado contemporâneo de tais valores, uma vez que a concepção do que constitui tratamento igual ou cerceamento da liberdade se modifica com o tempo⁴⁵⁻⁴⁶.

⁴⁴ Segundo a 9ª Emenda à Constituição norte-americana: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser empregada para recusar ou infringir outros direitos titulados pelo povo” (livre tradução).

⁴⁵ TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Op. cit., p. 38-40; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Op. cit., p. 155-170; BOBBITT, Philip. *Constitutional fate. Theory of the Constitution*. Op. cit., p. 93-122; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 215-306.

⁴⁶ A abordagem filosófica é identificada pela academia com o pensamento de Ronald Dworkin. De acordo com Dworkin, toda decisão judicial se fundamenta em algum princípio, que permite o desenvolvimento do direito para novas situações ainda não reveladas. O próprio direito constitui um conjunto coerente de princípios que informa a decisão de novos casos. Os princípios não são como as regras. O comportamento que os concretiza não vem previamente descrito por um comando e uma sanção. O que um determinado princípio requer, em cada situação concreta, deve ser avaliado como um “romance em cadeia”. Cada capítulo de um romance constitui um desenvolvimento coerente do capítulo anterior, mas inova e faz avançar a história. Da mesma maneira, a decisão de cada caso que coloque em discussão um determinado princípio deve ser *coerente* com os julgados precedentes e, ao mesmo tempo, deve fazer o direito evoluir. Essa formulação é denominada “direito como integridade” pelo autor (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes,

Narrou-se, acima, que a Suprema Corte, ao julgar o caso *Griswold v. Connecticut*, afirmou que uma norma que proibisse a utilização de métodos contraceptivos era inconstitucional por violação ao direito à privacidade. Este direito não se encontrava explícito na Constituição, mas servia de base para diversas de suas cláusulas. Mais tarde, em 1973, no caso *Roe v. Wade*⁴⁷, a Suprema Corte foi chamada a avaliar a constitucionalidade da vedação ao aborto e declarou a sua invalidade, observando que a decisão sobre ter ou não uma criança era altamente impactante sobre o destino de uma mulher, devendo ser tomada com base em suas próprias convicções. Uma norma que lhe recusasse tal escolha configuraria, por isso, desrespeito ao direito à privacidade implícito na Constituição. Decidiu-se, portanto, que tal direito, não apenas autorizava um casal a usar contraceptivos, quanto também permitia a interrupção da gravidez.

Em 1986, a Suprema Corte entendeu, em *Bowers v. Hardwick*, que uma lei estadual que criminalizava as relações sexuais homoafetivas era compatível com a Constituição, sob o argumento de que nenhuma norma constitucional reconhecia o direito de um indivíduo a tal conduta. Entretanto, a questão foi levada novamente à Corte, em 2003, no caso *Lawrence v. Texas*.⁴⁸ E, nessa oportunidade, ela retratou-se do entendimento anterior, reconhecendo que o mesmo princípio que garantia o direito dos casais à utilização de contraceptivos e o direito das mulheres à interrupção de uma gravidez não desejada justificava o reconhecimento da liberdade de adultos para decidir sobre sua própria vida sexual, questão relacionada à sua autonomia como sujeitos e ao espaço mais íntimo de sua liberdade e de sua privacidade.

Geralmente, os críticos da abordagem filosófica observam que os juízes não são treinados para refletir como filósofos, que atuam premidos pelo tempo e pelo volume de trabalho, e que tal abordagem deixa de considerar as capacidades institucionais, superavaliando as habilidades de magistrados generalistas. Observa-se que desacordos morais

2003. p. 215-306). Quando a Suprema Corte opta entre duas soluções antagônicas para um mesmo caso, ela deve justamente escolher o resultado que representa o compromisso de princípios da comunidade “em sua melhor luz”. Segundo Dworkin, é improvável que, em um sistema jurídico complexo e abrangente, duas teses difiram a ponto de exigir respostas diversas para o mesmo problema e que mesmo assim se adequem igualmente bem a tal “romance em cadeia” e aos princípios que ele pressupõe (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215-216). O ato de criação do direito, em tais condições, pode ser compreendido como uma dimensão que faz parte do direito e que pode ser justificada com base na razão prática. A concepção de Dworkin atenderia, dessa forma, à ambição do legalismo de obter “a única resposta correta”, a partir de normas preexistentes, com base em um critério que torna “controlável” metodologicamente a utilização dos princípios, muito embora o meio para tal não seja formalista.

⁴⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

razoáveis podem persistir mesmo após reflexões profundas justamente em razão da complexidade da sociedade, e afirma-se que a interpretação da Constituição de acordo com a referida abordagem importaria uma “construção” do direito constitucional à revelia do legislador, ensejando violação ao princípio democrático. Alega-se, por fim, que a abordagem filosófica não se preocupa com os efeitos sistêmicos que podem ser produzidos pela incerteza decorrente da fluidez desse método

No entanto, segundo Tushnet, parece difícil fugir à discussão moral, quando o próprio texto da Constituição utiliza termos que remetem o intérprete a tal discussão e quando os demais recursos hermenêuticos não oferecem uma solução para a aplicação de conceitos vagos. Além disso, segundo autor, a discussão moral é desenvolvida pela Suprema Corte de forma complementar à argumentação com base em outros paradigmas. Nos exemplos antes aludidos, a Corte desenvolveu uma reflexão moral a partir do texto constitucional e de seus próprios precedentes⁴⁹.

1.2.3.3 Pragmatismo

De acordo com os teóricos do pragmatismo, os juízes são céticos quanto a teorias abstratas sobre a forma adequada de decidir, como aquela proposta pela abordagem filosófica. Ao contrário, são profissionais voltados para a prática e para a solução dos problemas concretos que lhes são apresentados. E atribuem às consequências decorrentes das decisões judiciais um peso definitivo em seu processo decisório. O pragmatismo rejeita uma atitude de reflexão retrospectiva do direito, com base no exame das normas e precedentes que solucionaram outros casos, e adota uma postura prospectiva, conferindo ênfase ao resultado que suas decisões produzirão no futuro⁵⁰.

⁴⁹ Nesse sentido, Tushnet observa: “as críticas [ao que se denominou interpretação filosófica] têm importância, mas superavaliam a utilização de reflexões morais em matéria constitucional. [...] a menção a conceitos morais nas decisões da Suprema Corte configura apenas uma referência a tais conceitos e não propriamente uma tomada de decisão com base neles. E, considerando que o texto da própria Constituição recorre a conceitos morais, é complicado criticar os juízes por fazerem o mesmo (TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Op. cit., p. 40).

⁵⁰ POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 220-265; TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Op. cit., p. 47-54; BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation. The basic questions*. Op. cit., p. 171-188; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA,

As consequências consideradas pelos juízes pragmáticos para orientar suas decisões não se referem apenas ao resultado imediato de um julgado, mas igualmente a suas repercussões sistêmicas. Nesta perspectiva, o magistrado poderá adotar como postura a observância de normas e precedentes, por entender que o custo-benefício de adoção do comportamento legalista, como regra, é superior à adoção de uma ampla liberdade decisória. O comportamento legalista tem o efeito de garantir a previsibilidade do direito e o tratamento isonômico entre os jurisdicionados e poupa trabalho aos magistrados que, ao se apoiarem em precedentes para o julgamento de novos casos, reduzem seu ônus argumentativo.

No entanto, diante de casos difíceis e inéditos ou de decisões que poderiam gerar consequências absurdas, as fontes legalistas são, para o juiz pragmático, apenas um dos múltiplos aspectos a serem levados em consideração para um julgamento e não têm primazia sobre os demais. O elemento predominante em tal reflexão são as consequências de adotar esse ou aquele entendimento. A valoração de tais consequências, por sua vez, é produto de uma complicada interação de modos de raciocinar, da intuição, da emoção, do senso comum, das inclinações políticas e ideológicas, dos traços de personalidade, das experiências pessoais e profissionais de cada juiz. É produto, portanto, de uma decisão que leva em conta todo e qualquer argumento que seja relevante para se definir o melhor resultado a ser alcançado no caso específico – uma abordagem que poderia ser denominada, segundo Tushnet, “*all things considered*”⁵¹.

O pragmatismo não oferece um critério determinado para a valoração das consequências como positivas ou negativas. Segundo Richard Posner, tal valoração é autoevidente em uma sociedade que seja homogênea e que compartilhe valores morais básicos. Pode ser construída a partir de uma análise fundada na razoabilidade e na relação de custo-benefício quanto ao sacrifício dos diferentes interesses concorrentes. Quanto mais homogênea for uma sociedade, mais eficaz será o pragmatismo como guia. Em uma sociedade heterogênea, a divergência é inevitável e provavelmente haverá dificuldade de estabilização do direito.

Posner contesta a abordagem filosófica observando que ela é irreal e que não descreve com fidelidade os fatores que estão efetivamente por trás da tomada de decisões judiciais e do funcionamento das instituições em geral. E afirma que as teorias sobre elementos

Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 475-497.

⁵¹ TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions. A comparative study*. Op. cit., p. 48.

interpretativos, na prática, não limitam efetivamente a discricção judicial, sobretudo nos casos difíceis. Elas apenas oferecem formas diferenciadas de racionalizar decisões tomadas de modo pragmático.

O pragmatismo é criticado por seu descompromisso com o direito e, igualmente, pela superidealização da capacidade dos juízes de tomar decisões pragmáticas. Afirma-se que o magistrado não tem como avaliar as oportunidades em que a atuação legalista é mais adequada; que dificilmente será capaz de mensurar o nível de informação necessário à avaliação das consequências de suas decisões; e que possivelmente falhará na identificação de efeitos sistêmicos indesejáveis. Observa-se, ainda, que a adoção do pragmatismo pode ensejar uma espécie de “voluntarismo judicial” e gerar insegurança jurídica generalizada, ampliando a discricionariedade judicial.

Tushnet parece concordar com a descrição do comportamento judicial baseada no pragmatismo. Também segundo ele as teorias interpretativas não limitam efetivamente a discricção dos juízes e, na prática, vigora, na Suprema Corte, uma espécie de “ecletismo pragmático”, pelo qual essa leva em consideração, em sua reflexão, todo e qualquer elemento interpretativo e utiliza “qualquer abordagem que funcione” (*whatever seems to work*), ou seja, qualquer discurso que sirva de fundamento para a adoção da decisão que entende ser a mais adequada, sem que haja um critério predeterminado para definir o que significa “decisão mais adequada”.⁵² Ainda segundo Tushnet, o comportamento pragmático da Corte não conflitaria com o princípio democrático porque o próprio povo norte-americano aceita a jurisdição constitucional como meio de atualizar a sua Constituição⁵³.

1.3 Abordagens interpretativas no sistema brasileiro

O comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal apresenta dois importantes marcos durante a vigência da Constituição de 1988. O primeiro de tais marcos corresponde à afirmação da *efetividade das normas constitucionais*. Até a promulgação da Carta de 1988, as Constituições brasileiras não eram vistas como autênticas normas jurídicas e foram

⁵² TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. Op. cit., p. 48-49. Segundo Tushnet, os únicos limites reais à interpretação na Suprema Corte são: i) a clareza do texto, ii) uma certa ideologia individualista amplamente difundida na sociedade norte-americana, iii) as circunstâncias sociais, culturais, políticas e econômicas da época em que a questão for decidida e iv) fatores extraconstitucionais que indiquem a necessidade de atualizar a Constituição (op. cit., p. 52-54).

⁵³ Nas palavras do autor: “O povo norte-americano aceitou a jurisdição constitucional como forma de atualizar a Constituição. Este fato por si só sugere que não existe dificuldade contramajoritária” (TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. Op. cit., p. 54, tradução nossa).

sistematicamente desrespeitadas⁵⁴. Após a Carta de 1988, passou-se a defender o entendimento de que a Constituição é norma jurídica, devendo incidir diretamente sobre a realidade, independentemente da mediação do legislador, e atribuiu-se aos juízes a missão de impor a sua aplicação, à semelhança do que ocorria com o direito infraconstitucional⁵⁵.

Esse entendimento, que ficou conhecido como “constitucionalismo da efetividade”, objetivava estabelecer uma espécie de “positivismo de combate”⁵⁶. Buscava-se “tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88” e fazer com que o texto da Constituição conquistasse a sua força como norma⁵⁷. Veja-se, abaixo, trecho da doutrina sobre a busca da efetividade:

1. A experiência constitucional brasileira revela a ausência de um constitucionalismo normativo, sintonizado com a realidade social e apto a conformá-la juridicamente.

3. A frustração reiterada do processo institucional brasileiro está associada à falta de efetividade das normas constitucionais.

4. Efetividade designa atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

16. Ao Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, cabe um papel mais destacado do que aquele até aqui desempenhado na tutela dos direitos constitucionais. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como remédios como o mandado de injunção, servirão como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes⁵⁸.

⁵⁴ Muito embora antes de 1988 já houvesse controle de constitucionalidade, as Constituições não eram plenamente observadas. Basta lembrar que a Constituição vigente durante a ditadura militar garantia os direitos à vida, à liberdade e à integridade física, sistematicamente violados pelo regime de exceção. Nas palavras de Daniel Sarmento: “Até 1988, a lei valia mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei” (O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, p. 124).

⁵⁵ Obviamente, a aplicação da Constituição não compete somente aos juízes. Compete ao Legislativo, ao Executivo e à sociedade civil como um todo. A diferença, no caso, estava na afirmação da possibilidade de imediata aplicação da Constituição pelos juízes.

⁵⁶ A expressão “positivismo de combate” é atribuída ao direito alternativo e refere-se à luta pela concretização de leis de conteúdo social. Como observa Luís Roberto Barroso, a defesa do positivismo constitucional desenvolvida na década de 80 representava um avanço: “não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224).

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, p. 125-126.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 231-233.

Tais ideias inspiraram a formulação de um princípio específico da interpretação constitucional: *o princípio da efetividade*. De acordo com este princípio, entre entendimentos alternativos, o intérprete deve procurar aquele que permita a atuação da vontade constitucional da forma mais ampla possível e evitar argumentos que frustrem a sua autoaplicabilidade⁵⁹.

Se a Constituição é uma norma e, por isso, pode ser interpretada e aplicada pelos juízes, como afirmado acima, nada mais natural, do ponto de vista hermenêutico, do que reconhecer que a sua interpretação pode se basear nos mesmos elementos de interpretação das leis: i) o elemento gramatical, ii) o elemento histórico, iii) o elemento teleológico e iv) o elemento sistemático. Tais elementos e, ainda, a operação com precedentes integram o conjunto de recursos interpretativos a que se denominou *recursos interpretativos tradicionais*.

O segundo marco do comportamento judicial do STF, do ponto de vista hermenêutico, corresponde à *assimilação da teoria dos princípios*,⁶⁰ a partir de meados dos anos noventa. Esta nova fase caracterizou-se pelo reconhecimento dos princípios constitucionais como norma, pelo recurso aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e pela afirmação da ponderação de valores como principal abordagem interpretativa neste novo contexto, de maior abertura e fluidez da hermenêutica jurídica⁶¹.

⁵⁹ A palavra princípio, neste item, é utilizada no sentido de “diretriz hermenêutica”, portanto, com significado diverso daquele, já empregado neste trabalho, de norma constitucional dotada de indeterminação semântica e passível de aplicação conforme uma dimensão de peso. Diversos são os catálogos de princípios específicos da interpretação constitucional constantes dos manuais de direito constitucional. Não se pretende oferecer um rol exaustivo ou consolidar os catálogos existentes. As próximas páginas aludirão ao princípio da efetividade, ao princípio da supremacia da Constituição, ao princípio da interpretação conforme, ao princípio da presunção de constitucionalidade, ao princípio da unidade das normas constitucionais e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, rol de princípios que adquiriu considerável aceitação na doutrina e que é suficiente como diretriz mínima tradicional para a interpretação da Constituição (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147-264). Outros catálogos de princípios podem ser identificados, exemplificativamente, em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 436-463; e em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170-188.

⁶⁰ Não há propriamente uma teoria dos princípios, mas diversas teorias dos princípios, a exemplo daquelas articuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Optou-se, contudo, pelo uso da expressão no singular para designar o reconhecimento da normatividade dos princípios e a consequente maior fluidez dos métodos interpretativos. Os dois autores estrangeiros são muito referenciados pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do STF e têm parte importante da sua obra traduzida. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

⁶¹ A progressiva *superção do dogma do legislador negativo*, a partir do ano 2000, quando o Supremo Tribunal Federal começou a modificar a sua jurisprudência sobre o mandado de injunção, passando a criar soluções normativas para possibilitar a fruição de direitos constitucionais que dependiam de regulamentação, poderia ser considerada um terceiro marco do comportamento judicial, a partir do qual o STF passou a se permitir

Diante de tal quadro, o comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal foi dividido em dois conjuntos. O primeiro conjunto, pertinente aos recursos interpretativos tradicionais, foi enquadrado como comportamento legalista, em simetria à abordagem norte-americana. O segundo conjunto, referente às abordagens não tradicionais de interpretação, foi qualificado como atuação não legalista do STF⁶².

1.3.1 Abordagens interpretativas legalistas⁶³

1.3.1.1 Interpretação gramatical

A interpretação da Constituição brasileira começa por seu texto. O texto é a base da qual parte o intérprete para a compreensão da norma constitucional. Nos casos mais fáceis, o elemento gramatical ou literal pode ser suficiente para a decisão. Entretanto, geralmente, este elemento soluciona apenas o caso típico, explicitamente previsto no texto.⁶⁴ Nos casos

consideráveis incursões no campo normativo. Nesse caso, a mudança de comportamento se expressaria mais pela postura (ativista) adotada com relação aos demais poderes, e ao Legislativo em especial, do que propriamente pelo instrumental hermenêutico utilizado pelo Tribunal. Este último marco será examinado mais adiante, no capítulo 3.

⁶² Como já mencionado, a abertura do Supremo a métodos hermenêuticos mais flexíveis não se resume ao uso dos princípios e à ponderação de valores. Diversas novas concepções sobre a interpretação constitucional são objeto de invocação pela jurisprudência do Supremo e/ou pela doutrina, formando um conjunto de ideias e de recursos ainda em aperfeiçoamento, que se convencionou denominar nova hermenêutica constitucional. Diante da inviabilidade de efetuar uma consolidação de todos esses recursos hermenêuticos, optou-se por abordar aqueles que parecem ser mais representativos na atuação do Supremo. Sobre a nova hermenêutica, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245-350; O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-59; Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 192-240 e 418-463; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, p. 113-146; *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 124-146; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 410-417; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1997, p. 106-167.

⁶⁴ E mesmo no caso de previsão textual expressa é possível que as particularidades do caso justifiquem o recurso a outros elementos interpretativos, a fim de se produzir a solução mais ajustada para o caso concreto.

difíceis, o elemento gramatical constituirá um importante ponto de partida para o julgamento, mas a decisão dependerá de uma reflexão que agregue outros critérios interpretativos.

A linguagem humana é limitada. As palavras têm mais de um sentido. Em algumas circunstâncias, não expressam com precisão a realidade que pretendem regular. Os comandos normativos podem ser formulados de forma super ou subinclusiva, ampliando ou restringindo indevidamente as situações da vida que pretendem alcançar. O legislador não é capaz, em sua atuação, de abranger todos os conflitos de interesses existentes ou de antever todas as situações que demandarão solução no futuro.

Além disso, o texto da Constituição de 1988 emprega, em suas disposições, conceitos jurídicos indeterminados, direitos fundamentais e/ou princípios, cujo significado, para solucionar o caso concreto, depende de uma atuação valorativa e, muitas vezes, criativa por parte do juiz. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados empregados na Constituição: o “pluralismo político”, que constitui fundamento do Estado brasileiro; a “função social” a ser cumprida pela propriedade; o “iminente perigo público”, que autoriza o Estado a utilizar bem particular; a “ameaça de violência” contra a liberdade de locomoção protegida por *habeas corpus*.

Constituem direitos e/ou princípios, cujo significado dependerá das particularidades do caso concreto: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade de religião, a liberdade de expressão, o direito à intimidade, à privacidade e à honra, o devido processo legal, entre muitos outros. A utilização normativa de tais termos polissêmicos é responsável pela insuficiência do elemento gramatical para a interpretação da Constituição.

A despeito disso, tal elemento oferece alguns cânones interpretativos. Segundo eles: i) o significado de uma palavra deve levar em conta o contexto em que é utilizada; ii) deve-se atribuir aos vocábulos o sentido da linguagem vulgar, salvo quando empregados termos técnicos; iii) deve-se considerar a acepção da expressão na época em que o texto foi escrito; e iv) deve-se avaliar se determinado conceito possui algum significado particular ou local, levado em conta pelo legislador. Tais cânones determinam, ainda, que: v) a posição de um dispositivo no texto constitucional esclarece o hermeneuta (argumentação topográfica); vi) o erro de redação não se presume, deve ser comprovado; vii) a lei não contém palavras supérfluas; e viii) a interpretação deve respeitar os limites significativos do texto.

A Constituição de 1988 é muito extensa, analítica, abrange mais de duas centenas de artigos, já foi bastante emendada e versa sobre uma ampla gama de assuntos, como, por exemplo, direitos fundamentais, direitos trabalhistas, competências tributárias, licitação, regime jurídico dos servidores públicos, previdência, saúde, educação, desporto etc. Trata-se,

por isso, de um texto pouco convidativo e de difícil domínio para o cidadão comum, aspecto que pode dificultar o estabelecimento de uma cultura de participação popular na definição do significado das normas constitucionais.

1.3.1.2 Interpretação histórica

A interpretação com base no elemento histórico procura identificar a intenção do legislador ao elaborar a norma, ou o significado desta à época em que foi aprovada. Pesquisa-se a *mens legislatoris* ou a *occasio legis*, a fim de determinar o sentido do texto. Esta pesquisa é desenvolvida sobretudo com base no material histórico sobre a elaboração da Constituição de 1988, com base nas diversas propostas de emenda examinadas durante a Constituinte e, ainda, nos debates parlamentares, nas declarações de deputados e senadores que podem ser extraídas dos anais da Constituinte e de outros documentos da época.

Busca-se compreender, a partir de tais dados, as circunstâncias que levaram o poder constituinte a propor determinada previsão, os fatos contemporâneos à elaboração, o momento histórico, social, cultural, de então, o problema que se pretendeu corrigir com certo preceito, as relações de fato que se quis regular, as razões da opção por determinada redação. A interpretação histórica pode, ainda, abranger a especulação sobre qual seria a vontade do legislador se ele estivesse diante dos fatos e das circunstâncias atuais. Embora o elemento histórico possa fornecer dados importantes para a compreensão de uma norma, ele é pouco valorizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como demonstra o trecho transcrito a seguir, de autoria do ministro Celso de Mello.

É preciso advertir, neste ponto, que a “*mens legislatoris*” representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, neste, o que se mostra relevante é a indagação em torno da “*mens legis*”, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei.

.....
Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (“*mens legis*”) e o que nesta buscava estatuir o seu autor (“*mens legislatoris*”), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador.⁶⁵

⁶⁵ AI 401.337-AgR, j. 14 jun. 2005, DJ 02 set. 2005, 2ª Turma, rel. min. Celso de Mello. Em sentido semelhante: “DEBATES PARLAMENTARES E INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO – O argumento histórico, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto. Qualifica-se, no entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas” (ADIn 2.010, j. 30 set. 1999, DJ 12 abr. 2002, 1ª Turma, rel. min. Celso de Mello).

De acordo com o ministro, deve-se dar mais atenção ao espírito da lei, ou seja, à *mens legis*, já que, uma vez aprovada, a norma adquire “vida própria”, devendo-se preferir seu significado objetivo a um suposto significado subjetivo atribuído ao legislador da época. Como consequência de tais considerações, a doutrina e a jurisprudência reconhecem, ainda, que a importância conferida à interpretação histórica diminui à medida que o tempo transcorre.

1.3.1.3 Interpretação teleológica

O elemento teleológico corresponde à razão de ser, à finalidade da norma. A interpretação teleológica é aquela que procura definir o significado de determinado preceito de acordo com a finalidade para a qual foi instituído. Uma norma pode ser formulada em termos excessivamente amplos (superinclusivos) ou em termos excessivamente restritivos (subinclusivos) e é a sua *ratio* que orientará uma aplicação mais ou menos abrangente. Com base no elemento teleológico, procede-se, ainda, à interpretação evolutiva da Constituição, descobrindo-se a aplicação de seus comandos a situações não previstas originalmente e, conseqüentemente, alterando-se seu conteúdo, sem modificar o seu texto, de forma a realizar os fins que justificam suas normas diante de novas realidades.

Uma norma constitucional que estabeleça a igualdade de todos perante a lei pode ser invocada contra a exclusão de um candidato portador de deficiência de um concurso público, se a exclusão se justificar tão-somente na condição de deficiente e não guardar relação com a natureza do cargo a ser exercido. Mas a finalidade da norma é garantir um tratamento isonômico aos cidadãos. Essa finalidade será atendida através do tratamento igual daqueles que se encontram em situação de igualdade e do tratamento desigual daqueles que se encontram em situação de desigualdade. Por isso, é possível que, em um segundo momento, venha-se a defender a reserva de vagas em favor dos deficientes, com base no mesmo preceito, como forma de mitigar a desigualdade de fato entre os últimos e os não portadores de deficiência. Assim, muito embora a interpretação teleológica constitua um recurso tradicional de interpretação das leis, esta pode dar margem a decisões modificadoras do significado do texto e, portanto, não legalistas⁶⁶.

⁶⁶ Sobre o desenvolvimento judicial do direito imanente à lei e superior da lei, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Op. cit., p. 519-610.

1.3.1.4 Interpretação sistemática

A interpretação sistemática é aquela que parte da premissa de que o direito constitui um conjunto harmônico de normas interdependentes, que condicionam e restringem reciprocamente seu significado. Por isso, busca-se conhecer o sentido de cada preceito com base no espírito dos demais. De acordo com estas ideias, a Constituição integra um sistema, o ordenamento jurídico, e ao mesmo tempo é um sistema.

No que respeita ao primeiro aspecto (ao ordenamento que integra), a Constituição é qualificada como norma hierarquicamente superior e como fundamento de validade das demais normas. Em razão disso, afirma-se que a interpretação do direito deve orientar-se pelo *princípio da supremacia constitucional*: em caso de conflito entre preceitos constitucionais e infraconstitucionais, os primeiros devem prevalecer e os últimos são considerados nulos.

Além disso, sendo possível atribuir a uma lei mais de um sentido, o intérprete deve optar por aquele que melhor a compatibilize com a Constituição, ainda que não reflita a sua leitura mais óbvia. Esta segunda diretriz expressa outro princípio específico da interpretação constitucional: o *princípio da interpretação conforme à Constituição*, que determina a adequação do significado das normas infraconstitucionais à Carta, sempre que viável, a fim de evitar a invalidação das primeiras. E porque o ordenamento jurídico constitui um todo harmônico, na dúvida, presume-se que as normas infraconstitucionais são compatíveis com a Constituição até declaração em contrário, formulação correspondente ao *princípio da presunção da constitucionalidade das normas*⁶⁷.

A Constituição é, ainda, um sistema composto por regras e por princípios que precisam ser interpretados de forma consonante. Por isso, ao examinar o sentido de um dispositivo constitucional, o intérprete deve perquiri-lo à luz das demais normas que integram a Carta, tendo em conta que cada preceito é parte de um todo harmônico. O intérprete deve, portanto, observar outro princípio específico da interpretação constitucional: o *princípio da unidade da Constituição*. Segundo este, o sistema constitucional se compõe de direitos potencialmente conflitantes (como livre iniciativa e proteção ao meio ambiente, direito à privacidade e liberdade de imprensa), cabendo ao magistrado acomodar o sentido das normas

⁶⁷ Luís Roberto Barroso relaciona tanto o princípio da interpretação conforme quanto o princípio da presunção de constitucionalidade das normas ao princípio da separação dos poderes, observando que no controle de constitucionalidade o Judiciário revê ato de outro poder, devendo, por isso, atuar com autocontenção e preservar a validade da norma sempre que possível (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 167-187).

contrapostas e promover a sua concordância prática, de forma a preservar ao máximo o conteúdo de cada preceito.

Como se demonstrará ao longo deste trabalho, a interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição e a busca por compatibilizar preceitos constitucionais conflitantes dão ensejo a decisões nada legalistas, pelas quais o Supremo Tribunal Federal redefine o significado das leis e, em situações limites, é chamado a estabelecer qual preceito constitucional deverá prevalecer à luz das situações concretas.

1.3.1.5 A operação com precedentes no STF

Os precedentes judiciais gerados pelo Supremo Tribunal Federal podem ser dotados de eficácia normativa, de eficácia meramente persuasiva ou de eficácia intermediária, conforme o caso. As decisões com *eficácia normativa* são aquelas que produzem efeitos vinculantes e gerais, de observância obrigatória para os demais órgãos judiciais, para a administração pública e para os jurisdicionados. O desrespeito às decisões dotadas de eficácia normativa autoriza a propositura de reclamação direta ao STF.⁶⁸ Os julgados com *eficácia meramente persuasiva*, ao contrário, atingem exclusivamente as partes de uma ação e se prestam apenas ao reforço argumentativo em demandas semelhantes. Por fim, as decisões dotadas de *eficácia intermediária* produzem efeitos mais brandos do que os efeitos normativos, mas possuem maior teor impositivo do que as decisões com eficácia persuasiva⁶⁹.

Quadro 1 – Tipos de eficácia das decisões proferidas pelo STF

Eficácia	Características
Eficácia normativa	Decisão que produz efeitos vinculantes e gerais, impondo-se aos demais órgãos do Judiciário, à administração pública e a terceiros. O desrespeito a esta decisão enseja reclamação direta ao STF.
Eficácia meramente persuasiva	Julgado que atinge apenas as partes de uma ação e que pode ser invocado para fins de argumentação e de persuasão dos magistrados, não sendo, contudo, de observância obrigatória.
Eficácia intermediária	Entendimento que não produz efeitos normativos plenos, mas que produz reflexos mais brandos sobre os demais órgãos judiciais e sobre terceiros.

Fonte: Elaboração própria

⁶⁸ Cf. art. 17 da Lei 8.038/1990, art. 161 do RISTF, atualizado pela Emenda Regimental 9/2001, e art. 7º da Lei 11.417/2006.

⁶⁹ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes (o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61-111.

Os diferentes efeitos produzidos pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal decorrem da adoção, pela Constituição de 1988, de um sistema misto de controle judicial da constitucionalidade, que combina o controle principal e concentrado, de inspiração europeia, com o controle por via incidental e difuso, decorrente da influência norte-americana⁷⁰.

O controle concentrado tem origem no próprio STF, através da propositura de ações diretas, que visam à obtenção de uma manifestação do Tribunal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Este é o caso da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória da constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nessas ações não se debate sobre a existência de direitos subjetivos das partes. A questão constitucional é seu objeto principal e as decisões proferidas pelo Supremo têm efeito normativo (vinculante e geral), daí a relevância dessa modalidade de controle.

Do mesmo modo, as súmulas vinculantes aprovadas pelo STF com base em reiteradas decisões sobre matéria constitucional produzem efeitos normativos, impondo-se a sua observância aos demais órgãos judiciais e à administração pública.

No controle difuso da constitucionalidade, a matéria constitucional não é o objeto principal da ação, mas uma prejudicial à apreciação de seu mérito, cujo exame é necessário para o reconhecimento ou não de determinado direito subjetivo pleiteado por uma das partes. Nesta sede, qualquer juiz possui competência para apreciar a questão constitucional, muito embora a declaração de inconstitucionalidade, no âmbito dos tribunais, submeta-se à regra da reserva de plenário, constituindo atribuição exclusiva do órgão pleno ou do órgão especial⁷¹. A questão constitucional, neste tipo de controle, é levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal através da interposição de recurso extraordinário pela parte que se considera prejudicada por certo entendimento firmado pelos tribunais.

⁷⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 71 e ss; CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 139 e ss; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1221 e ss; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 720 e ss.; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012; SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; SOUZA, Marcelo Alves Dias de et al. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷¹ Esta particularidade decorre do teor do art. 97, CF: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Cf., no mesmo sentido, arts. 480 e 481, CPC.

Os julgados produzidos pelo pleno do STF, no controle difuso, no sentido da inconstitucionalidade de uma norma, produzem uma espécie de eficácia intermediária. Ensejam a dispensa da reserva de plenário nos tribunais, para a adoção do mesmo entendimento em casos semelhantes⁷², e podem configurar jurisprudência dominante no STF, circunstância que permitirá o deferimento ou o indeferimento, de plano, dos recursos nos tribunais inferiores⁷³.

O mesmo ocorre, após a introdução da repercussão geral, com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em caso de recursos repetidos com fundamento em idêntica controvérsia. Estas decisões também são dotadas de eficácia intermediária, já que, uma vez julgado um caso representativo da discussão pelo Supremo, faculta-se a reconsideração, pelos tribunais *a quo*, de seus julgados, ou a declaração de que os demais recursos extraordinários estão prejudicados, em virtude do entendimento fixado pelo STF. Caso os tribunais locais mantenham decisões que contradigam o entendimento do Supremo, tais decisões poderão ser reformadas ou cassadas liminarmente pelo Supremo⁷⁴.

Por fim, o reconhecimento da constitucionalidade de uma lei por uma turma do Supremo Tribunal Federal, em sede difusa, constitui um precedente de eficácia meramente persuasiva, enquanto não configurar jurisprudência dominante do STF.

De modo geral, *a vinculação do Supremo Tribunal Federal a seus próprios precedentes é relativa, já que pode alterar seus entendimentos a qualquer tempo*. Entretanto, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei específica, em sede concentrada, enseja a nulidade e ineficácia de tal lei e produz efeitos normativos (vinculantes e gerais), fazendo com que sua vigência seja suprimida. Assim, deixa de ser possível para o STF

⁷² De acordo com o art. 481, parágrafo único, CPC: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

⁷³ De fato, o art. 557, CPC autorizou o relator a dar provimento ou a negar seguimento a recurso compatível com a jurisprudência dominante ou em desacordo com tal jurisprudência, respectivamente. Para outros efeitos produzidos pelos entendimentos dominantes no STF, ver: art. 475, § 3º, CPC, que dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública, que estivessem em consonância com entendimento do pleno do STF ou em harmonia com súmula deste; o art. 475-L, inc. II e § 1º, CPC, bem como o art. 741, inc. II e parágrafo único, CPC, que dispõe sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional; o art. 543-A, CPC, que reconheceu a existência do requisito de repercussão geral, necessário à admissão de recurso extraordinário, em caso de decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante no STF, entre outros.

⁷⁴ Art. 543-B, §§ 3º e 4º, CPC.

reapreciar a constitucionalidade da mesma norma⁷⁵. O Tribunal pode, todavia, alterar seu entendimento sobre a questão constitucional já decidida, ao examinar uma nova lei idêntica.

Quadro 2 – Eficácia das decisões do STF

Eficácia das decisões do STF	Casos específicos
Eficácia normativa	Decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes.
Eficácia meramente persuasiva	Entendimento proferido no controle difuso, no sentido da <u>constitucionalidade</u> da norma, por órgão fracionário, enquanto não configurar jurisprudência dominante.
Eficácia intermediária	Decisões proferidas no controle difuso, no sentido da <u>in</u> constitucionalidade de uma norma, jurisprudência dominante no STF e entendimentos fixados em caso de recursos sobre idêntica controvérsia.

Fonte: Elaboração própria.

A operação com precedentes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, enfrenta dificuldades semelhantes às aquelas descritas quando do exame da operação com precedentes pela Suprema Corte e outras particulares ao sistema brasileiro. Seu exame também pode ser desenvolvido com base nas quatro etapas da operação com precedentes já mencionadas anteriormente: i) o momento da criação do precedente pelo STF; ii) o momento da determinação da norma dele emergente e de sua amplitude; iii) o momento da decisão sobre a sua aplicabilidade a um novo caso; iv) o momento da sua revogação.

Na *primeira etapa*, quando o precedente é criado, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em um caso inédito pode não se pautar por critérios legalistas, mas, ao contrário, recorrer ao discurso jurídico para justificar uma decisão tomada por razões políticas ou subjetivas. Não há aqui grande diferença entre o sistema norte-americano e o sistema brasileiro. A reiteração do julgado pelo Tribunal, neste caso, reforçará o conteúdo não legalista.

Na *segunda etapa* antes aludida, em que se busca determinar a norma emergente do julgado e sua amplitude, o STF enfrenta dificuldades específicas. No que respeita ao controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal discute se a norma emergente do precedente normativo corresponderia exclusivamente ao dispositivo da decisão, que estabelece que certa lei é inconstitucional, ou se os efeitos normativos alcançariam também a *tese jurídica* ou a *interpretação constitucional* necessária à conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal – aspecto denominado pelo STF “eficácia transcendente da fundamentação”.

⁷⁵ O mesmo não ocorre em caso de declaração da constitucionalidade de uma norma, uma vez que esta permanece em vigor e que pode vir a ser invalidada à luz de novos argumentos (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 148-155).

A título de ilustração, imagine-se uma discussão, em sede concentrada, sobre a criação, pelo Município do Rio de Janeiro, de uma taxa de iluminação pública, que tivesse por fato gerador a mera propriedade de imóvel. Caso se perfilhasse o primeiro entendimento descrito no parágrafo anterior, o teor normativo do precedente se restringiria à afirmação da *inconstitucionalidade da Lei X do Município do Rio de Janeiro*.

Na hipótese de adoção do segundo entendimento, a norma emergente do precedente determinaria que *toda e qualquer taxa de iluminação municipal com tais contornos seria inconstitucional*, por violação à norma constitucional que veda a instituição de taxa com fato gerador típico de imposto. Nesta última situação, a aplicação de lei semelhante de qualquer outro município da federação também se submeteria ao julgado e poderia ser objeto de reclamação direta ao STF por descumprimento de sua decisão. Trata-se, portanto, de questão de considerável relevância, que define a abrangência da norma emergente dos precedentes proferidos no controle concentrado.

O Supremo Tribunal Federal chegou a reconhecer, no passado, que a motivação de suas decisões era alcançada pelos efeitos vinculantes e gerais produzidos em sede concentrada⁷⁶. No entanto, posteriormente, a questão voltou a ser discutida⁷⁷. Aparentemente, o entendimento do STF sobre o assunto está se estabilizando no sentido de que os efeitos normativos de tais decisões restringem-se à norma objeto da ação, não se estendendo à

⁷⁶ Rcl 1987, j. 01 out. 2003, DJ 21 maio 2004, Pleno, rel. min. Maurício Corrêa. A ementa da decisão afirma: “Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua”.

⁷⁷ Rcl 4219, rel. min. Joaquim Barbosa, Informativos 441, 458 e 475 do STF. O julgamento do mérito da reclamação não foi concluído, tendo sido julgada prejudicada.

motivação do julgado⁷⁸. Mas o tema não está plenamente consolidado na jurisprudência do Tribunal⁷⁹.

De todo modo, as teses de direito aceitas pela maioria dos ministros acerca de determinada matéria têm grande relevância porque definem a interpretação do STF sobre o tema e, portanto, orientam o comportamento do Poder Público e dos jurisdicionados. No entanto, a compreensão de tais teses é muitas vezes dificultada pela não determinação explícita do entendimento que predominou no Tribunal e pela grande extensão dos acórdãos, que, sobretudo em casos relevantes, se compõem de longos votos elaborados por cada um dos ministros. Produzem-se julgados de centenas de páginas e não se explicitam as teses vencedoras, sacrificando-se a clareza da decisão e sua qualidade como precedente.

A definição da exegese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em seus precedentes sofre, ainda, com uma certa falta de rigor na diferenciação entre: i) os entendimentos que foram alvo da concordância da maioria (*ratio decidendi*) e ii) os entendimentos mencionados apenas por um ou outro ministro, a título de mera consideração marginal (*obiter dictum*), que não obtiveram a adesão expressa da maioria ou que não constituíam uma questão essencial à conclusão afirmada pelo acórdão. Quando eventual entendimento marginal é muito prezado pelo relator do caso, não é raro que a ementa da decisão o consigne, como se integrasse a síntese do que restou decidido, levando a erro aqueles que a tomam como resumo fiel do julgado.

⁷⁸ Recentemente, o Tribunal proferiu decisão plenária unânime segundo a qual os efeitos vinculantes não atingem os fundamentos de decisão, afirmando-se: “3. Na espécie vertente, o que pretende o Agravante é valer-se desse instituto [da reclamação] para exigir respeito aos fundamentos determinantes aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT, que não teriam sido observados pela autoridade reclamada. No entanto, a aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal, [...]. 4. De se registrar que, ao examinar casos análogos ao presente, nos quais se alegava descumprimento das decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 849/MT, 1.779/PE e 3.715/TO por parte dos Tribunais de Contas dos Municípios, os ministros deste Supremo Tribunal negaram seguimento às reclamações. [...] 5. Ressalte-se que, ao apreciar idêntica matéria em 29.5.2012 e em 5.6.2012, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal negou provimento aos Agravos Regimentais nas Reclamações n. 11.477, 11.478 e 11.500, relator o ministro Marco Aurélio [...]” (Rcl 11.479, j. 19 dez. 2012, DJ 25 fev. 2013, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia, grifou-se).

⁷⁹ Em um dos precedentes citados pela ministra Cármen Lúcia, ao relatar a Rcl. 11.479, essa afirmou: “É certo que, em algumas oportunidades, o Supremo Tribunal tem-se firmado no sentido de que os fundamentos ou os motivos determinantes adotados em decisões proferidas em processos de controle concentrado de constitucionalidade são dotados de eficácia vinculante e, portanto, capazes de ensejar o ajuizamento de Reclamação, na hipótese de serem desrespeitados por outros órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública” (Rcl. 5.703-AgR, j. 16 set. 2009, DJ 16 out. 2009, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia). Afirmou igualmente: “a questão referente à aplicação da teoria dos motivos determinantes não está consolidada neste Supremo Tribunal” (Rcl. 11.479, p. 3).

Além disso, a falta de rigor na diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* pode conferir considerável poder normativo ao Supremo Tribunal Federal na edição de súmulas vinculantes⁸⁰. A Constituição, ao dispor sobre a edição de tais súmulas, é explícita quanto à exigência de diversas decisões sobre a matéria sumulada como condição para a edição do verbete e não abre espaço para que o STF exerça poder normativo autônomo por esta via. No entanto, é discutível se algumas súmulas vinculantes editadas pelo Tribunal efetivamente atendem a tal requisito. A título de exemplo, a Súmula Vinculante 3 dispõe:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Ocorre que, dos quatro precedentes indicados como paradigmas para a súmula, *apenas um deles versava sobre a anulação ou revogação de ato administrativo que beneficiava o interessado*, situação em que, de acordo com a primeira parte do verbete, o contraditório e a ampla defesa deveriam ser assegurados. Todos os demais julgados tratavam apenas de ato de concessão inicial de aposentadoria, ressalva inserida na parte final da súmula, em que o contraditório não era necessário⁸¹. E, nesses últimos julgados, eventuais referências ao entendimento constante da primeira parte do verbete constituíam meras considerações marginais. Não representavam premissas necessárias à decisão. No entanto, o STF conferiu efeitos normativos a tais considerações marginais através da súmula.

Já no que respeita à Súmula Vinculante 11, esta previu:

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.

⁸⁰ Sobre este ponto, cf. trabalho em que Leonardo Greco demonstra que alguns julgados citados pelo STF como base para a edição de suas súmulas abordavam a questão objeto do verbete como mera consideração marginal. O mérito de tais julgados versava sobre matéria diversa. Nos casos apontados por Greco, havia clara confusão, por parte do Supremo, entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* (Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 10, p. 44-54, jan. 2004).

⁸¹ De fato, o MS 24.628 (j. 5 fev. 2004, DJ 17 set. 2004, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Gilmar Mendes) tinha por objeto hipótese de revisão ou cancelamento de pensão já apreciada e registrada pelo TCU, ao passo que os demais julgados versavam sobre atos iniciais de concessão de aposentadorias, reformas e pensões em sede administrativa, que dependiam do registro do TCU para seu aperfeiçoamento, nos termos do art. 71, III, CF. A primeira situação ensejava a instauração de processo administrativo com litigantes em polos opostos. As últimas configuravam mera relação entre órgãos do Poder Público para aperfeiçoamento de ato complexo e não processo administrativo envolvendo litigantes em polos opostos. Por isso, não se impunha o deferimento de contraditório e de ampla defesa nos últimos casos.

Nos quatro julgados que serviram de base para a elaboração do verbete afirma-se que o uso das algemas deve ser excepcional, devendo ser aplicado em caso de receio de fuga ou de perigo para a integridade física⁸². No entanto, a necessidade de justificar a prisão por escrito, as previsões de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e de responsabilidade civil do Estado não foram objeto de tais paradigmas. As alusões à responsabilidade disciplinar, civil e penal são efetuadas meramente de passagem em alguns votos e debates do HC nº 91952 e provavelmente foram incluídas no verbete porque o Tribunal temia o seu descumprimento⁸³.

Na *terceira etapa* da operação com precedentes, quando se discute a sua incidência em um novo caso, o Supremo Tribunal Federal admite a não aplicação de um entendimento com base na distinção entre a demanda que o gerou e a nova causa, desde que esta última apresente questões de fato e de direito diversas, que justifiquem um tratamento apartado. Nessa linha, o STF já se recusou a cassar decisão que, em sede difusa, declarou a inconstitucionalidade de uma norma declarada constitucional, pelo próprio Supremo, no âmbito do controle concentrado. Nesse caso, o Tribunal entendeu que a situação concreta envolvia valores diversos e, por isso, deveria ser decidida de outro modo⁸⁴. Essas observações indicam que o Supremo dispõe de considerável margem decisória na interpretação e valoração das peculiaridades de cada caso.

Quanto à *quarta etapa*, que envolve a revogação dos precedentes, o Supremo Tribunal Federal pode superar seus entendimentos anteriores e tal superação também pode não se basear em critérios legalistas. Ao fazê-lo, o Tribunal pode, ainda, atribuir efeitos meramente prospectivos às suas decisões (em lugar dos efeitos retroativos, que são a regra), de forma a minimizar as consequências de tal superação sobre a segurança jurídica, sobre a isonomia ou sobre outro valor relevante⁸⁵. Essa última decisão tampouco será puramente legalista. Ao contrário, ela pressupõe uma análise dos custos e benefícios envolvidos no caso.

⁸² RHC 56465, j. 05 set. 1978, DJ 06 out. 1978, 2ª Turma, rel. min. Cordeiro Guerra; HC 71195, j. 25 out. 1994, DJ 04 ago. 1995, 2ª Turma, rel. min. Francisco Rezek; HC 89429, j. 22 ago. 2006, DJ 02 fev. 2007, 1ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia; e HC 91952, j. 07 ago. 2008, DJ 18 dez. 2008, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

⁸³ Cf. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso 15 set. 2010.

⁸⁴ ADC-MC 4, j. 11 fev. 1998, DJ 21 maio 1999, Pleno, rel. min. Sydney Sanches. Sobre a interação entre o Supremo Tribunal Federal e as demais instâncias, cf. capítulo 3, item 4.5. O objeto do presente item é apenas avaliar se a operação com precedentes pelo STF configura um comportamento legalista.

⁸⁵ A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma lei produz, como regra, efeitos retroativos, ensejando a nulidade da norma desde a origem. A possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo STF foi, originalmente, reconhecida pela sua jurisprudência e, posteriormente, regulamentada pela Lei 9.868/1999, que prevê: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade

Constata-se, portanto, que, também no Brasil, a operação com precedentes judiciais está longe de ser uma atividade meramente mecânica de subsunção do fato à norma. A indefinição da amplitude do teor normativo das decisões proferidas em sede concentrada, a confusão entre norma vinculante e *obiter dictum*, a possibilidade de distinção entre o precedente e um novo caso e a modulação dos efeitos da decisão em caso de superação de entendimentos pelo STF são exemplos de aspectos da operação com precedentes que comportam considerável margem de manipulação e de liberdade judicial.

1.3.2 O legalismo no Supremo Tribunal Federal

No ano de 2011, a Fundação Getulio Vargas (FGV) concluiu um relatório que denominou “O Múltiplo Supremo” (Relatório) e que consolidou um levantamento quantitativo e estatístico sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1988 até o ano de 2009, reunindo um banco de dados composto por 1,2 milhão de processos, sendo 1.132.850 processos já julgados e 89.252 ainda ativos. A magnitude de tais números já indica um primeiro dificultador de análises empíricas e quantitativas que tenham por objeto o comportamento do STF: o extraordinário volume de casos apreciados pelo Tribunal. A título de comparação, o próprio Relatório observa que a Suprema Corte norte-americana recebe cerca de 7 mil processos ao ano e julga cem aproximadamente. Enquanto isso o Supremo Tribunal Federal, até 2007, recebia e julgava mais de 100 mil processos ao ano⁸⁶.

Além disso, como já relatado, as decisões mais paradigmáticas do STF são geralmente bastante extensas e não se aprova, juntamente com o dispositivo dos julgados, uma síntese das razões de decidir adotadas pela maioria ou um sumário dos diversos posicionamentos defendidos por cada qual dos seus membros. Nessas condições, o exame do entendimento de cada ministro pode depender da leitura de centenas de páginas, sujeitas a múltiplas interpretações, circunstância que agrava a dificuldade de realização dos estudos quantitativos gerada pelo grande número de decisões.

de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁸⁶ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números – O múltiplo Supremo*. Op. cit., p. 58.

O Relatório indica que o comportamento do Supremo Tribunal Federal se altera com base em três espécies processuais, a saber: i) os *processos constitucionais*, que, na classificação adotada pela FGV, abrangem as ações diretas de controle de constitucionalidade, o mandado de injunção e a proposta de súmula vinculante; ii) os *processos recursais*, que dizem respeito ao exercício do controle de constitucionalidade, a partir de casos individuais e concretos, em sede de recurso; e iii) os *processos ordinários*, representados pelos demais casos não enquadrados nas hipóteses anteriores, como, por exemplo, os processos penais de competência originária, nos quais o STF atua como tribunal de instância única⁸⁷.

O Relatório aponta que *a grande maioria dos casos que chegaram ao Supremo entre 1988 e 2009, equivalente a 91,69% de seu acervo, era constituída por processos recursais*, nos quais predominavam os recursos extraordinários e os agravos contra a sua inadmissão, que somavam 87,6% do total de processos recebidos no período. Apenas 0,51% do total de feitos do STF referiam-se a processos constitucionais, e o quantitativo desses processos jamais superou o percentual de 3% em um mesmo ano. Já os processos ordinários correspondiam a 7,8% do acervo do Tribunal⁸⁸.

Esses números demonstram que os processos constitucionais foram, em tal período de apuração, os casos menos representativos, no que respeita ao volume e ao tipo de feitos que o Tribunal foi chamado a apreciar no período examinado. No entanto, na prática, esses casos conferiram considerável visibilidade ao Supremo e inspiraram manchetes de jornal. A título de ilustração, a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, o reconhecimento das uniões homoafetivas e a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos foram objeto de processos constitucionais.

Ocorre que parte de tais processos são casos inéditos ou difíceis, em que se debatem questões que ainda não foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal ou que podem ensejar a alteração de entendimentos pretéritos. Por isso, não seria surpreendente se levantamentos empíricos viessem a constatar que o STF goza de uma maior liberdade decisória nesses processos, à semelhança do que ocorre com a Suprema Corte norte-americana, no que respeita aos processos sujeitos ao exame pleno. Como muitas causas caracterizadas como processos

⁸⁷ Tais grupos apresentaram índices diferenciados no que respeita aos seguintes indicadores: i) a quantidade de processos e suas variações ao longo do tempo; ii) o tribunal de origem; iii) a movimentação do processo dentro do Supremo Tribunal Federal até seu arquivamento; e iv) a natureza das partes.

⁸⁸ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números – O múltiplo Supremo*. Op. cit., p. 20-38.

constitucionais adquirem visibilidade e repercussão na mídia, pode haver uma tendência da comunidade a perceber o STF como um tribunal livre de limites legalistas⁸⁹.

No entanto, o grande volume de casos apreciados pelo Supremo, no período estudado pela FGV, correspondeu justamente aos processos de massa, que versavam sobre temas repetidos e já decididos pelo Tribunal. Quanto a estes processos, três institutos criados pela Emenda Constitucional 45/2004 e regulados pela Lei 11.418/2006 tiveram importante impacto sobre a influência do legalismo em matéria constitucional: a repercussão geral, o procedimento especial para julgamento de recurso repetido e a súmula vinculante.

De acordo com as normas antes mencionadas, o Supremo Tribunal Federal não deve admitir o recurso extraordinário quando a discussão nele versada não oferecer *repercussão geral*. A avaliação da existência de repercussão geral pelo STF deve ter em conta a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Nos termos do art. 543-A, § 3º, CPC (com redação conferida pela Lei 11.418/2006), haverá repercussão geral sempre que o recurso extraordinário impugnar *decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante no STF*. O reconhecimento da repercussão geral, nesta hipótese, orienta-se por um critério legalista.

Em caso de *multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia*, o tribunal de origem seleciona recursos representativos da discussão e os encaminha ao Supremo, aguardando a decisão dos paradigmas pelo STF, de forma a ajustar o julgamento dos demais casos ao entendimento do último. Esse procedimento também reforça a decisão de demandas com base em critérios legalistas.

O mesmo ocorre com as *súmulas vinculantes*, cujo teor impõe às demais instâncias a produção de decisões homogêneas em casos futuros. O desrespeito à súmula vinculante possibilita o ajuizamento de reclamação diretamente perante o STF, para que se casse a decisão, novamente, de acordo com critérios legalistas.

Segundo o Relatório da FGV, a criação dos três institutos antes mencionados foi responsável por uma substancial redução do número de processos recursais que chegaram ao Supremo a partir do ano de 2007⁹⁰. Em 2006, o Supremo Tribunal Federal havia recebido 111

⁸⁹ A prática tem sugerido, ainda, que certos casos podem se tornar difíceis em razão da pressão política exercida sobre o Tribunal pelos diversos grupos de interesse e/ou em razão das consequências da decisão na seara política, como talvez tenha sido o caso das ações em que se discutiu a aplicação da Lei da Ficha Limpa. Ver, neste sentido, ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Quando a unanimidade não esclarece. *Valor*. São Paulo, 22 jun. 2012. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/quando-a-unanimidade-nao-esclarece>. Acesso em 18 dez. 2013.

⁹⁰ A lei que os regulamentou (Lei 11.418) é de dezembro de 2006, tendo entrado em vigor em 2007.

mil processos recursais (quase 39 processos por dia útil por ministro). Em meados de 2009, o número de processos recursais havia caído para, aproximadamente, 30 mil, uma redução de 63% comparadamente ao volume recebido em 2006. Esse percentual reflete o quantitativo de casos sobre matéria constitucional passíveis de decisão através da mera aplicação dos precedentes do Supremo⁹¹.

O Relatório aponta, ainda, que, entre o segundo semestre de 2007 e o ano de 2011⁹², a soma de recursos extraordinários e de agravos de instrumento com preliminar de repercussão geral no STF alcançou 78.500 processos, divididos, segundo o Relatório, em apenas 373 matérias diferentes⁹³. A cada julgamento, o STF decidiria, portanto, a média de 210 casos⁹⁴. Esses números expressam mais uma vez a influência dos precedentes do Supremo Tribunal Federal na decisão de processos recursais.

Ainda que, posteriormente a 2007, grande parte dos processos recursais tenha passado a ser resolvida pelos tribunais de origem, onde passaram a ficar sobrestados, e não pelo próprio STF, e mesmo que se considere que uma parte importante de tais processos teve a sua repercussão geral negada, não chegando ao exame de mérito, os números acima indicam dois aspectos importantes. Até 2007, o legalismo tinha considerável influência sobre o comportamento do STF, em virtude do grande volume de casos de massa. Após 2007, tal influência pode ter se reduzido, como resultado da implantação dos mecanismos antes mencionados, mas os casos de massa continuaram a representar um quantitativo considerável de recursos⁹⁵. No entanto, o legalismo certamente não é o único aspecto a influenciar, de forma relevante, o processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

⁹¹ O Relatório observa que em 2006 houve um pico de processos recursais, mas reconhece que a curva de processos recursais encontrava-se em acentuada ascensão desde o ano de 2004, configurando o que se qualificou como “terceira onda recursal” do STF. De todo modo, caso se computasse a média dos números de processos recursais recebidos nos anos anteriores, o percentual de redução de feitos seria um pouco inferior, já que o quantitativo de processos recursais, por volta de 2002, era de aproximadamente 93 mil e, por volta de 2003, de aproximadamente 70 mil, retomando um crescimento acentuado em 2004.

⁹² FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números – O múltiplo Supremo*. Op. cit., p. 60 e ss.

⁹³ É importante notar que não necessariamente um caso em que há repercussão geral versa sobre matéria repetida. Isso porque uma discussão constitucional pode ter relevância que ultrapasse os direitos subjetivos das partes sem que necessariamente a mesma discussão seja veiculada em outros recursos.

⁹⁴ Das 373 matérias em que houve arguição de repercussão geral, 9 estavam em análise, quando da elaboração do relatório da FGV, 260 tiveram a repercussão geral conhecida e 104 tiveram a repercussão geral negada. Portanto, aproximadamente 27,9% dos recursos foram inadmitidos, não chegando a obter uma decisão de mérito sobre matéria constitucional.

⁹⁵ Em acréscimo às considerações acima, procurou-se levantar, junto ao Supremo Tribunal Federal, o percentual de decisões unânimes proferidas pelo Tribunal entre os anos de 2002 e 2012, com o propósito de verificar o quantitativo de decisões em que o direito se mostrou determinado a ponto de provocar a

convergência de todos os ministros sobre a solução a ser dada a um caso, à semelhança do estudo desenvolvido por Richard Posner, mencionado no item 2.3.3. deste capítulo. Com este objetivo, formalizou-se consulta, por e-mail, ao STF, através da Central do Cidadão, e reforçou-se o requerimento por contato telefônico. A despeito da aparente baixa complexidade dos dados solicitados, a consulta foi respondida pela Assessoria de Gestão Estratégica, nos seguintes termos: “Em atenção ao relato 197207, informa que O portal de informações gerenciais, ferramenta usada na AGE para estatística, não possui esse nível de detalhamento da informação do julgamento”. Não se conseguiu localizar outros levantamentos empíricos que permitissem examinar o comportamento legalista no STF.

1.3.3 Abordagens não legalistas no sistema brasileiro⁹⁶

1.3.3.1 Princípios

O Supremo Tribunal Federal reconhece que a Constituição de 1988 se compõe não apenas por regras, mas também por princípios, ou seja, por normas com elevado teor axiológico, aplicáveis segundo uma dimensão de peso, que não preveem a conduta mais adequada à sua concretização⁹⁷. O recurso à argumentação com base nos princípios permite ao STF definir, à luz do caso concreto, o comportamento que realiza na melhor medida o comando constitucional. Permite que uma lei ou um ato jurídico, em conflito com valores contemplados pela Constituição, tenha a sua aplicação paralisada. E admite que o sentido das normas jurídicas – constitucionais ou infraconstitucionais – seja redefinido à luz dos valores e dos fins que servem de base aos princípios constitucionais⁹⁸. Os princípios são, portanto, fonte do direito constitucional.

Um acórdão relativamente antigo do Supremo Tribunal Federal, datado de 1967, já dava conta de tal fato. No caso, analisava-se a validade de uma norma editada pelo Legislativo com o propósito de estabelecer critério para o provimento de uma serventia

⁹⁶ Como já esclarecido, não se pretende abordar todas as categorias não legalistas mencionadas nas decisões do STF. Optou-se por examinar aquelas que parecem mais referenciadas em sua jurisprudência. Esse exame tem o propósito de apresentar um panorama do processo decisório do Tribunal com base em tais categorias. Não se exaurirá o conhecimento acadêmico sobre o assunto, em respeito ao escopo deste trabalho e a seu foco na prática judicial. Para aprofundamento no tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 306-350; *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 209-234; MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 475, dez. 1994; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 465-530; O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, p. 113-146; Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-206; *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; GONÇALVES, Jane Reis Pereira. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167-206; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁹⁷ Sobre o significado e a operação com princípios, cf. item 2.3.1. deste capítulo.

⁹⁸ As três aplicações aludidas acima referem-se, respectivamente, à eficácia direta, à eficácia negativa e à eficácia interpretativa reconhecidas como as três modalidades de eficácia dos princípios constitucionais (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 318-320; Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 57).

vitalícia, em favor de um determinado serventuário da justiça⁹⁹. Ao manifestar-se sobre o assunto, o ministro Victor Nunes defendeu a possibilidade de anulação de dispositivos decorrentes do exercício abusivo do poder de legislar por parte do Congresso, com base na invocação de princípios constitucionais.

[...]. Havendo abuso evidente do Congresso sempre é possível enquadrar esse abuso na infração de algum princípio constitucional, como agora está fazendo o eminente relator, que viu no parágrafo questionado uma restrição ao poder, que tem o Executivo e não o Congresso, de fazer nomeações para os cargos públicos criados em lei.

.....
A noção de abuso é controvertida, tanto no direito civil, como no processual, como no administrativo, como também no direito constitucional. Mas, controvertida ou não, ela vai fazendo o seu caminho vitorioso na doutrina e na legislação. Antes, nossa lei quase a desconhecia. Agora a proclama em diversos textos. Como juiz, estou nessa linha.¹⁰⁰

As considerações do ministro Victor Nunes encontraram resistência contundente por parte do ministro Aliomar Baleeiro, sob o fundamento de que tal raciocínio conferia ao Judiciário um poder desmedido, ensejando um governo de juízes, segundo o ministro, à semelhança daquele implementado nos Estados Unidos da América, anteriormente a 1937.

Acredito, com todo o respeito a V. Exa., que acaba V. Exa. colocando o problema, dentro do Supremo Tribunal Federal, nos termos em que foi posto na Corte Suprema dos Estados Unidos no período anterior a 37, da oligarquia judiciária, do despotismo, do governo e poder dos juízes. Aí nós já estaríamos muito além do que a Constituição nos dá, e ela já deu ao STF o que nenhuma Constituição do mundo deu ao Poder Judiciário. Nem a dos Estados Unidos. O poder de o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional, em tese, uma lei do Estado, e agora também uma lei da União, é coisa inédita na Terra. Se nós agora tomássemos nas mãos essa atribuição, como os juízes americanos tomaram desde o período inicial do século XIX até 37, achando que podemos também anular aquilo que nós reputamos abuso de poder do Congresso, não há limite.

O recurso aos princípios constitucionais, desde então, consolidou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A título de ilustração, com base no princípio (explícito) da isonomia, o STF estendeu aos servidores civis reajuste remuneratório deferido, por norma infraconstitucional, apenas aos servidores militares, observando que a própria Constituição previa a revisão de vencimentos sem distinção de índices¹⁰¹. Afastou exigência de idade

⁹⁹ Segundo relatório do caso, o art. 126 da Lei 8.101 criara, como serventia autônoma, o Cartório do Registro de Imóveis e Anexos na comarca de Suzano, determinando “a prioridade absoluta de opção ao atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do distrito da sede”.

¹⁰⁰ RMS 16.912, j. 31 ago. 1967, DJ 28 jun. 1968, Pleno, rel. min. Djaci Falcão.

¹⁰¹ RMS 22.307, j. 19 fev. 1997, DJ 13 jun. 1997, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

máxima de 35 anos para candidatos civis a cargo de médico militar, uma vez que o edital não fazia a mesma exigência para candidatos militares¹⁰². Reconheceu a constitucionalidade da instituição de cotas sociais, para facilitar o ingresso de determinados grupos nas universidades, esclarecendo que tal medida se destinava a superar desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares, como, por exemplo, a escravidão e a discriminação dos negros¹⁰³.

Com base nos princípios da moralidade e da impessoalidade, o STF afirmou a ilicitude da contratação de parentes por agentes políticos e por servidores públicos, no âmbito do Judiciário, e, posteriormente, estendeu tal conclusão aos demais poderes¹⁰⁴. Invocou o princípio da ampla defesa, para afastar a exigência de depósito, como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo¹⁰⁵. Declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime, com base no princípio constitucional da individualização da pena¹⁰⁶. Invalidou norma constitucional que estabeleceu vedação absoluta à concessão de liberdade provisória, em caso de acusação da prática de determinados crimes, sob a alegação de violação ao princípio da presunção de inocência¹⁰⁷. Autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual essa medida configuraria crime, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos das mulheres à liberdade, à autonomia e à privacidade¹⁰⁸. Reconheceu as uniões entre parceiros do mesmo sexo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da isonomia¹⁰⁹.

Constata-se, assim, que, com base nos princípios constitucionais aludidos acima, o Supremo Tribunal Federal redefiniu o significado de normas infraconstitucionais em matéria de direito administrativo (no caso da remuneração dos servidores, da idade máxima para participação em concurso público, das cotas sociais, da vedação ao nepotismo e do depósito como condição para o recurso administrativo). Procedeu à releitura de normas penais e processuais penais (afastando a vedação à progressão de regime, à liberdade provisória e

¹⁰² RE 215988 AgR/SP, j. 18 out. 2005, *DJ* 18 nov. 2005, 2ª Turma, rel. min. Ellen Gracie.

¹⁰³ ADPF 186, j. 26 abr. 2012, Informativo 663, STF, Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski.

¹⁰⁴ ADC-MC 12, j. 16 fev. 2006, *DJ* 01 set. 2006, Pleno, rel. min. Ayres Britto.

¹⁰⁵ RE 388.359, j. 28 mar. 2007, *DJ* 22 jun. 2007, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

¹⁰⁶ HC 90.049, j. 05 dez. 2006, *DJ* 09 fev. 2007, 1ª Turma, rel. min. Marco Aurélio.

¹⁰⁷ HC 99.832, j. 17 nov. 2009, *DJ* 31 ago. 2012, 2ª Turma, rel. min. Celso de Mello.

¹⁰⁸ ADPF 54, j. 12 abr. 2012, *DJ* 30 abr. 2013 Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

¹⁰⁹ ADIn 4277 e ADPF 132, j. 05 maio 2011, *DJ* 14 out. 2011, Pleno, rel. min. Ayres Britto.

descriminalizando a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos). Redefiniu o significado de união estável, matéria de direito civil (no caso em que decidiu sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas)¹¹⁰.

O Supremo Tribunal Federal admite, ainda, a possibilidade de utilização de princípios constitucionais não expressos no texto da Constituição para os mesmos fins. A título de ilustração, o STF reconhece como princípio constitucional implícito o princípio da proteção à confiança do administrado ou do jurisdicionado, inferindo-o do princípio da segurança jurídica. O princípio da proteção à confiança é utilizado pela jurisprudência do STF para proteger os cidadãos contra efeitos negativos decorrentes de mudanças de entendimento por parte do Judiciário ou da administração pública, bem como para preservá-los de prejuízos decorrentes da revogação ou da anulação de atos do Poder Público, dotados de presunção de legalidade, possibilitando, na prática, a preservação de situações jurídicas consolidadas à luz dos entendimentos anteriores ou à luz dos atos já praticados¹¹¹.

Com base no princípio da proteção à confiança, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o Estado de São Paulo deveria arcar com o déficit de fundo de previdência de advogados paulistas, criado pelo próprio estado e administrado por entidade estatal, cuja liquidação decorreria de ato legislativo estadual lícito. A decisão do STF firmou-se na necessidade de proteger a relação previdenciária de longo prazo¹¹². Na mesma linha, o Tribunal reconsiderou a decisão de inadmitir, de plano, mandado de segurança impetrado pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária (CMV), com o objetivo de avaliar se seria o caso de preservar, com base no princípio da proteção à confiança, situação trabalhista já consolidada no CMV, com funcionários contratados há muitos anos, sem prévio concurso público, apesar de se tratar o CMV de entidade autárquica¹¹³. E entendeu que o princípio da proteção da confiança vedava a

¹¹⁰ Os casos antes narrados ilustram o que se convencionou denominar “eficácia irradiante dos direitos fundamentais”. tendo-se reconhecido que tais direitos não têm apenas uma dimensão subjetiva, de proteção a situações individuais, mas são dotados igualmente de uma dimensão objetiva, pela qual condicionam a interpretação do direito como um todo e ensejam uma espécie de “filtragem constitucional”, que impõe a releitura de toda a ordem jurídica à luz da Constituição, de forma a realizar os valores nela previstos. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Op. cit., p. 37-67; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 70-76; e *Direitos fundamentais e relações privadas*. Op. cit., p. 223-275; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 305; e *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹¹¹ MS 30.260, j. 27 abr. 2011, DJ 30 ago. 2011, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia; ARE 704882 AgR, j. 18 dez. 2012, DJ 19 fev. 2013, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux.

¹¹² ADIn 4429, j. 14 dez. 2011, DJ 14 mar. 2012, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

¹¹³ MS 28.469, j. 19 fev. 2013, DJ 09 maio 2013, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux.

anulação da alienação de terras públicas estaduais, tendo em vista o transcurso de mais de um século e os diversos negócios jurídicos e relações privadas que seriam comprometidos pela decisão¹¹⁴.

1.3.3.2 Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, como princípios constitucionais implícitos, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Esses princípios são amplamente utilizados pelo STF para o exame da coerência interna dos dispositivos legais, para a análise da validade de normas infraconstitucionais restritivas de direitos fundamentais e para a solução de conflitos entre normas constitucionais, a despeito de não ser possível encontrar qualquer referência textual a eles na Constituição.

Trata-se, em ambos os casos, de princípios originalmente desenvolvidos pelo direito estrangeiro. O princípio da razoabilidade foi construído pela jurisprudência norte-americana, com base na cláusula do devido processo legal substantivo, atribuindo-se a tal cláusula um significado material (e não apenas processual), segundo o qual as pessoas não podem ser privadas de suas vidas, de sua liberdade ou de sua propriedade por normas absurdas, que fujam aos critérios do bom senso, da racionalidade, da equidade ou da justiça na atuação estatal. Já o princípio da proporcionalidade é associado pelo sistema jurídico alemão à cláusula do Estado Democrático de Direito, tendo nascido como mecanismo de controle dos atos administrativos (como, por exemplo, o exercício do poder de polícia), para os mesmos fins de assegurar soluções racionais e justas¹¹⁵. Ambos os princípios são tratados pela

¹¹⁴ ACO 79, j. 15 mar. 2012, DJ 28 maio 2012, Pleno, rel. min. Cezar Peluso.

¹¹⁵ A doutrina cita, ainda, como fundamento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a cláusula que consagra a garantia de direitos implícitos decorrentes de nosso regime constitucional (art. 5º, §2º, CF), bem como a natureza principiológica das normas de direito fundamental, que enseja a necessidade de estabelecer um critério para mensurar em que medida tais direitos devem ser atendidos em cada caso. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 304-305; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 77-96; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 167-206.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como expressões sinônimas¹¹⁶, mas predomina no Tribunal a visão de que derivam da cláusula do devido processo legal¹¹⁷.

O primeiro caso de que se tem notícia em que tais princípios foram empregados *explicitamente* pela jurisprudência do STF data de 1976. Apreciava-se, então, a constitucionalidade da exigência de registro profissional para o exercício da profissão de corretor de imóveis, tendo o ministro Rodrigues Alckmin, relator para o acórdão, sustentado que tal exigência era irrazoável, já que o exercício dessa profissão não requeria capacidade técnica que justificasse seu condicionamento à obtenção de um registro específico¹¹⁸. Veja-se, a seguir, trecho do voto do ministro:

A regulamentação dessa profissão [de corretor de imóveis], portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia.

.....

Do exposto se pode concluir:

a) A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional [...]. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.

b) Ainda no tocante a estas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

.....

e) A profissão de corretor de imóveis (que nada tem a ver com as profissões liberais) não exige condições de capacidade técnica para o seu exercício. [...]. Logo, as restrições à liberdade de exercer essa profissão não se justificam pelo critério da razoabilidade e são ilegítimas. [...].

¹¹⁶ Há, contudo, divergência sobre o assunto na doutrina. Para a defesa da fungibilidade entre os dois princípios, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 304-305. Para a diferenciação entre tais princípios, ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 483-492; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 167-206.

¹¹⁷ ADIns 966 e 958, j. 11 maio 1994, DJ 24 maio 1994, Pleno, rel. min. Marco Aurélio. Para outras decisões nesse sentido, cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Op. cit., p. 124-128.

¹¹⁸ Rp. 930, j. 05 maio 1976, DJ 02 set. 1977, Pleno, rel. p/ acórdão min. Rodrigues Alckmin. Para exame da evolução do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Op. cit., p. 475; e BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Op. cit., p. 102 e ss.

Mas a expansão do uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pela jurisprudência, no Brasil, verificou-se após a Constituição de 1988, quando se experimentaram condições institucionais mais favoráveis ao controle judicial dos atos praticados pelo Poder Público. Considera-se razoável o que é “conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia”, o que não é “arbitrário ou caprichoso”; aquilo que corresponde “ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”¹¹⁹. Paulatinamente, passou-se, ainda, a empregar a classificação tripartite do princípio da proporcionalidade, característica da formulação germânica, a qual subdividiu o princípio da proporcionalidade, como método de análise, em três subprincípios: i) o subprincípio da adequação; ii) o subprincípio da necessidade; e iii) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito¹²⁰.

O subprincípio da *adequação* impõe que o ato do Poder Público observe duas condições de validade. Em primeiro lugar, os fins objetivados devem ser legítimos. Além disso, os meios empregados devem ser aptos à consecução de tais fins (exame de congruência). O subprincípio da *necessidade* determina que o Estado opte pela medida menos onerosa para a consecução de determinada finalidade. Seu atendimento depende de uma análise em duas etapas. Primeiro, examina-se se eventuais medidas alternativas promovem o objetivo visado na mesma intensidade. Depois, verifica-se se tais medidas são ou não menos gravosas do que aquela que foi adotada. Finalmente, o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* prevê uma análise comparativa entre os custos e os benefícios gerados pelo ato estatal, estabelecendo que a restrição a determinado bem jurídico, decorrente de uma medida adotada pelo Poder Público, deve ser efetivamente compensada pela promoção do interesse contraposto¹²¹.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 215.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 255-261; MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Op. cit., p. 475; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 467 e ss; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Op. cit., p. 167-206; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹²¹ Para aprofundamento quanto à operação com tais subprincípios, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 470-480 e 519-520; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Op. cit., p. 167-206.

1.3.3.3 Ponderação de bens

A ponderação de bens constitui uma técnica empregada para solucionar conflitos entre normas constitucionais que envolvam a afirmação de valores e que não sejam superáveis pelos métodos e abordagens da hermenêutica tradicional, buscando-se, na medida do possível, otimizar a incidência de tais normas¹²². Através desta técnica, procura-se sopesar os bens em conflito, de forma a acomodar todos os interesses que interferem na solução do problema ou a fim de avaliar qual direito deve prevalecer no caso concreto.

Na jurisprudência norte-americana, tal sopesamento resultou na determinação de parâmetros materiais e de diferentes *standards* para o controle da constitucionalidade, de acordo com o direito em discussão e seu contexto¹²³. Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram critérios instrumentais, com o propósito de organizar o raciocínio empregado na ponderação, de conferir maior racionalidade à interpretação do direito constitucional, de reduzir a discricionariedade judicial e de submetê-la a controle. Neste último país, o principal recurso metodológico utilizado para a racionalização da ponderação corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Essa última concepção foi a que predominou no Brasil¹²⁴. Segundo ela, o peso dos princípios na solução de um caso será sempre relativo porque a decisão deve ser permeada pela ideia de justiça. Em primeiro lugar, o intérprete deve procurar acomodar a incidência dos princípios colidentes e evitar afastar a aplicação de qualquer um deles¹²⁵. Caso isso não seja

¹²² Princípios e valores diferem apenas em virtude do caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. Os princípios são conceitos de “dever”. Ao passo que os valores referem-se ao conceito de “bom” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 153).

¹²³ Segundo Ana Paula de Barcellos, o exemplo mais expressivo do recurso à ponderação na jurisprudência norte-americana corresponde às decisões sobre a liberdade de expressão, em que se definiram *standards* mais ou menos rigorosos de controle de constitucionalidade, conforme se trate de manifestação com objetivo político, cultural ou comercial, ou se refira a restrições envolvendo o conteúdo da mensagem ou apenas o modo, o tempo e/ou o lugar de divulgação (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 81-82). Na mesma linha, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 513 e ss.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 255-261; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 511-530; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 81-82; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹²⁵ A concordância prática foi concebida, na origem, como uma alternativa à ponderação, pois acreditava-se que esta última sempre conduziria ao predomínio de um princípio sobre o outro. Com o tempo, a concordância prática acabou sendo incorporada à ponderação pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 84).

possível, o intérprete estabelecerá o interesse que deve preponderar à luz do caso concreto. Não há uma definição prévia e em tese sobre a forma de solucionar o conflito entre determinados princípios. Não se afirma que, em caso de conflito entre o princípio A e o princípio B, o princípio B sempre deverá preponderar. Entende-se que a decisão sobre um conflito de tal espécie somente pode se dar à luz da demanda concreta e de suas particularidades. Cada causa apresenta fatos diferentes, que podem atrair a incidência de normas diversas, com pesos distintos, que, por sua vez, poderão ensejar uma decisão inédita¹²⁶.

A título de ilustração, o Supremo Tribunal Federal já rejeitou a realização forçada de exame de DNA, em ação de reconhecimento de paternidade, sob o fundamento de que o direito à privacidade e o direito a dispor do próprio corpo, titulados pelo suposto pai, não deveriam ser desconsiderados quando em atrito com o direito da criança de conhecer sua origem genética porque a recusa do pai poderia repercutir no campo probatório, em favor da alegação de paternidade. Com essa solução, segundo o Tribunal, o direito da criança seria atendido sem o sacrifício dos direitos do pai. Afastou-se a realização compulsória do exame, portanto, por se entender que esta medida não era *necessária* para a garantia dos direitos da criança, embora não se tenha feito menção expressa ao subprincípio da necessidade na fundamentação¹²⁷.

Por outro lado, o STF entendeu ser possível a realização forçada de exame de DNA, com base em material coletado da placenta, após o nascimento da criança e depois da separação do material do corpo da mãe, apesar da oposição desta última, sob a afirmação de que o procedimento não era invasivo de seu corpo e, ainda, ao argumento de que a cidadã afirmara que sua gravidez resultaria de estupro ocorrido nas dependências da polícia federal e, nessa situação, o direito à honra dos policiais envolvidos e o direito da comunidade à moralidade e à imagem de suas instituições deveriam *preponderar* sobre o direito à intimidade da suposta vítima. Aludiu-se à necessidade de *ponderação* dos bens em confronto,

¹²⁶ Segundo Alexy, o intérprete estabelece, à luz do caso concreto, uma relação de “preferência condicionada” entre os princípios, afirmando que, “presentes determinadas *condições*”, o princípio “A” prevalece sobre o princípio “B”. Caso as condições se alterem, a relação de prevalência entre os princípios deve ser reavaliada. O enunciado de preferência condicionada é, portanto, o resultado do sopesamento entre princípios colidentes, à luz do caso concreto. Se, por um lado, a alteração das particularidades de um caso poderão ensejar uma relação distinta de preferência, a relação já afirmada em uma demanda específica constitui uma regra a ser observada nos casos idênticos (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 166-179).

¹²⁷ HC 71373, j. 10 nov. 1994, DJ 22 nov. 1996, Pleno, rel. min. Marco Aurélio. Nesse caso, o STF alude ao conflito entre princípios na sua decisão, mas não faz referência expressa à técnica da ponderação.

mas não se chegou a apreciar o assunto à luz do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios¹²⁸.

Em ambos os casos, discutia-se sobre a realização de exame de DNA contra o desejo de um dos genitores. Ambos os casos envolviam o direito à intimidade daquele que se opunha à realização do exame de DNA. No entanto, as decisões proferidas em cada qual foram diferentes, em razão das circunstâncias de fato e do peso reconhecido aos interesses contrapostos.

O recurso à ponderação de bens na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e/ou nos votos de seus ministros serve de fundamento para um amplo conjunto de decisões. Já se afirmou, no que respeita à “farra do boi”, que a colisão entre o direito à preservação cultural e a vedação ao tratamento cruel dos animais, deveria ser decidida em favor desta vedação, embora *sem alusão expressa à proporcionalidade e a seus subprincípios*¹²⁹. Invalidou-se lei que determinou a pesagem dos botijões de gás liquefeito de petróleo à vista do adquirente, por ocasião da venda de cada botijão, sob o fundamento de que a norma estabelecia limitação *desproporcional* ao livre exercício da profissão e configurava medida *inadequada* à proteção ao consumidor, uma vez que as balanças sofreriam desregulagem e desgaste por conta de seu transporte diário aos pontos de venda e, por isso, produziriam medições imprecisas¹³⁰. Declarou-se a inconstitucionalidade de norma que proibiu o plantio de eucalipto para a produção de celulose no Espírito Santo, por se tratar de uma restrição injustificada, dirigida ao plantio para determinada finalidade, que, por isso, limitava a livre iniciativa sem efetivamente proteger o meio ambiente. Com base nestes argumentos, entendeu-se que a proibição era *arbitrária* e, portanto, *irrazoável*¹³¹.

Esclareceu-se que a decisão que autoriza o ingresso de autoridade pública no domicílio do cidadão contra a vontade deste faz um juízo de *ponderação* entre o direito à inviolabilidade de domicílio e o interesse público na persecução criminal¹³². Suspendeu-se antecipação de tutela que autorizava a importação de pneus usados, observando-se, entre outros argumentos, que o conflito entre a proteção ao meio ambiente e o princípio da livre iniciativa deveria ser dirimido de forma a dar-se preferência à tutela ao meio ambiente, tendo em vista as

¹²⁸ Rcl-QO 2040, j. 21 fev. 2002, DJ 27 jun. 2003, Pleno, rel. min. Néri da Silveira.

¹²⁹ RE 153531, j. 03 jun. 1997, DJ 13 mar. 1998, 2ª Turma, rel. p/ acórdão min. Marco Aurélio.

¹³⁰ ADIn 855, j. 06 mar. 2008, DJ 26 mar. 2009, Pleno, rel p/ o acórdão min. Gilmar Mendes.

¹³¹ ADIn 2623 MC, j. 06 jun. 2002, DJ 14 nov. 2003, Pleno, rel. min. Maurício Corrêa.

¹³² HC 79512, j. 16 dez. 1999, DJ 16 maio 2005, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence.

circunstâncias do caso¹³³. Reconheceu-se que o direito de ir e vir pode sofrer restrições para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, afirmando-se a possibilidade de imposição de condições para o relaxamento de prisão preventiva, ainda que ausentes os fundamentos para a manutenção dessa prisão¹³⁴.

Na mesma linha, o STF já autorizou o desaforamento de julgamento pelo tribunal do júri, invocando a *ponderação* entre o princípio do juiz natural e o direito ao julgamento imparcial¹³⁵. E afirmou que nas causas em que se debate o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade dos cidadãos, não se deve conferir primazia absoluta e em tese a um direito específico, devendo-se proceder à *ponderação* entre os direitos, caso a caso¹³⁶.

O Tribunal apreciou, ainda, a discussão sobre a constitucionalidade da lei que dispôs sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias, enfrentando a matéria à luz do direito do embrião à vida e de seu conflito com o direito à liberdade científica e com o direito à saúde e à vida daqueles a quem as pesquisas poderiam beneficiar. Alguns magistrados, como o ministro Menezes Direito e o ministro Eros Grau, afirmaram que o direito do embrião à vida deveria prevalecer, o que ensejaria a inconstitucionalidade da norma. Outros, como o ministro Joaquim Barbosa e o ministro Celso de Mello, defenderam a preponderância da liberdade científica e/ou dos direitos dos possíveis beneficiários das pesquisas. Já o ministro Gilmar Mendes, observou que a validade da norma seria discutível, por regulamentar a pesquisa de forma deficiente, situação que configuraria violação ao princípio da proporcionalidade, por desrespeito à *proibição de proteção insuficiente* dos direitos fundamentais em jogo¹³⁷.

¹³³ STA 118 AgR, j. 12 dez. 2007, DJ 29 fev. 2008, Pleno, rel. min. Ellen Gracie.

¹³⁴ HC 94147, j. 27 maio 2008, DJ 13 jun. 2008, 2ª Turma, rel. min. Ellen Gracie. Entre as condições figuravam a entrega do passaporte e a impossibilidade de ausentar-se do Brasil. Tais condições decorriam do fato de possuir o réu dupla nacionalidade e de já ter estado foragido.

¹³⁵ HC 93.038, j. 05 ago. 2008, DJ 19 dez. 2008, 2ª Turma, rel. min. Joaquim Barbosa. No caso, o desaforamento havia sido recusado sob o fundamento de que o art. 424, CPP autorizava esta medida apenas quando houvesse fundado receio quanto à parcialidade dos jurados, nada dizendo sobre a possibilidade de a autoridade do juiz influenciar o julgamento. No caso, tratava-se de cidade pequena, com apenas um juiz, muito respeitado pela população, juiz este que tinha relações pessoais com a vítima do homicídio.

¹³⁶ ADPF 130, j. 30 abr. 2009, DJ 06 nov. 2009, Pleno, rel. min. Ayres Britto. Nesse último ponto, houve divergência entre o entendimento da maioria e o entendimento do relator, ministro Ayres Britto. O relator parece ter entendido pela impossibilidade absoluta de regulação do “núcleo duro” da liberdade de imprensa pelo Estado. A maioria afirmou a necessidade de avaliação do conflito entre liberdade de imprensa e direitos à imagem e à privacidade caso a caso e rejeitou a tese da impossibilidade absoluta de regulação. É importante observar que, neste caso, a ementa do julgado reflete apenas o entendimento do relator.

¹³⁷ ADIn 3510, j. 29 maio 2008, DJ 28 maio 2010, Pleno, rel. min. Ayres Britto.

Nos casos antes indicados, nem sempre os ministros concordaram que havia realmente uma situação de conflito entre normas constitucionais e, diversas vezes, divergiram sobre como acomodar as normas em tensão ou sobre qual delas deveria prevalecer na situação concreta. Alguns julgados apenas confirmaram o juízo ponderativo que já havia sido efetuado, em alguma medida, pelo legislador infraconstitucional, como ocorreu, por exemplo, no *habeas corpus* em que se discutiu o desaforamento de júri e na ação sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco. O desaforamento do tribunal do júri é medida prevista no art. 424, CPP, e as pesquisas com células-tronco embrionárias foram disciplinadas pela Lei de Biossegurança. Outros votos defenderam a declaração da inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, em razão do conflito entre o princípio que a amparava e outro princípio constitucional que deveria prevalecer. Este foi o caso dos votos dos ministros Menezes Direito e Eros Grau antes narrados.

Tais considerações sugerem que, quando a discussão é articulada com base na existência de conflitos entre princípios e na necessidade de ponderação para solucioná-los, abre-se para os ministros um considerável espaço de discricção, no qual a projeção de convicções e de valores pessoais pode ser inevitável. Observa-se, ainda, que a argumentação desenvolvida com base no princípio da proporcionalidade no âmbito do STF varia de acordo com o caso, com o ministro autor do voto, por vezes não é desenvolvida de forma analítica, com menção aos subprincípios já mencionados, e não reflete necessariamente a sofisticação que marca seu tratamento pela doutrina.

Os críticos da ponderação afirmam que se trata de uma técnica inconsistente, sem um conteúdo claro, ensejadora de um excessivo subjetivismo. E defende-se que o reiterado recurso à razoabilidade e à proporcionalidade colocaria em risco a segurança jurídica e a normatividade dos direitos fundamentais, além de atribuir aos juízes atividade legislativa que desprezaria o princípio da separação dos poderes.

A essa crítica geralmente se opõe a observação de que a indeterminação jurídica não é gerada pela argumentação judicial com base em princípios ou com base na ponderação de valores, mas por fatores alheios à vontade dos juízes, como o recurso do legislador constituinte a cláusulas gerais e a princípios de conteúdo vago e potencialmente conflitante; a transferência de parte das decisões políticas para o Judiciário, em virtude do uso de tais

cláusulas; o compromisso da Constituição com visões de mundo plurais e conflitantes; a complexidade das relações sociais etc.¹³⁸.

Segundo os defensores da ponderação, tais fatores ensejaram a superação da lógica formal e dedutiva, do método silogístico e subsuntivo de interpretação e da afirmação do papel dos juízes como meros aplicadores de normas preexistentes plenamente definidas para a solução dos litígios. Compete ao intérprete a missão de buscar a resposta moralmente mais correta para cada caso. Nessas novas circunstâncias, atribui-se ao juiz um papel criativo. E pretende-se que a ponderação desempenhe um papel de racionalização e de fundamentação de julgados produzidos em uma seara de considerável incerteza¹³⁹.

Ocorre que, em razão da generosidade principiológica da Constituição (e também do seu caráter compromissório)¹⁴⁰, é considerável o conjunto de matérias que pode gerar discussões passíveis de recondução a princípios ou a normas constitucionais colidentes e ensejar julgados com base na técnica da ponderação de interesses. E o uso excessivo da ponderação pode ampliar de forma desmedida o poder e a discricionariedade do STF e abrir caminho para a produção de decisões com elevada carga de subjetividade e pouco deferentes à atuação das instâncias representativas¹⁴¹.

¹³⁸ Sobre as críticas à ponderação e seu enfrentamento, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Op. cit., p. 167-206.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 328-350; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 427-432; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 100-101.

¹⁴⁰ Atribui-se à Constituição de 1988 um caráter compromissório porque seu texto não reflete uma ideologia política específica, resultando, antes, de um compromisso entre os diversos grupos e forças atuantes no processo constituinte.

¹⁴¹ A doutrina tem procurado propor algumas balizas para reduzir a discricionariedade nesses casos. Defende-se, por exemplo, que argumentação jurídica deve sempre reconduzir-se ao texto, justificar a relevância conferida aos fatos, utilizar fundamento jurídico que possa ser generalizado em casos semelhantes e levar em conta as consequências práticas das decisões, com base nos valores consagrados na própria Constituição. Afirma-se, ainda, que as regras constitucionais, em que se presume que o poder constituinte já fez um juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, só devem ser afastadas em situações excepcionais; que alguns princípios (relacionados à ideia de dignidade humana) têm uma precedência axiológica (relativa) sobre outros; e que entre os direitos fundamentais deve-se atribuir uma primazia relativa àqueles relacionados aos pressupostos da democracia e às condições essenciais de vida, se em confronto com direitos de conteúdo meramente patrimonial ou econômico. Outros autores propõem um exame aprofundado e analítico de cada um dos subprincípios envolvidos na ponderação e critérios de deferência às opções do legislador em hipóteses específicas. Cf., exemplificativamente, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., p. 311, 337; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 159-273 e 307; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 524-526; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo

1.4 Considerações finais

Os recursos hermenêuticos identificados com o legalismo têm influência sobre o comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em discussões que se reproduzem em uma multiplicidade de feitos idênticos. De acordo com o levantamento efetuado pela FGV, os recursos passíveis de solução em massa, entre 1988 e 2007, correspondiam a um percentual bastante expressivo dos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. Tanto é assim que a criação da repercussão geral, do procedimento específico para julgamento de recurso repetido e da súmula vinculante, em 2007, ensejou uma redução de 63% do volume de processos recursais distribuídos ao STF, se comparados os números do ano de 2006 com os números do ano de 2009. Pode-se afirmar, assim, que o legalismo não foi irrelevante para a compreensão do comportamento do STF até então. Pode-se afirmar, ainda, que, após 2007, é possível que tal influência tenha se reduzido, mas a persistência de um considerável volume de casos de massa no Tribunal mantém a relevância do legalismo para explicar o comportamento do Supremo ao menos nos processos recursais.

O legalismo constitui, ainda, uma espécie de “teoria oficial” sobre como os casos são julgados – mesmo que não corresponda à compreensão sobre o processo decisório dominante no meio jurídico – porque dispõe de considerável apelo perante o cidadão comum, que espera que os conflitos de interesses sejam decididos “de acordo com a lei” e considera essa abordagem um fator de legitimação das decisões judiciais. Algum nível de formalismo é, ainda, inerente à ideia de Estado de Direito, que pressupõe a contenção da discricionariedade das autoridades públicas pelas normas jurídicas. Por isso, parte das postulações do legalismo permanece em voga.

Exige-se, exemplificativamente, que as decisões judiciais sejam fundamentadas; tais fundamentos geralmente se amparam na Constituição, nas leis e nos precedentes, com base em um sistema de argumentação que é particular ao direito: a argumentação jurídica; as decisões abertamente firmadas apenas em critérios políticos ou subjetivos são incomuns e possivelmente serão criticadas; e critérios jurídicos são invocados para a determinação do sentido das normas e para a aplicação dos precedentes, ainda que a decisão seja tomada com base em outros elementos.

Por outro lado, os casos difíceis e os julgados paradigmáticos tendem a corresponder justamente àqueles em que o direito não se encontra suficientemente determinado à luz dos critérios tradicionais de interpretação ou, eventualmente, àqueles em que as partes trazem argumentos que abrem a possibilidade de alteração de entendimentos pretéritos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, o comportamento do STF não pode ser explicado com base em abordagens meramente legalistas e os recursos hermenêuticos não legalistas não asseguram a produção de decisões pautadas por critérios plenamente objetivos.

2 A PARTICIPAÇÃO DA SUBJETIVIDADE NO COMPORTAMENTO JUDICIAL

2.1 Modelo ideológico: juízes progressistas, conservadores e moderados

Segundo os teóricos do modelo ideológico de comportamento judicial, *a ideologia dos magistrados constitui o elemento central, determinante da decisão judicial*¹⁴². Sobretudo nos casos difíceis, são os valores e as crenças dos juízes que proporcionam a verdadeira explicação para seus votos. As normas jurídicas, os precedentes judiciais, os métodos de interpretação e aplicação do direito, ou seja, o discurso jurídico que fundamenta o julgado é, na verdade, elaborado *a posteriori*, depois de tomada a decisão sobre o mérito da causa e apenas para legitimá-la. Em breves linhas, se um juiz for progressista, independentemente da dogmática jurídica, ele tenderá, ilustrativamente, a julgar a favor do direito de minorias, quando confrontado com o direito à igualdade formal invocado pelas maiorias; ou a favor da proteção ao meio ambiente, em situações de conflito deste valor com a livre iniciativa e com o desenvolvimento econômico. Se for conservador, apresentará o comportamento inverso. As convicções pessoais dos julgadores constituem a chave para a compreensão e previsão das decisões judiciais.

O modelo ideológico é inspirado por ideias oriundas do realismo jurídico, da psicologia, da ciência política e da economia¹⁴³. O realismo jurídico foi uma corrente do pensamento norte-americano articulada nos anos vinte, como reação ao excessivo formalismo do modelo legalista e à fundamentação jurídica artificial das decisões judiciais. Seus estudiosos defenderam uma mudança de foco no estudo do direito. Abandonaram discussões teóricas sobre o que o direito é e sobre como as normas devem ser interpretadas e aplicadas, voltando-se para a compreensão do que efetivamente se passa nos tribunais, ou seja, para a avaliação da realidade judicial através do estudo empírico de como as decisões judiciais são tomadas e de como é possível prevê-las¹⁴⁴.

¹⁴² O conceito de ideologia com o qual o modelo ideológico trabalha e a amplitude que lhe reconhece serão aprofundados ao longo do trabalho. Por ora, pode-se considerar ideologia como o conjunto de ideias e valores determinantes das convicções de cada indivíduo.

¹⁴³ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 86-97.

¹⁴⁴ O realismo jurídico teve por precursores, entre outros, Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Cardozo, Karl Llewelyn e Jerome Frank. Holmes é o autor da citadíssima frase: “o direito é apenas a previsão acerca do que as cortes efetivamente farão e nada mais do que isso” (HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law*. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 991, 1897, p. 994). Para acessar o pensamento dos demais autores antes indicados, cf. CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Nova York: Dover Publications,

Na psicologia, o modelo ideológico inspirou-se nas ideias do behaviorismo, corrente de pensamento que pregava que aquela ciência deveria ter por objeto o estudo do comportamento humano observável (e não de processos mentais internos) e que entendia tal comportamento como uma resposta a eventos e estímulos externos, buscando prevê-lo e controlá-lo¹⁴⁵. Aplicado à ciência política, o behaviorismo implicava a concepção de que esta última deveria ser capaz de antever e de explicar comportamentos sociais, estudando os fenômenos passíveis de observação, quantificando os respectivos dados e buscando “achados” a partir deles, à semelhança das ciências exatas. No que respeita ao comportamento judicial, o movimento influenciava trabalhos destinados a examinar, quantificar e explicar os votos, os dissensos e as tendências ideológicas dos juízes. As características e os valores suscitados por cada ação funcionavam como o estímulo externo e os votos que a julgavam como o comportamento-resposta a ser analisado¹⁴⁶.

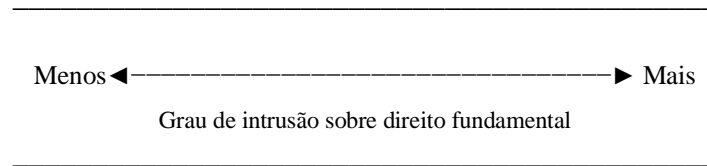
O primeiro modelo detalhado do processo decisório da Suprema Corte sob a perspectiva ideológica foi elaborado por Glendon Schubert, também cientista político. Schubert partiu da convicção de que as características do caso concreto e os valores dos juízes poderiam ser objeto de uma *escala ideológica*. Tal escala implicava organizar as mencionadas características e valores horizontalmente, colocando-os em ordem crescente de grau de intrusão sobre direitos fundamentais, da esquerda para a direita, de forma que os casos menos limitadores dos direitos fundamentais se localizariam mais à esquerda e aqueles mais limitadores de tais direitos, à direita.

2005; LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960; FRANK, Jerome. Are judges human?. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1949, p. 146-156; FRANK, Jerome. Psychological approaches. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Op. cit., p. 157-164; FRANK, Jerome. Justice and emotions. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Op. cit., p. 405-415; FRANK, Jerome. Reason and unreason – ideals. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Op. cit., p. 427-430.

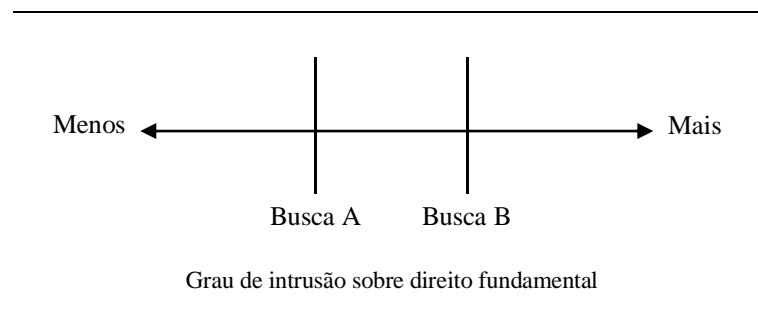
¹⁴⁵ BEHAVIORISM. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysics Research Lab [2010?]. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/behaviorism/#2>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

¹⁴⁶ Um trabalho pioneiro nesta linha foi a obra do cientista político Herman Pritchett, intitulada *The Roosevelt Court*, que buscava identificar as motivações políticas das decisões não unânimes proferidas pela Suprema Corte norte-americana (*The Roosevelt Court: a study in judicial politics and values, 1937-1947*. Nova York: The Macmillan Company, 1948; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 89-91; SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 557).

ESCALA IDEOLÓGICA



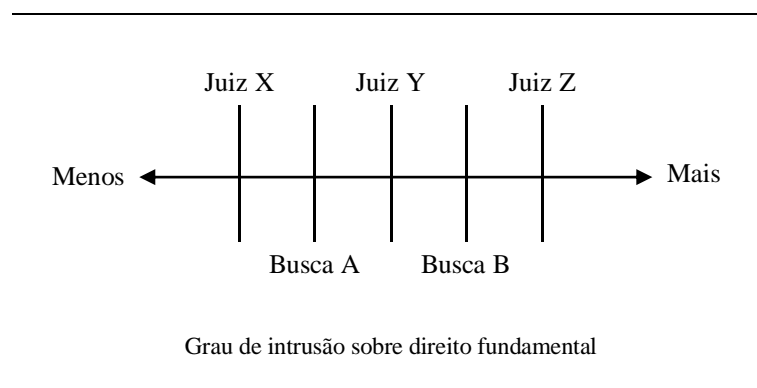
Exemplificativamente, em dois casos de realização de buscas policiais para a obtenção de provas da ocorrência de um crime, em que apenas a primeira busca fosse autorizada judicialmente e a segunda não, poder-se-ia considerar que a primeira busca ocorrera em condições que asseguravam maior proteção à liberdade individual do que a segunda¹⁴⁷. Assim, na escala ideológica proposta, a primeira busca (busca A) ficaria situada à esquerda, porque seria menos limitadora do direito fundamental à privacidade, e a segunda busca (busca B) ficaria à direita, porque mais limitadora do direito antes mencionado. Quanto menos intrusiva fosse uma busca policial, mais à esquerda da primeira busca (busca A) ela deveria ser posicionada, e vice-versa.



Os juízes que decidem sobre a validade de ambas as buscas também podem ser situados ideologicamente em tal escala. Imaginem-se três juízes: o juiz X, o juiz Y e o juiz Z, considerando-se o juiz X progressista, o juiz Y moderado e o juiz Z conservador. Imagine-se, ainda, que o juiz X não reconheceria a validade nem mesmo da busca A, em razão de ser muito rigoroso quanto às condições a serem satisfeitas para que haja justificativa razoável

¹⁴⁷ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 90-91. A 14ª Emenda à Constituição norte-americana impõe a existência de indícios razoáveis de ocorrência de crime como condição para o deferimento de mandados de busca policial. Consideram-se indícios razoáveis um conjunto de fatos e de probabilidades avaliados à luz de considerações práticas, de prudência e de razoabilidade, que constituam mais do que uma mera suspeita acerca da ocorrência e do envolvimento de um indivíduo em um crime e menos do que as evidências necessárias a efetivar sua condenação. A busca policial pode, ainda, ocorrer, excepcionalmente, sem mandado, em condições e situações muito específicas (BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. Op. cit. 6. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1990, p. 1201 e 1350-1351).

para a sua realização. Suponha-se que o juiz Y considerasse válida a busca A, mas inválida a busca B, em vista da ausência de mandado judicial. E que o juiz Z entendesse que ambas as buscas eram válidas, mesmo aquela realizada sem mandado, por ter ocorrido em circunstâncias justificáveis e razoáveis. Nessas condições, o juiz X se localizaria à esquerda da busca A, o juiz Y se colocaria entre a busca A e a B, e o juiz Z se situaria à direita da busca B. As posições ideológicas dos juízes seriam denominadas “pontos ideais” (*i-points*), entendendo-se que um juiz votaria a favor de qualquer busca que se localizasse à esquerda de seu ponto ideal e que se manifestaria contra aquela que estivesse à direita de tal ponto. A decisão final da corte dependeria do posicionamento do caso com relação à maioria dos *i-points* dos juízes¹⁴⁸.



Mais tarde, Harold Spaeth examinou a influência da ideologia no comportamento judicial, agrupando casos caracterizados por objetos e situações semelhantes entre si. Spaeth partiu da convicção de que um mesmo julgador decidiria *casos similares* com base no mesmo *conjunto de valores*, o que permitiria identificar um padrão de decisão para cada juiz a depender do valor envolvido. Os grupos de casos poderiam ser definidos, ilustrativamente, como ações tendo por objeto discussões sobre processo penal, primeira emenda, separação dos poderes e federalismo. Os valores que explicariam as decisões judiciais seriam, por exemplo, a tutela dos direitos de defesa dos acusados, a igualdade, a supremacia judicial e a soberania nacional¹⁴⁹.

¹⁴⁸ SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. *American Political Science Review*, v. 83, p. 557-558; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 89-91; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisus: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Nova York: Cambridge University Press, 1995, p. 59-61.

¹⁴⁹ SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 558; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit.,

Ambos os modelos, o de Schubert e o de Spaeth, partiram do pressuposto de que quando o juiz julga inválido determinado ato estatal, ele não apenas manterá essa atitude em casos similares, como igualmente decidirá de forma negativa sobre quaisquer outras atitudes que representem violações ainda mais graves ao mesmo valor que o magistrado entendeu ter sido desrespeitado na primeira hipótese. A observação das posições assumidas pelo juiz em casos que envolvem avaliações sobre questões semelhantes, com base em tal critério, possibilitaria a previsão do seu comportamento em casos futuros¹⁵⁰.

Os dois modelos buscaram prever e explicar o comportamento judicial a partir de decisões já produzidas. No entanto, foram criticados porque baseavam-se nos votos dos juízes para definir suas inclinações ideológicas e, em seguida, pretendiam comprovar que os mesmos votos eram orientados por tais inclinações. Assim, o método utilizado tinha seu poder de explicação comprometido pelo *problema da circularidade*. Segundo Segal e Cover: “Não se pode demonstrar que a ideologia afeta os votos dos juízes quando a inclinação ideológica desses juízes é definida a partir do mesmo conjunto de votos”¹⁵¹. Tal abordagem equivaleria, por exemplo, a selecionar um conjunto de casos sobre integração de minorias raciais, em que um juiz votou a favor da minoria, concluir que tal juiz é progressista e, na sequência, pretender comprovar que sua posicionamento ideológico influencia suas decisões, recorrendo ao mesmo conjunto de casos com base nos quais se afirmou que aquele juiz é progressista. Era necessário, portanto, buscar uma forma de mensurar a ideologia dos magistrados que fosse independente dos próprios votos cuja expressão ideológica se buscava comprovar¹⁵².

p. 89-91; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Op. cit., p. 59-61.

¹⁵⁰ Esta descrição corresponde a uma explicação simplificada do complexo método de escalonamento cumulativo (*cumulative scaling*) utilizado para a comprovação do modelo ideológico. No escalonamento ideológico, analisam-se o voto proferido pelo juiz em determinada situação, bem como o voto proferido pelos demais juízes no mesmo caso. O número de votos favoráveis e desfavoráveis ao julgamento do caso presta-se à avaliação de quão extrema é a alegada violação de determinado valor jurídico. Essa medida é confrontada com o voto individual do magistrado de forma a verificar-se como este se posiciona no espaço ideológico da corte. A abordagem mais profunda do método depende de conhecimentos de econometria, que fogem ao escopo deste trabalho. Cf., para tal, BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Op. cit., p. 61-64.

¹⁵¹ SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 558.

¹⁵² SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 557-558; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Op. cit., p. 61-64. Segundo Segal e Cover, havia, até então, apenas um trabalho que representava uma tentativa de obter medidas independentes dos valores dos juízes da Suprema Corte. Esse trabalho fora elaborado por Danelski e tinha por objeto a análise de discursos proferidos pelos juízes Brandeis e Butler sobre posições assumidas quanto à matéria econômica, anteriormente à sua indicação

Por fim, a influência da economia sobre o modelo ideológico é creditada às teorias econômicas acerca da aplicação da racionalidade sobre o processo de tomada de decisões políticas e sociais, em especial à teoria das escolhas racionais (*rational choice model*). Segundo esta última, seria possível prever os comportamentos dos agentes porque qualquer indivíduo, e portanto também os juízes, optariam pelas decisões que lhes permitissem melhor alcançar seus objetivos. No caso, o objetivo principal perseguido pelos juízes seria a projeção de suas preferências ideológicas sobre o direito, de forma a influenciá-lo e a aproximá-lo de suas convicções pessoais¹⁵³. Assim, sua conduta seria aquela apta a fazer valer tais preferências.

De fato, no caso da Suprema Corte norte-americana (e também no caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, como se verá adiante), a própria forma de seleção dos juízes que a integração abre caminho a tais aspirações. Os juízes são indicados para a Suprema Corte pelo presidente da República e aprovados pelo Senado, após serem sabatinados neste último. A escolha do candidato pelo presidente se dá com base em sua convergência ideológica com o partido político do primeiro, bem como tendo em vista a perspectiva de sua aprovação pelo Senado, composto por um conjunto ideológico mais heterogêneo. A forma de ingresso dos magistrados na Suprema Corte norte-americana é politizada, atraindo profissionais que combinam aspectos políticos e jurídicos em sua atividade, não surpreendendo, portanto, que a atuação de tais profissionais como juízes não seja politicamente neutra. Se fossem politicamente neutros (se é que isso é possível), não seriam selecionados por um processo que é eminentemente político¹⁵⁴.

2.1.1 Crítérios para definição ideológica dos magistrados

Como já observado, o modelo ideológico se propôs a comprovar empiricamente a participação da ideologia no processo decisório dos magistrados, bem como a, com base nela, prever seus comportamentos futuros. Para tal comprovação, era necessário buscar um método de determinação ou de mensuração da ideologia dos juízes que fosse independente dos próprios votos cuja expressão ideológica se pretendia comprovar. A elaboração desse método

para a Suprema Corte. O objeto do trabalho, contudo, era bastante restrito e, segundo os autores, a confiabilidade dos dados em que se firmou era desconhecida.

¹⁵³ A teoria das escolhas racionais será abordada de forma mais detalhada no capítulo 3.

¹⁵⁴ Nos Estados Unidos da América, grande parte dos juízes estaduais é eleita. Os juízes federais seguem o mesmo padrão dos juízes da Suprema Corte, sendo indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado (POSNER, Richard A. *How judges think*. Op. cit., p. 134-135).

foi muito favorecida pelas configurações do ambiente político norte-americano. O espaço ideológico norte-americano é bastante demarcado e bipartido entre democratas e republicanos, e cada qual desses grupos políticos possui orientações muito bem definidas, atribuindo-se aos democratas as posições mais progressistas em matéria constitucional e aos republicanos as mais conservadoras¹⁵⁵. A avaliação ideológica dos magistrados pressupunha seu posicionamento em tal espaço, de forma a identificá-los com tendências mais progressistas e, portanto, afinadas com as convicções dos democratas, ou com entendimentos mais conservadores, na linha dos republicanos.

Com tal objetivo, alguns estudiosos do modelo ideológico examinaram um conjunto de decisões referentes à aplicação de direitos fundamentais (*civil liberties cases*) e qualificaram como progressistas, nessas matérias, aqueles entendimentos: a favor dos acusados, em processos penais; a favor das mulheres e de minorias raciais, em casos sobre violação ao princípio da igualdade; e contra o governo, em matéria de devido processo legal e de direito à privacidade¹⁵⁶. No que diz respeito a assuntos econômicos (*economic cases*), os votos progressistas foram associados a entendimentos que beneficiavam os sindicatos, em demandas contra indivíduos e contra o governo; a conclusões em prol do governo, quando sua competência regulatória via-se questionada por empresas privadas; e, ainda, a entendimentos favoráveis à concorrência e/ou à configuração de responsabilidade civil por danos e desfavoráveis aos empresários¹⁵⁷.

Observadas tais premissas, dois são os critérios independentes de avaliação ideológica que predominam na literatura: i) a orientação política do partido do presidente que indicou o magistrado (ou do partido integrado pelo juiz); e ii) no caso da Suprema Corte norte-americana, uma escala ou indexação ideológica elaborada a partir da avaliação da ideologia

¹⁵⁵ As publicações norte-americanas sobre comportamento judicial atribuem aos democratas posições “liberais” e aos republicanos, posições conservadoras. A expressão “liberal”, neste caso, designa um conjunto de posições progressistas tendentes a ampliar a proteção de determinados direitos. No entanto, em contexto diverso, a mesma expressão “liberal” pode significar a vinculação a um determinado modelo econômico de Estado mínimo ou de menor intervenção estatal na economia. Para evitar a confusão conceitual, utilizar-se-á, neste trabalho, exclusivamente a expressão “progressista” para designar o conjunto de ideias mais protetivas, que se contrapõem às posições conservadoras em matéria de direitos fundamentais.

¹⁵⁶ SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 557-565; SEGAL, Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. *Journal of Politics*, v. 57, p. 815, 1995. SOLBERG, Rorie. Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, p. 245, jul. 2006.

¹⁵⁷ SEGAL, Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. Op. cit., p. 815.

dos juízes tal como constante de editoriais de jornais publicados antes de sua confirmação pelo Senado¹⁵⁸.

O primeiro método referido acima, relativo à identificação política do juiz com o partido político do presidente que o indicou (ou com o partido de que o próprio juiz é membro) parte do pressuposto de que a seleção dos magistrados pelo presidente tem relação com o interesse do último de influenciar o conteúdo do direito, selecionando profissionais que se aproximem de suas convicções. Com base nesse critério, bastaria levantar os casos pretéritos mais sujeitos a votação ideológica e verificar se o voto proferido pelos magistrados foi convergente com a orientação do partido político em questão. Em caso positivo, estaria comprovada a influência da ideologia sobre o processo de decisão judicial¹⁵⁹.

O segundo método antes mencionado parte de uma indexação ideológica dos juízes da Suprema Corte norte-americana produzida originalmente por Segal e Cover, com base em editoriais de jornal. Tais estudiosos extraíram informações sobre as posições ideológicas dos candidatos a juízes da Suprema Corte norte-americana de quatro jornais de grande circulação, antes da confirmação de seus nomes pelo Senado. Dois desses jornais, o *The Washington Post* e o *The New York Times*, apresentavam tendências progressistas, e os outros dois, *Los Angeles Times* e *Chicago Tribune*, eram sabidamente conservadores. A utilização de apenas quatro jornais foi suficiente para aquele fim, de acordo com os autores, porque as nomeações de juízes para a Suprema Corte no período então estudado (segunda metade do século XX) geravam enorme reação da imprensa. Posteriormente, o estudo foi ampliado por outros estudiosos de modo a abranger outras épocas, recorrendo-se a outros jornais, nos períodos de maior passividade dos meios de comunicação¹⁶⁰.

A partir das informações contidas nos jornais, os juízes foram escalonados ideologicamente entre os seguintes valores: -1 (extremamente conservadores), zero (moderados), +1 (extremamente progressistas). Quanto mais próximo de +1 ou de -1 fosse o

¹⁵⁸ SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court Justices. Op. cit., p. 557-565; SEGAL, Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. *American Political Science Review*, v. 83, p. 557, 1989, p. 812-813; QUINN, Kevin M.; MARTIN, Andrew D. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. *Journal of Law, Economics, and Organization Advance*, 11 maio 2007, p. 3. Disponível em <http://www.law.berkeley.edu/files/prefchange.pdf>. Acesso em 26 set. 2013; ROMERO, Francine Sanders. The Supreme Court and the protection of minority rights: an empirical examination of racial discrimination cases. *Law & Society Review*, v. 34, p. 291, 2000, p. 303.

¹⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 8.

¹⁶⁰ SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court Justices. Op. cit., p. 557-565; SEGAL, Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. Ideological values and the votes of U S. Supreme Court justices revisited. Op. cit., p. 812-823.

índice obtido por um juiz, mais extremas seriam suas tendências ideológicas¹⁶¹. Quanto mais próximo de zero fosse o índice, mais moderada seria a conduta. O índice de cada magistrado foi definido da seguinte forma: i) cada parágrafo das matérias de jornal acerca de cada juiz foi classificado como atributivo de inclinações progressistas, moderadas ou conservadoras, salvo os parágrafos que não revelavam quaisquer inclinações políticas, que foram classificados como não aplicáveis à medição; e ii) após tal codificação, a tendência ideológica (TI) dos juízes foi medida por uma fórmula, segundo a qual: $TI = (\text{progressista} - \text{conservador}) / (\text{progressista} + \text{moderado} + \text{conservador})$ ¹⁶². A avaliação ideológica segundo esse procedimento resultou na indexação que se segue¹⁶³:

Tabela 1 – Indexação ideológica dos juízes da Suprema Corte norte-americana

Juízes	Valores ^a	Votos ^b	Juiz	Valores ^a	Votos ^b
Warren	0,50	78,6	Powell	- 0,67	37,4
Harlan	0,75	43,6	Rehnquist	- 0,91	21,8
Brennan	1,00	79,5	Stevens	- 0,50	64,2
Whittaker	0,00	43,3	O'Connor	- 0,17	35,5
Stewart	0,50	51,4	Scalia	- 1,00	29,6
White	0,00	42,4	Kennedy	- 0,27	36,9
Goldberg	0,50	88,9	Souter	- 0,34	59,9
Fortas	1,00	81,0	Thomas	- 0,68	25,7
Marshall	1,00	81,4	Breyer	- 0,05	61,1
Burger	- 0,77	29,6	Ginsburg	0,36	64,4
Blackmun	- 0,77	52,8			

^a Números atualizados por Segal e Spaeth, a partir do trabalho original de Segal e Cover. A pontuação varia entre -1,00 (extremamente conservador) a 1,00 (extremamente progressista).

^b Percentual liberal em casos de direitos fundamentais (*civil liberties cases*), no período de 1953-1999.

Fonte: Segal e Cover (1989)

Os índices expressos na tabela *supra* revelam a percepção da imprensa e de setores da opinião pública acerca da ideologia dos referidos juízes, e não propriamente a convicção dos próprios magistrados avaliados, já que a pontuação não se baseia nas manifestações destes últimos, mas sim nas reações do público, quando de sua indicação para juízes da Suprema Corte. De todo modo, o modelo demonstrou ter um bom poder explicativo. Qualificou – corretamente, segundo os autores – Fortas, Marshall e Brennan como os juízes mais progressistas; Scalia e Rehnquist como os mais conservadores; e Sandra Day O'Connor como moderada (apesar de ser conservadora na origem), em razão de menções na imprensa, à época

¹⁶¹ Quanto mais extremas as tendências ideológicas, mais previsível é a conduta da autoridade com base no padrão ideológico de “democratas *versus* republicanos”.

¹⁶² Sobre o método de indexação ideológica em questão, cf. SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 559-560.

¹⁶³ Tabela extraída de SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court and the attitudinal model revisited. Op. cit., p. 322.

de sua indicação, de que ela teria manifestado entendimentos em defesa dos direitos das mulheres e do direito ao aborto¹⁶⁴. Esse método, assim como aquele anteriormente descrito, criou uma medida independente da ideologia dos magistrados, que, confrontada com suas decisões, poderia comprovar o acerto do modelo, demonstrando a influência ideológica no comportamento judicial e superando o já mencionado problema da circularidade.

Ainda no que tange ao posicionamento ideológico dos juízes da Suprema Corte norte-americana, desenvolveu-se o conceito de “juiz médio” (*median justice*). Segundo tal conceito, o juiz médio é aquele que se coloca no centro da distribuição ideológica da Corte, sempre que metade de seus juízes tende a proferir decisões conservadoras e a outra metade, decisões liberais. Alega-se que, em uma corte assim polarizada, o juiz médio é o juiz mais poderoso do colegiado, porque o resultado de um caso dependerá do seu voto. Como as preferências políticas de tal juiz médio definirão o entendimento majoritário, ele funciona como um bom termômetro, ou como “o fiel da balança”, nas decisões sobre matérias que preenchem tais condições de polarização ideológica¹⁶⁵. Por outro lado, a alteração da atitude ideológica do juiz médio pode gerar profundas mudanças jurisprudenciais, modificando as inclinações políticas da própria Corte. Por esta razão, tal juiz é designado, igualmente, um “juiz de viradas” (*swing justice*).

Sandra Day O’Connor é um bom exemplo de juiz médio da Suprema Corte norte-americana¹⁶⁶. Ela foi a primeira mulher a integrá-la, por indicação do presidente Reagan. Apresentava tendência originalmente conservadora e serviu à Suprema Corte de 1981 a 2006, predominantemente durante o período em que o *justice* Rehnquist foi seu presidente (*Rehnquist Court*). Apesar de sua tendência ideológica original, O’Connor teve, em sua atuação, um comportamento de centro, bem como importância decisiva em algumas decisões progressistas, sendo então considerada um dos membros mais influentes da Corte¹⁶⁷. Quando

¹⁶⁴ Segal esclarece, ainda, que Harlan e Stewart obtiveram indexação como progressistas porque o debate acerca da indicação destes candidatos para a Suprema Corte se concentrou em um assunto específico que era a grande questão da época: a segregação racial (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 321-322).

¹⁶⁵ Para aprofundamento sobre as condições a serem preenchidas para a configuração do juiz médio, cf. MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; EPSTEIN, Lee. *The median justice on the United States Supreme Court*. *North Carolina Law Review*, v. 83, p. 1275, 2005, p. 1280-1281.

¹⁶⁶ Para indicação dos demais juízes médios da Suprema Corte norte-americana, cf. MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; EPSTEIN, Lee. *The median justice on the United States Supreme Court*, Op. cit., p. 1305.

¹⁶⁷ Cf. MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; EPSTEIN, Lee. *The median justice on the United States Supreme Court*, Op. cit., p. 1308-1309. A influência da possibilidade de revisão de um julgado pela Suprema Corte e a interferência dos demais membros de um colegiado sobre os votos proferidos pelos juízes constituem elementos institucionais aptos a limitar a manifestação ideológica, como se demonstrará no Capítulo 3.

se cogitou sobre sua aposentadoria, alguns autores chegaram a afirmar: “se O’Connor deixar a Corte, o fato corresponderá a um terremoto judicial. Substituí-la por um juiz conservador ou por um progressista afetará o entendimento da maioria em um grande número de matérias”¹⁶⁸.

Ainda no que respeita à medição ideológica dos juízes, é importante notar que as preferências políticas destes podem variar ao longo do tempo¹⁶⁹. Um caso marcante, que comprova esta assertiva, constitui a virada ideológica apresentada pelo *Justice* Blackmun. Blackmun foi indicado para a Suprema Corte em 1970, pelo presidente Nixon, juntamente com o *Justice* Burger, e, originalmente, era considerado o segundo juiz mais conservador da Suprema Corte, ficando atrás apenas de Burger. No entanto, com as alterações sofridas na composição da Corte entre os anos 1980 e 1990, Blackmun distanciou-se de Burger e tornou-se um de seus membros mais progressistas, tendo sido responsável pela redação do voto da maioria no histórico caso *Roe v. Wade*, em que se reconheceu o direito da mulher à interrupção de uma gravidez indesejada, caso este que representou uma grande vitória dos progressistas¹⁷⁰.

Embora a alteração ideológica experimentada por Blackmun constitua um precedente extremo, sem paralelo na Suprema Corte, a literatura registra que variações ideológicas em menor grau são muito comuns entre seus juízes. Um estudo de Epstein e de outros colaboradores examinou a ocorrência de alterações nas tendências ideológicas dos dezesseis juízes que integraram a Suprema Corte por dez ou mais períodos de judicatura, entre 1937 e 1993, tendo verificado que apenas sete juízes, em um total de dezesseis membros, não apresentaram alteração em suas preferências¹⁷¹. Martin e Quinn, empregando métodos

¹⁶⁸ MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; EPSTEIN, Lee. The median justice on the United States Supreme Court, Op. cit., p. 1312. Já Solberg observou: “Justice O’Connor, que começou como membro da ala conservadora da Suprema Corte norte-americana, nunca se afasta muito do centro ideológico daquela Corte. De fato, não raramente O’Connor funciona como um guia sobre a decisão final a ser tomada. Sua tendência de reconhecer ou não a constitucionalidade da situação levada a exame normalmente coincide com o entendimento que será alcançado pelo colegiado, quando da agregação dos entendimentos individuais dos membros da Corte (SOLBERG, Rorie Spill. Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court. Op. cit., p. 259).

¹⁶⁹ A própria *justice* O’Connor, com o tempo, passou a apresentar inclinações progressistas (SOLBERG, Rorie Spill. Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, p. 237, jul. 2006, p. 259; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; EPSTEIN, Lee. The median justice on the United States Supreme Court. Op. cit., p. 1309-1311).

¹⁷⁰ BAUM, Lawrence. Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior. Op. cit., p. 151-155; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 4 e ss.

¹⁷¹ Os juízes que não teriam apresentado alteração ideológica segundo o estudo seriam: Brennan, Burger, Burton, Harlan, Jackson, Marshall e Stewart (EPSTEIN, Lee; HOEKSTRA, Valerie; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. Do political preferences change: a longitudinal study of U.S. Supreme Court justices. *The Journal of Politics*, v. 60, n. 3, p. 801-818, ago. 1988, p. 812).

diferenciados de análise empírica, constataram alterações ideológicas ainda maiores na Suprema Corte, afirmando que apenas dois juízes não apresentaram mudanças significativas de orientação ao longo do tempo.¹⁷² Em virtude disso, concluíram que quase todos os juízes apresentam alterações ideológicas estatisticamente relevantes no curso de suas carreiras¹⁷³.

No entanto, a indexação ideológica elaborada por Segal e Cover e o critério do partido político – os dois métodos independentes de mensuração da ideologia descritos acima – constituem medidas inaptas a contemplar as mudanças ideológicas dos juízes, pois baseiam-se exclusivamente em tendências constatadas no momento de seu ingresso na Suprema Corte. A alteração das preferências dos juízes geralmente é verificada a partir da análise dos votos proferidos em determinado lapso temporal, confrontando-se tais resultados com a sua tendência ideológica original. Martin e Quinn aplicam, para tais fins, um modelo pelo qual os pontos ideológicos ideais (*i-points*) de cada juiz são fixados por período de funcionamento da Suprema Corte e confrontados. Obviamente, esse recurso constitui um bom medidor da variação das convicções dos juízes, mas não se presta à comprovação da participação da ideologia nas decisões judiciais, porque essas decisões foram, justamente, utilizadas na obtenção dos aludidos pontos ideológicos ideais, voltando-se, com isso, ao já mencionado problema da circularidade¹⁷⁴.

2.1.2 Estudos empíricos

As considerações acima constituíram o ponto de partida para a elaboração de estudos empíricos que comprovassem a proficiência do modelo ideológico para explicar e prever o comportamento judicial. A indexação produzida por Segal e Cover, e posteriormente atualizada por Segal e Spaeth, foi utilizada para examinar a influência da ideologia dos juízes da Suprema Corte sobre suas decisões em matéria de direitos fundamentais (*civil liberties issues*) entre os anos de 1953 e 1999, tendo-se verificado uma convergência entre as decisões

¹⁷² Aqueles que não teriam apresentado mudanças ideológicas, de acordo com este segundo estudo, seriam os *justices* Burton e Stewart (MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 13).

¹⁷³ MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 13. Cf., também, sobre alterações ideológicas na Suprema Corte: SHAUER, Frederick. Incentives, reputation and the inglorious determinants of judicial behavior. *Cincinnati Law Review*, v. 68, p. 615-636, 2000, p. 625-626; BAILEY, Michael; CHANG, Kelly H. Comparing Presidents, Senators and Justices: interinstitutional preference estimation. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 17, p. 477, 2001, p. 479.

¹⁷⁴ MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 16-18.

e as inclinações ideológicas – progressistas ou conservadoras – dos magistrados na ordem de 76% (setenta e seis por cento), comprovando-se as premissas do modelo ideológico¹⁷⁵. Em outro estudo produzido por Segal e Spaeth, foram examinadas as decisões proferidas entre 1962 e 1998 sobre a validade de procedimentos de busca policial, tendo-se constatado que o método foi capaz de prever corretamente 71% (setenta e um por cento) dos votos¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Já no que concerne à participação da ideologia nos processos decisórios de tribunais infraconstitucionais, destacam-se os estudos produzidos por Richard Revesz, Frank Cross e Emerson Tiller, que tomaram o partido político como base para a medição ideológica¹⁷⁸. O trabalho de Revesz debruçou-se sobre o exame das decisões judiciais que tinham por objeto o questionamento da validade de atos praticados pela Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency – EPA*). O autor examinou os julgados proferidos no Distrito de Columbia e verificou que as causas ajuizadas por industriais que impugnavam tais atos com base em argumentos exclusivamente processuais tinham uma probabilidade de êxito que variava entre 54% (cinquenta e quatro por cento) e 89% (oitenta e nove por cento), em caso de órgãos colegiados com maioria republicana de juízes; e entre 2% (dois por cento) e 13% (treze por cento), quando os órgãos colegiados contavam com maioria democrata¹⁷⁹.

¹⁷⁵ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 320-323. A indexação original produzida por Segal e Cover cobria as decisões sobre direitos fundamentais proferidas entre 1953 e 1988, tendo-se chegado a uma correspondência de 80% (oitenta por cento) entre os valores ideológicos dos juízes, conforme tal indexação, e seus votos. Posteriormente, a indexação foi atualizada, passando a cobrir o período de 1953 a 1999. Para esse novo período, a correspondência entre valores e votos foi de 76% (setenta e seis por cento), como mencionado.

¹⁷⁶ O modelo define, a partir da indexação ideológica, os pontos de equilíbrio ideológico de cada qual dos juízes, no que respeita a buscas policiais, assumindo que eles votarão para manter qualquer busca menos restritiva de direitos individuais e, portanto, situada à esquerda de seu ponto de equilíbrio; e que votarão para anular as buscas mais restritivas, situadas à direita de seus pontos de equilíbrio (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 325).

¹⁷⁷ Para outros levantamentos, cf. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257, 2005, p. 273. Ver, ainda, sobre o tema, MILES, Thomas J.; SUSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron. *University of Chicago Law Review*, v. 73, p. 823, 2006, p. 823; BENESH, Sara C.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court justice-centered judicial databases: the Warren, Burger, and Rehnquist Courts 1953-2000. Disponível em <http://artsandsciences.sc.edu/poli/juri/flpdcdebk.pdf>. Acesso em 26 set. 2013, p. 20-22; MILES, Thomas J.; SUSTEIN, Cass R. The new legal realism. Chicago: University of Chicago, 2007. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283###. Acesso em 26 set. 2013, p. 13.

¹⁷⁸ Para uma detalhada descrição dos estudos e discussões contidos nos mencionados trabalhos e nos que os sucederam, cf. SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, v. 99, p. 743, 2005, p. 748 e ss.

¹⁷⁹ REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. *Virginia Law Review*, v. 83, p. 1717, 1997, p. 1763.

Observou-se, contudo, que a mesma variação ideológica não ocorria em casos nos quais a validade das decisões era discutida com base em seu conteúdo e não com base em argumentos processuais. Tal particularidade foi atribuída ao fato de que, no caso de questionamentos processuais, a probabilidade de revisão pela Suprema Corte era muito baixa, concluindo-se que a ideologia tem papel mais importante nos julgados que não serão submetidos à revisão pela Suprema Corte. A possibilidade de revisão judicial da decisão funcionava, portanto, como um inibidor da manifestação ideológica. Esclareceu-se, por fim, que o voto dos juízes mostrou-se altamente influenciado pelas convicções dos demais membros constantes do colegiado. Naqueles órgãos compostos por juízes vinculados a um mesmo partido, havia maior disposição à votação ideológica, produzindo-se decisões mais polarizadas, ou seja, mais progressistas ou conservadoras¹⁸⁰.

Cross e Tiller, por sua vez, examinaram demandas em que se discutia a validade das interpretações de agências administrativas acerca de normas legais, tendo verificado que um órgão colegiado apresentava uma tendência 31% (trinta e um por cento) maior de manter a interpretação da agência, se o teor desta se mostrasse consistente com as preferências políticas da maioria do colegiado, fosse a agência formada por democratas ou por republicanos. Verificou-se, contudo, que não apenas a ideologia mas também as normas jurídicas tinham um importante papel na tomada de decisão. Especialmente no caso de órgãos colegiados heterogêneos, constatou-se que a presença do juiz ideologicamente minoritário constituía um moderador dos entendimentos. Nos colegiados heterogêneos, as normas jurídicas demonstraram ter um papel mais contundente, e os juízes tenderam a mostrar-se menos dispostos a uma atuação puramente ideológica¹⁸¹.

Mais tarde, Revesz publicou um novo estudo avaliando os julgados da Corte do Distrito de Columbia sobre decisões proferidas por vinte agências federais entre os anos de 1970 e 1986, acerca de questões de saúde e de segurança, e verificou que aqueles que questionaram tais decisões administrativas pleiteando critérios regulatórios mais rigorosos obtiveram êxito em 50,3% dos casos apreciados por órgãos de maioria democrata, e foram bem-sucedidos em apenas 27,8% dos casos examinados por órgãos de maioria republicana¹⁸².

¹⁸⁰ REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. Op. cit., p. 1719 e ss.

¹⁸¹ CROSS, Frank P.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistleblowing on the Federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, v. 107, p. 2155, 1998, p. 2171 e ss.; cf., ainda, PINELLO, Daniel R. Linking party to judicial ideology in American courts: a meta-analysis. *Justice System Journal*, v. 20, p. 219, 1999, p. 219 e ss.

¹⁸² REVESZ, Richard L. Congressional influence on judicial behavior? An empirical examination of challenges to agency action in the D.C. circuit. *New York University Law Review*, v. 76, p. 1100, 2001.

A constatação da influência da ideologia no comportamento judicial levou Cross e Tiller a sugerirem uma alteração na composição dos órgãos colegiados federais, de modo a garantir que tanto juízes indicados por presidentes democratas quanto aqueles indicados por republicanos estivessem presentes em tal composição¹⁸³. Posteriormente, Cross publicou outro estudo empírico que buscou analisar decisões proferidas ao longo de mais de sessenta anos em cortes federais, com o fim de testar a adequação descritiva dos diferentes modelos de comportamento judicial. Suas análises demonstraram, mais uma vez, que a ideologia constituía um importante elemento de influência para a formação da convicção dos juízes, embora, no entendimento do autor, as normas jurídicas tivessem maior relevância na explicação dos julgados¹⁸⁴.

Cass Sunstein e outros colaboradores examinaram 6.408 (seis mil quatrocentas e oito) decisões publicadas por órgãos colegiados federais (infraconstitucionais) e 19.224 (dezenove mil duzentos e vinte e quatro) votos de juízes federais deles integrantes, envolvendo uma ampla gama de matérias, com o propósito de examinar o papel da ideologia nas decisões proferidas por tais órgãos e seus magistrados¹⁸⁵. Em casos pertinentes a ações afirmativas, julgados entre 1978 e 2004, em que se discutia a validade de programas governamentais que tinham o propósito de favorecer grupos raciais minoritários, verificou-se que 47% (quarenta e sete por cento) dos votos dos juízes republicanos foram favoráveis à manutenção dos programas, ao passo que 75% (setenta e cinco por cento) dos votos dos juízes democratas confirmavam a validade desses.

Em casos de discriminação sexual, entre 1995 e 2004, os percentuais de votação progressista foram de 35% (trinta e cinco por cento) para republicanos e de 52% (cinquenta e dois por cento) para democratas. No que respeita a ações de assédio sexual, a proporção foi de 40% (quarenta por cento) de votos a favor dos autores pelos juízes republicanos contra 55% (cinquenta e cinco por cento) dos votos no mesmo sentido por democratas. Em matéria de discriminação em razão de deficiência física, entre 1998 e 2004, os juízes republicanos reconheceram a procedência do pedido em 27% (vinte e sete por cento) dos casos apreciados, ao passo que os democratas o fizeram em 43% (quarenta e três por cento) deles. Em discussões sobre o direito de veicular pornografia, travadas a partir de 1957, a distribuição

¹⁸³ WALD, Patricia M. A response to Tiller and Cross. *Columbia Law Review*, v. 99, p. 235, 1999.

¹⁸⁴ CROSS, Frank B. Decision-making in the U.S. circuit Courts of Appeals. *California Law Review*, v. 91, p. 1459, 2003.

¹⁸⁵ SUNSTEIN, Cass R. et al. Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary. Op. cit., p. 24 e ss.

ideológica foi de 27% (vinte e sete por cento) de votos por parte dos republicanos contra 36% (trinta e seis por cento) de manifestações democratas reconhecendo tal direito.

Em casos sobre segregação racial, as decisões exaradas entre 1945 e 1985 revelam que os republicanos votaram contra a segregação em 65% (sessenta e cinco por cento) dos casos, ao passo que os democratas votaram nesse sentido em 74% (setenta e quatro por cento) dos casos. No que tange a demandas ajuizadas por afrodescendentes com base no Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), igualmente por discriminação racial, registrou-se o percentual de 34% (trinta e quatro por cento) de votos favoráveis a grupos minoritários proferidos pelos republicanos e de 43% (quarenta e três por cento) de votos favoráveis proferidos por juízes democratas. As normas restritivas sobre financiamento de campanhas eleitorais receberam julgamentos favoráveis pelos republicanos, em amostras colhidas a partir de 1976, em 30% (trinta por cento) dos casos, e pelos democratas, em 44% (quarenta e quatro por cento) deles.

As impugnações a normas estaduais invocando a vedação constitucional à produção de leis que interfiram ou fragilizem obrigações contratuais, julgados entre 1977 e 2004, foram acolhidas em 25% (vinte e cinco por cento) dos votos de juízes republicanos e em 31% (trinta e um por cento) dos votos dos juízes democratas, sendo importante observar que as alegações com base em tal disposição são comuns em casos patrocinados por sindicatos, que encontram melhor acolhida entre os progressistas. Em matéria de desconsideração da personalidade jurídica, a proporção foi de 25% (vinte e cinco por cento) e 39% (trinta e nove por cento) de votos favoráveis à medida, respectivamente, para juízes republicanos e democratas.

Em ações em que se discutia se as agências administrativas consideraram adequadamente os impactos ambientais de suas próprias ações, com base na Lei de Política Ambiental (*National Environmental Policy Act – NEPA*), julgadas entre 2001 e 2004, os juízes republicanos votaram a favor daqueles autores que requeriam medidas pró-meio ambiente 20% (vinte por cento) das vezes, ao passo que os democratas votaram em tal sentido 43% (quarenta e três por cento) das vezes. Situação semelhante ocorreu nas discussões sobre as interpretações da Comissão Nacional de Relações Trabalhistas (*National Labor Relations Board – NLRB*) acerca da Lei de Relações Trabalhistas (*National Labor Relations Act*), em que se verificou um padrão polarizado de votação, pelo qual os democratas votaram de forma progressista em 57% (cinquenta e sete por cento) das situações, ao passo que os juízes republicanos o fizeram em apenas 37% (trinta e sete por cento) delas.

Ainda no que diz respeito à apreciação das interpretações produzidas pelas agências administrativas, um estudo envolvendo decisões proferidas a partir de 1990 pela NEPA, pela

NLRB e, ainda, pela Comissão de Comunicação Federal (*Federal Communications Commission – FCC*) demonstra que os juízes federais de vinculação republicana apresentam tendência maior a manter interpretações produzidas durante gestões republicanas do que durante gestões democratas, e vice-versa. Tendência idêntica foi verificada na Suprema Corte, onde juízes conservadores apresentam maior deferência para com as decisões administrativas proferidas durante a administração do presidente Bush (republicano), em detrimento daquelas provenientes da administração do presidente Clinton (democrata), e vice-versa. No entanto, constatou-se que a ideologia não tem participação no comportamento judicial relacionado a algumas matérias, como expropriação de bens, legitimidade ativa para a propositura de ações (*standing*) e poder do Congresso de estabelecer normas sobre o comércio interestadual em face dos estados (*commerce clause*)¹⁸⁶.

Os estudos empíricos antes descritos e inúmeros outros comprovaram que a ideologia tem um papel muito importante no comportamento judicial, especialmente em algumas matérias em que as referências legais são mais tênues e, portanto, nas quais as particularidades do caso abrem um substancial espaço de discricção para os juízes, desafiando-os a fazer escolhas com base em convicções pessoais.

2.1.3 Críticas aos métodos de análise empírica

Diversas críticas são dirigidas aos métodos de análise empírica e às próprias formulações do modelo ideológico. Alega-se que a ideologia não se resume a vinculações partidárias; que um juiz pode ter afinidade com algumas ideias defendidas por determinado partido, ser indicado para juiz por tal razão, mas que sua subjetividade abrange um conjunto muito mais amplo de experiências, valores e referências, que integram o seu *background* e que constituem a verdadeira explicação não apenas de seu comportamento judicial, mas de sua identificação com algumas ideias democratas ou republicanas. Além disso, afirma-se, a rotulação de juízes como “conservadores” ou como “progressistas” desprezaria nuances e particularidades presentes na vida real, sendo raro encontrarem-se juízes que se enquadrem perfeitamente em uma classificação ideológica tão estereotipada.

Ainda no que envolve o recurso ao critério partidário para medição das tendências ideológicas do magistrado, pondera-se que nem sempre o presidente indica um juiz perfeitamente convergente com suas próprias convicções, quer porque essa autoridade pode se

¹⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. et al. Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary. Op. cit., p. 48 e ss.

equivocar quanto ao conjunto mais amplo de posições e atitudes de tal magistrado, quer porque sua indicação submete-se à aprovação do Senado, que constitui um universo ideológico mais heterogêneo. Para viabilizar a aceitação de sua indicação, o presidente pode se ver na contingência de buscar um candidato mais moderado do que gostaria, a depender da conformação ideológica do Senado.

Já no que se refere à indexação ideológica criada por Segal e Cover, é fato que ela se baseia na visão da imprensa e de grupos de interesse politicamente relevantes sobre as convicções ideológicas dos magistrados. No entanto, como é intuitivo, sempre haverá uma diferença entre como um juiz é percebido pelo público ou por grupos específicos e como ele efetivamente pensa. Tal indexação encontra-se, portanto, sujeita a imprecisões e distorções. A título de ilustração, um juiz conservador pode vir a ser considerado progressista e ter sua indicação combatida por grupos conservadores, por possuir uma posição particular a respeito de determinado assunto que foge ao padrão conservador. As grandes questões do momento, envolvendo os direitos de alguma minoria e grupos de interesse específicos, fazem, por vezes, com que determinado entendimento, que não é representativo das crenças do candidato como um todo, ganhe muito relevo na mídia. Um exemplo concreto disso foram as reações negativas de alguns grupos conservadores à indicação de Sandra Day O'Connor para a Suprema Corte. Como já se observou, tratava-se sabidamente de uma juíza conservadora, mas que havia revelado posições progressistas com relação aos direitos das mulheres.

Não é rara a observação de que a projeção de preferências ideológicas pode não ser o único objetivo de ordem pessoal perseguido pelo juiz. Ele, como qualquer ser humano, possui ambições e desejos pessoais que também podem interferir em suas decisões. Assim, interesses como a obtenção de promoção para cortes superiores, o reconhecimento entre seus pares, preocupações com reputação e prestígio, antipatias por partes e advogados, desentendimentos ou amizades com colegas de corte, segurança pessoal e medo do ridículo, entre outros, são fatores que podem vir a estimular determinados comportamentos. Por outro lado, a necessidade de dispor de tempo para se dedicar a outras atividades, como, por exemplo, atividades acadêmicas, pode eventualmente estimular o juiz a decidir mais mecanicamente ou a entregar determinados casos a seus assessores¹⁸⁷.

As considerações acima são, em alguma medida, reconhecidas pelos próprios teóricos do modelo ideológico. A utilização do partido político ou da indexação ideológica de Segal e

¹⁸⁷ CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, v. 92, p. 251-326, 1997, p. 296-297; POSNER, Richard A. *How judges think*. Op. cit., p. 35 e ss.

Cover para avaliar as tendências dos magistrados constituiu uma tentativa de obter uma medida independente dos entendimentos destes, que não fosse extraída dos próprios casos cujas decisões se pretendia explicar. Por uma questão de rigor metodológico, evitou-se recorrer aos próprios votos produzidos pelos juízes para justificar suas decisões. Ademais, não se nega que os magistrados possam e que alguns, possivelmente, busquem atender a outros interesses de ordem pessoal em suas decisões.

A análise empírica proporcionada pelo modelo ideológico constitui uma simplificação da realidade efetivamente examinada. O que se busca com tais estudos empíricos não é explicitar todas as variáveis subjetivas capazes de influenciar uma decisão. Quanto mais variáveis, mais complexo e mais sujeito a interpretações (e a distorções) é o exame empírico. O que se pretende é isolar o elemento que apresenta o melhor potencial explicativo do comportamento dos juízes e testá-lo. Nesse sentido, os estudos empíricos realizados confirmam as alegações do modelo ideológico. Os resultados obtidos a partir da avaliação da ideologia com base no partido político e na indexação apresentada acima demonstram que ambos são instrumentos aptos a tais fins, ainda que dotados de alguma imprecisão.

Outra crítica importante diz respeito ao fato de que a utilização da indexação ideológica de Segal e Cover ou do critério do partido político nos estudos empíricos do modelo ideológico parte do pressuposto de que as tendências ideológicas dos juízes não variam ao longo do tempo, uma vez que tais métodos de aferição ideológica baseiam-se unicamente nas informações disponíveis sobre os magistrados no momento de sua indicação para a Suprema Corte. De fato, a invariabilidade ideológica dos juízes não corresponde à realidade, como já foi demonstrado acima. No entanto, ela é menos uma premissa assumida pelo modelo e mais o resultado da tentativa de contornar o problema da circularidade já aludido. Os métodos disponíveis que escapam a tal problema são justamente aqueles antes referidos, que produzem uma avaliação ideológica estática. De todo modo, a constatação de que as preferências ideológicas dos magistrados são passíveis de alteração ao longo do tempo demonstra que o momento de julgamento de uma causa é extremamente importante para seu resultado final, ainda que mantida estável a composição da Corte e, efetivamente, expõe uma limitação do emprego da indexação de Segal e Cover ou do partido político para o desenvolvimento de estudos empíricos, em especial nos casos de juízes que se afastaram muito de suas preferências originais¹⁸⁸.

¹⁸⁸ MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 16-18; EPSTEIN, Lee; HOEKSTRA, Valerie; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. Do political preferences change? A longitudinal study of U.S. Supreme Court justices. Op. cit., p. 801-818.

Alguns críticos observam, ainda, que parte de tais estudos empíricos não considera a circunstância de que o desfecho dos casos eleitos como objeto de análise também poderia ser justificado com base em argumentos legalistas, deixando-se de controlar essa variável e de informar sobre a existência de precedentes ou de normas que poderiam justificar a decisão. No entanto, o modelo ideológico parte do pressuposto de que se o direito fosse suficiente para explicar uma decisão, não se verificaria um padrão de divergência muito acentuado entre juízes de vinculações ideológicas distintas. É justamente tal divergência nas votações que se procura explicar com base na ideologia.

Argumenta-se que o número de decisões utilizadas para testar as hipóteses do modelo ideológico é, em alguns casos, muito pequeno. A generalização de conclusões a partir de um grupo de entendimentos judiciais muito restrito poderia conduzir a equívocos.

Observa-se, em especial no que diz respeito às decisões infraconstitucionais federais norte-americanas, que grande parte das análises empreendidas se baseia apenas em julgados publicados. Ocorre que, em tais instâncias, uma grande massa de decisões e de votos não chega a ser publicada, e aqueles que o são, de hábito, têm por objeto questões controvertidas ou inéditas, cujo deslinde se leva a público em virtude de seu potencial como precedente para a orientação de condutas futuras. Neste passo, procurar analisar a participação da ideologia exclusivamente com base nas decisões sobre questões controvertidas ou publicadas levaria a um superdimensionamento da participação das preferências políticas dos magistrados no comportamento judicial, porque o exame estaria concentrado nos assuntos em que o direito ainda está indefinido, desconsiderando-se a maioria dos casos mais simples, que são julgados tão somente com base em razões jurídicas¹⁸⁹.

Como demonstrado no capítulo anterior, problema semelhante ocorre com as análises de decisões da Suprema Corte. De modo geral, as análises empíricas são voltadas para os casos paradigmáticos julgados pela Corte, que despertam maior interesse nos estudiosos, e deixam-se de lado as causas mais simples. Quando isso ocorre, opta-se por testar a adequação descritiva do modelo ideológico justamente sobre os casos em que o direito se encontra mais indeterminado e, portanto, nos quais algum nível de subjetividade por parte dos juízes tende a ser inevitável. Por isso, as conclusões de estudos conduzidos dessa forma devem se limitar ao

¹⁸⁹ MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. Op. cit., p. 7 e ss.; SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie A. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. *American Journal of Political Science*, v. 40, n. 4, p. 1049, 1996, p. 1053-1054 e 1058; WALD, Patricia. A response to Tiller and Cross. Op. cit., p. 244 e ss.; TAHA, Ahmed E. Judge shopping: testing whether judges' political orientation affect case filings. *University of Cincinnati Law Review*, v. XX, p. 101-130, 2010, p. 104 e ss.; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. Op. cit., p. 773.

processo decisório dos casos paradigmáticos. Não devem ser generalizadas como uma descrição abrangente do comportamento da Suprema Corte em todos os casos¹⁹⁰.

Além disso, as conclusões sobre a participação da ideologia no processo decisório da Suprema Corte não devem ser generalizadas para todo o Judiciário federal, e vice-versa, já que o conjunto de casos apreciados naquela, por se tratar de corte constitucional da mais alta hierarquia, tende a abranger as matérias que levantam maiores discussões. Tal conjunto não é representativo dos casos decididos nas demais instâncias, cuja massa muitas vezes é solucionada de acordo com normas e precedentes já existentes. Pela mesma razão, deve-se ter em conta que as conclusões sobre a importância do *stare decisis* nas cortes inferiores não refletem o comportamento judicial da Suprema Corte¹⁹¹.

A validade de estudos específicos e de suas conclusões é questionada, em algumas situações, por não contemplar um detalhamento adequado dos fatos, o que poderia interferir na compreensão do resultado. Outros trabalhos são criticados por estabelecerem categorias dicotômicas muito rígidas ou inadequadas: a identificação da participação das preferências dos magistrados na decisão judicial passa sempre por estabelecer hipóteses comportamentais e vinculá-las a determinado perfil ideológico. Por exemplo, se o juiz votar contra o deferimento de *habeas corpus* a um réu primário, pode-se entender que ele apresenta tendências conservadoras. No entanto, sua conduta pode ser a expressão de adesão a precedentes ou uma reação a particularidades do caso que justificavam a restrição à liberdade do impetrante. A definição de categorias inadequadas pode comprometer a conclusão dos estudos.

Outros desvios são associados à seleção de grupos de casos muito amplos ou muito limitados para a comprovação da participação da ideologia no julgamento de determinada matéria. A título de ilustração, os resultados serão possivelmente diversos caso se pretenda comprovar a influência da ideologia no julgamento de casos de discriminação contra grupos minoritários, utilizando-se, para tal, as decisões proferidas por todos os juízes federais em todos os casos de grupos minoritários, ou recorrendo-se, mais restritamente, aos julgados de juízes afrodescendentes acerca da discriminação de afrodescendentes em relações de emprego¹⁹².

¹⁹⁰ Cf. item 2.2. do capítulo 1.

¹⁹¹ CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. Op. cit., p. 251-326, 1997, p. 289.

¹⁹² FARNHANG, Sean. WAWRO, Gregory. Institutional dynamics on the U.S. Court of Appeals: minority representation under panel decision-making. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 20, p. 299, 2004., p. 302-303; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. Op. cit., p. 771 e ss.

Todas as observações acima demonstram que os estudos empíricos quantitativos, apesar de sua grande relevância e de seu poder explicativo, têm limitações. A apreensão plena da participação das preferências pessoais dos magistrados depende igualmente de análises qualitativas de seus votos. Não é apenas o dispositivo de uma decisão que constitui uma escolha ideológica¹⁹³. Os fundamentos jurídicos utilizados por um magistrado para decidir também expressam tais preferências. Quando o Judiciário julga uma questão altamente controvertida na sociedade de forma unânime, isso não significa forçosamente que inexistem divisões ideológicas na corte sobre o tema.

Como ficará claro mais adiante, uma decisão contra a discriminação em razão da orientação sexual pode ser unânime quanto a reconhecer os casais homoafetivos como entidade familiar. No entanto, os juízes podem divergir quanto aos fundamentos de tal reconhecimento, afirmando a igualdade plena entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas ou apenas a igualdade parcial. As divisões ideológicas estarão expressas na posição mais progressista ou mais conservadora adotada na fundamentação dos votos pelos juízes, no que se refere aos limites do reconhecimento da igualdade entre as mencionadas uniões. Tais limites se refletirão na aplicação integral do regime jurídico que rege as uniões heteroafetivas às uniões homoafetivas ou em sua aplicação parcial. O mero exame do dispositivo do julgado, sem a análise da fundamentação, não evidenciaria as divergências ideológicas sobre o tema¹⁹⁴.

2.2 A ideologia no Supremo Tribunal Federal

No Brasil, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América, os ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁵, nosso tribunal de mais alta hierarquia, são indicados e nomeados pelo presidente da República, após sabatina e aprovação pelo Senado Federal. Os requisitos a serem preenchidos por eventual candidato são: idade entre 35 e 65 anos, notável

¹⁹³ O termo “dispositivo” é utilizado aqui, em sua acepção técnica, para designar a parte da decisão judicial que representa a sua conclusão, como, por exemplo: a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em uma ação direta, a condenação do réu em perdas e danos ou a reintegração de um servidor discriminado ao serviço público.

¹⁹⁴ Cf, ADIn 4277 e ADPF 132. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação por unanimidade, reconhecendo as uniões homoafetivas. No entanto, as divergências quanto aos limites de tal reconhecimento eram consideráveis e são reveladas pela fundamentação dos votos dos ministros.

¹⁹⁵ As competências do Supremo Tribunal Federal encontram-se previstas no art. 102, CF. Cabe ao STF, entre outras atribuições, julgar, em caráter final, as causas que discutem a constitucionalidade de normas e atos do Poder Público.

saber jurídico e reputação ilibada. Os dois últimos requisitos são relativamente vagos, e a escolha dos ministros, observados os limites da razoabilidade, constitui ato político do chefe do Executivo federal¹⁹⁶. A sabatina realizada pelo Senado, no caso brasileiro, é meramente ritual. Não se compara ao rigor da sabatina e dos levantamentos quanto à vida pregressa dos candidatos a juiz da Suprema Corte realizados nos Estados Unidos da América¹⁹⁷.

Na vigência da atual Constituição, o presidente Luís Inácio Lula da Silva (Lula) foi aquele que teve a oportunidade de selecionar maior número de ministros para compor o STF, tendo nomeado oito ministros. Seu antecessor, Fernando Henrique Cardoso (FHC), nomeou três ministros. Ambos os presidentes foram reeleitos, cumprindo dois mandatos presidenciais e perfazendo oito anos no poder¹⁹⁸. Uma análise dos ministros indicados por tais presidentes, que eram adversários políticos, constitui um bom ponto de partida para avaliar a influência de aspectos ideológico-partidários sobre as suas escolhas.

FHC integrava o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e conduziu, sob fortes protestos da oposição, um processo de reforma do Estado e de modernização da economia, envolvendo a concessão de serviços públicos à iniciativa privada e a privatização de empresas estatais.

O ministro Nelson Azevedo Jobim (ministro Nelson Jobim) foi o primeiro ministro do Supremo Tribunal Federal nomeado por FHC e ocupava o cargo de ministro da Justiça de seu governo à época da indicação. A sua segunda indicada por FHC, a ministra Ellen Gracie Northfleet (Ministra Ellen Gracie), foi a primeira ministra mulher a ingressar no Tribunal. Anteriormente, havia sido procuradora da República, mediante aprovação em concurso público, e passou a integrar o Tribunal Regional Federal, em 1989, durante o mandato do

¹⁹⁶ Cf. art. 101, *caput* e parágrafo único, CF. As normas que regem o Supremo Tribunal Federal e as demais condições institucionais que influenciam e restringem sua permeabilidade à política serão aprofundadas adiante, no capítulo 3.

¹⁹⁷ Como esclarece Rodrigo Brandão: “Desde a nossa primeira Constituição republicana (1891) o processo de confirmação pelo Senado das indicações do presidente à Suprema Corte, via de regra, não passou de formalidade necessária à posse no cargo. O único caso de rejeição que se tem notícia foi o de Barata Ribeiro, por ser médico e, portanto, por não atender ao requisito de notório saber jurídico, e mesmo assim após uma séria crise entre o presidente Floriano Peixoto e o STF, na qual o primeiro ficou um longo período sem preencher os cargos vagos no segundo para inviabilizar o seu funcionamento. Curiosamente, a significativa expansão do poder político do STF atualmente em curso não foi acompanhada de proporcional aumento da atenção dispensada pelos poderes políticos e pelos partidos à importância de uma nomeação para a Suprema Corte, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde se trata de tema de enorme destaque na mídia e nos debates políticos (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 263-264).

¹⁹⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>. Acesso em 26 jun. 2012.

presidente José Sarney, nomeada pelo quinto constitucional, em vaga reservada ao Ministério Público. Afirma-se que sua indicação para o STF foi defendida pela então primeira dama, Ruth Cardoso, bem como pelo ministro Nelson Jobim¹⁹⁹. O terceiro escolhido de FHC, o ministro Gilmar Ferreira Mendes (ministro Gilmar Mendes), era o advogado-geral da União de seu governo em 1997. A Advocacia-Geral da União é a instituição que defende os interesses da União, judicial ou extrajudicialmente, sendo chefiada pelo advogado-geral, cargo de confiança, de livre nomeação do presidente da República²⁰⁰. Assim, dos três ministros nomeados por FHC, dois possuíam vinculação política evidente com o presidente da República.

O presidente Lula integrava o Partido dos Trabalhadores (PT), o qual compunha a oposição ao governo FHC. A eleição de Lula para a Presidência da República, ao final de dois mandatos sucessivos de FHC, representou a chegada da oposição e da esquerda ao poder. Como já mencionado, havia, então, e permanece, hoje, um nítido antagonismo político entre o PT e o PSDB, embora o contexto político e econômico atual seja bastante diverso.

Entre os ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados por Lula pode-se dizer que três possuíam clara vinculação com o PT ou com a esquerda: o ministro Ayres Britto, o ministro Eros Grau e o ministro Dias Toffoli²⁰¹. O ministro Ayres Britto, segundo notícia veiculada pela imprensa, à época de sua indicação, era filiado ao PT havia mais de 10 (dez) anos, embora, como advogado, tivesse algumas divergências com medidas de interesse do governo petista, como, por exemplo, a cobrança de contribuição previdenciária de inativos²⁰². O ministro Eros Grau pertencera ao Partido Comunista Brasileiro durante a ditadura e apresentava sabidamente inclinações ideológicas de esquerda²⁰³. O ministro Dias Toffoli fora

¹⁹⁹ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. Revista Piauí, São Paulo, n. 48, p. 34-41, ago. 2010, p. 34.

²⁰⁰ Cf. art. 131, *caput* e § 1º, CF.

²⁰¹ Informações extraídas de editoriais de jornais e de entrevistas concedidas pelos ministros, quando da sua indicação para o Supremo Tribunal Federal, anteriormente ou não à sua confirmação pelo Senado Federal. Disponíveis em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro>>. Acesso em 20 mar. 2012.

²⁰² BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Não vou aderir cegamente às teses do governo, avisa. *Estado de Minas*. Belo Horizonte, [s.p.], 07 maio 2003. Entrevista concedida a José Andrade. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/AyresBritto/Entrevistas/2003_mai07.pdf>. Acesso em :25 maio 2012.

²⁰³ CARVALHO, Luiz Maklouf. Data vênica, o Supremo. *Revista Piauí*, São Paulo, n. 47, p. 36-46, ago. 2010. p. 45; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 88*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

advogado do PT e era advogado-geral da União na época de sua indicação (assim como o ministro Gilmar Mendes, no governo FHC)²⁰⁴.

No entanto, entre os indicados pelo presidente Lula, figuraram, ainda, os ministros Cezar Peluso e Menezes Direito. Segundo a imprensa, o ministro Cezar Peluso, magistrado de carreira, alimentara expectativas de ser indicado a ministro do STF pelo presidente FHC, no lugar da ministra Ellen Gracie, e teria se surpreendido com a posterior acolhida de seu nome pelo PT²⁰⁵. A expectativa do ministro Peluso de ser indicado por um presidente do PSDB poderia ser indicativa de uma postura ideológica antagônica aos interesses do PT. Já o ministro Menezes Direito, antes de se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal, fora escolhido justamente por FHC para integrar o Superior Tribunal de Justiça²⁰⁶.

Foram nomeados pelo Presidente Lula, ainda, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Cármen Lúcia.

Tabela 2 - Ministros nomeados pelos Presidentes FHC e Lula

Presidente	Mandato	Nº	Ministros	Posse
FHC	1995-1999	3	Min. Nelson Jobim	15-04-1997
	1999-2003		Min. Ellen Gracie	14-12-2000
			Min. Gilmar Mendes	20-06-2002
Lula	2003-2007	8	Min. Cezar Peluso	25-06-2003
	2007-2010		Min. Ayres Britto	25-06-2003
			Min. Joaquim Barbosa	25-06-2003
			Min. Eros Grau	15-06-2004
			Min. Ricardo Lewandowski	16-03-2006
			Min. Cármen Lúcia	21-06-2006
			Min. Menezes Direito	05-09-2007
			Min. Dias Toffoli	23-10-2009

Fonte: Elaboração própria.

Aliás, situação semelhante ocorreu no caso da nomeação do ministro Luiz Fux e do ministro Teori Zavascki, pela presidente Dilma Rousseff, igualmente petista, para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. O ministro Fux é egresso do Superior Tribunal de

²⁰⁴ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. Revista Piauí, São Paulo, n. 48, p. 34-41, set. 2010. p. 36. Direito não é fé. Veja, v. 42, n. 18, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/060509/entrevista.shtml>>. Acesso em 30 mar. 2012.

²⁰⁵ A reportagem esclarece que o ex-presidente FHC confirmou que gostaria de ter nomeado o ministro Peluso para o cargo, mas que, à época, entendeu que era o momento de o Supremo Tribunal Federal integrar uma ministra à sua composição. CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. Revista Piauí, São Paulo, n. 48, p. 34-41, ago. 2010. p. 34-35.

²⁰⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=43>>. Acesso em: 20 mar. 2012. A tabela indica nomeações ocorridas até agosto de 2011.

Justiça, havendo sido designado para integrá-lo por FHC²⁰⁷. O ministro Teori Zavascki foi indicado para ministro do STJ pelo presidente FHC e nomeado pelo presidente Lula²⁰⁸. Por fim, a ministra Rosa Weber integrava o Tribunal Superior do Trabalho por nomeação do presidente Lula e passou a integrar o STF por nomeação da presidente Dilma.

Tabela 3 - Ministros nomeados pela Presidente Dilma Rouseff

Presidente	Mandato	Nº	Ministros	Posse
Dilma ²⁰⁹	2011-2015	3	Min. Luiz Fux Min. Rosa Weber Teori Zavascki	03-03-2011 19-12-2011 29-11-2012

Fonte: Elaboração própria.

Diante do exposto acima, não há dúvida de que os relacionamentos e as afinidades de pontos de vista podem influenciar na seleção de candidatos a ministro do STF. No entanto, se a questão ideológico-partidária fosse determinante dos entendimentos adotados pelos ministros, os ministros Cezar Peluso, Menezes Direito, Luiz Fux e Teori Zavascki seriam candidatos improváveis para o presidente Lula e para a presidente Dilma, pois já haviam tido seus nomes cogitados ou acolhidos pelo presidente FHC, antagonista político de ambos.

De fato, é importante observar que não se verifica no Brasil nada semelhante à polarização ideológica experimentada entre republicanos e democratas no contexto norte-americano, ao menos no que tange à sua repercussão em matéria constitucional. 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 de seus integrantes²¹⁰. A percepção da mídia sobre o assunto é a de que, a despeito de Lula ter

²⁰⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=45>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

²⁰⁸ SETTI, Ricardo. Mensalão: o novo ministro do Supremo, Teori Zavascki, foi no passado indicado por FHC e nomeado por Lula. Espera-se dele no Supremo atuação técnica e apartidária. *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/mensalao-o-novo-ministro-do-supremo-teori-zavascki-foi-no-passado-indicado-por-fhc-e-nomeado-por-lula-espera-se-dele-no-supremo-atuacao-tecnica-e-apartidaria/>>. Acesso em 29 set. 2013.

²⁰⁹ A tabela indica os ministros nomeados pela presidente Dilma Rouseff até novembro de 2012.

²¹⁰ Em compensação, os vínculos partidários parecem ter influência sobre o volume de ações diretas propostas, a depender do partido à frente do governo, bem como dos autores que as promovem. A título de ilustração, Luiz Werneck Vianna e outros produziram um estudo que examinou 1.713 ações diretas propostas entre os anos de 1999 e 2005. Observou-se, ali, que a esquerda recorria a tais ações com muita frequência no governo FHC, diminuindo muito o seu uso no governo Lula, já que o Partido dos Trabalhadores era um autor de ações diretas bastante ativo. Assinalou-se, ainda, que “os porta-vozes da opinião (partidos) e dos interesses (associações)” que, no período FHC, chegaram a responder por 54% do total das Adins, tiveram sua participação reduzida a menos de 37% do total de ações diretas propostas no governo Lula (VIANNA, Luiz

indicado oito membros do Supremo Tribunal Federal, não prevalecia neste uma maioria que assegurasse aprovação aos projetos petistas.

Ainda que tenha indicado oito juízes, Lula nunca teve a maioria da corte. Tanto que o Supremo lhe criou embaraços ao aceitar a denúncia dos implicados no Mensalão. E contrariou expressamente uma decisão do ministro da Justiça, quando deliberou que Cesare Battisti pode ser extraditado. Tampouco se pode dizer que nele exista uma ala de esquerda e outra de direita. Nem que haja uma clivagem entre conservadores, liberais e progressistas, seja em matéria social, econômica ou de costumes.

Nos Estados Unidos, a existência secular de dois campos bem-definidos, o republicano e o democrata, encontra expressão ideológica na Corte Suprema. Lá, todo mundo sabe quem são os juízes conservadores e liberais. No Brasil, a polarização entre PT e PSDB é recentíssima, não teve projeção institucional – e ambos dependem da geleia geral peemedebista. E mesmo que se admita que os dois partidos tenham uma ideologia identificável, ainda assim é difícil discernir um do outro no terreno dos princípios jurídicos²¹¹.

Embora a escolha de candidatos para o Supremo Tribunal Federal não seja plenamente orientada por aspectos ideológico-partidários, isso não significa que não seja politizada ou que tais aspectos não tenham qualquer influência. Os critérios que regem a escolha de um ministro do Supremo Tribunal Federal não são claros. Sabe-se que alguns candidatos são “patrocinados” por pessoas influentes no governo, como, por exemplo, por ministros de Estado, por ministros do próprio STF, por governadores, por grupos de interesse²¹² e mesmo por pessoas que integram o círculo mais íntimo de relacionamento dos presidentes da República. A decisão é produto de características e de convicções pessoais dos candidatos, da articulação dos atores políticos acima mencionados, da conjuntura e dos interesses políticos

Werneck; BURGOS, Marcelo Balmann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007, p. 47-48).

²¹¹ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. *Revista Piauí*, São Paulo, n. 48, p. 34-41, set 2010. p. 36.

²¹² Segundo matéria publicada pela *Folha de São Paulo*: "O secretário-geral da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), [...], saiu em defesa nesta terça-feira da indicação do advogado-geral da União, José Antônio Dias Toffoli, para o STF (Supremo Tribunal Federal). O bispo afirmou que Toffoli, católico de formação, tem competência para assumir a cadeira do ministro Menezes Direito no Tribunal – morto há um mês. ‘O ministro sempre tem declarado ser uma pessoa católica. O próprio padre Toffoli dá testemunho do irmão, não só falando da sua competência como também do seu proceder ético. Nesse sentido, esperamos que no Judiciário possa exercer sua função, contando com a colaboração do futuro ministro de fazer a justiça acontecer no nosso país’, disse o bispo. O advogado é irmão do padre José Carlos Toffoli, ex-secretário da CNBB”. Cf. GUERREIRO, Gabriela. CNBB defende indicação de Toffoli para o STF. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u630895.shtml>>. Acesso em 09 ago. 2012.

do momento²¹³. Segundo depoimento de advogado cogitado para indicação como candidato a ministro do STF:

Não aceitaria [eventual convite para Ministro do STF] porque jamais me submeteria a peregrinações prévias por gabinetes executivos e legislativos, em busca de apoios políticos. Digo isso sem reprovar aqueles que o fazem, ou fizeram – afinal, no mundo real, infelizmente essa é a regra do jogo. A procura dos tais apoios, além de avessa à minha natureza, não me parece compatível com a independência entre os poderes e a dignidade do cargo²¹⁴.

A própria forma de acesso ao STF atrai candidatos que, por vocação ou formação, combinam aspectos políticos e jurídicos em sua formação. De fato, uma avaliação do currículo dos últimos quinze ministros que integraram ou integram o Tribunal indica que doze deles ocuparam cargos políticos no Executivo, receberam nomeações políticas para cargos no Judiciário (ingressando pelo quinto ou ascendendo ao STJ) e/ou tiveram prévia atividade político-partidária.

Nesta linha, o ministro Ayres Britto era filiado ao PT, como já mencionado, e concorreu a deputado federal pelo partido²¹⁵. A ministra Cármen Lúcia foi procuradora-geral do Estado de Minas Gerais. O ministro Ricardo Lewandowski era advogado, ocupou cargos de confiança na administração pública e passou a compor o Tribunal de Alçada de São Paulo pelo quinto constitucional. Os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli ocuparam o cargo de advogado-geral da União, de confiança do chefe do Executivo. O ministro Celso de Mello foi secretário geral da Consultoria Geral da República²¹⁶. O ministro Marco Aurélio foi ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O ministro Luiz Fux ingressou na magistratura por concurso público, mas integrou, por nomeação presidencial, o Superior Tribunal de Justiça. A Ministra Rosa Weber ingressou na magistratura do trabalho mediante concurso, mas também compôs o TST por nomeação. A Ministra Ellen Gracie foi procuradora da República por

²¹³ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da política e Comissões Parlamentares de Inquérito – um problema da Teoria Constitucional da Democracia. *Revista Jurídica da FIC*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 9-22, jan./jun. 2006, p. 20.

²¹⁴ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. *Revista Piauí*, n. 48, p. 34-41, set. 2010. p. 41. Sobre a alegada incompatibilidade com a independência entre os poderes, é válido notar que o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal é vitalício. Portanto, uma vez empossado e a despeito de pressões políticas, o ministro detém uma relativa independência. Por outro lado, a opção pelo procedimento político de escolha de membros do Supremo Tribunal Federal foi feita pela própria Constituição Federal, integrando e dando forma ao modelo de independência entre poderes que a Carta optou por afirmar.

²¹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. Em nome da Constituição. *Consultor Jurídico*, 5 abr. 2006. Entrevista concedida a Maurício Cardoso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario_ao_governa_ele_governa_quem_governa>. Acesso em 17 ago. 2012.

²¹⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28>>. Acesso em: 29 maio 2014.

concurso, mas tornou-se desembargadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pelo quinto constitucional. O ministro Eros Grau, como já se disse, foi filiado ao Partido Comunista e, em sua intensa atividade na academia, era reconhecidamente um intelectual de esquerda. O ministro Menezes Direito ocupou cargos importantes nas administrações públicas federal, estadual e municipal, foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ministro do Superior Tribunal de Justiça²¹⁷. O ministro Teori Zavascki ingressou no Tribunal Regional Federal pelo quinto constitucional e, posteriormente, tornou-se ministro do STJ.

Aparentemente, apenas dois ministros não apresentaram o mesmo padrão de interação política. O ministro Cezar Peluso foi juiz estadual de carreira, em primeira e segunda instâncias²¹⁸. O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, ocupou alguns cargos na administração pública entre os anos setenta e oitenta, mas concentrou sua atuação, a partir de então, no Ministério Público federal.

Embora os ministros do Supremo Tribunal Federal afirmem a importância do direito para seu processo decisório e apresentem seus votos com base em argumentos jurídicos, de modo geral, reconhecem que suas convicções pessoais constituem um elemento fundamental de seu comportamento judicial. Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio há muito tem afirmado: “Primeiro idealizo a solução mais justa. Só depois vou buscar apoio na lei”²¹⁹. De forma semelhante, o ministro Gilmar Mendes, ao ser confirmado pelo Senado Federal, concedeu entrevista em que declarou que não pautaria suas decisões pelos interesses político-partidários do presidente que o nomeara, mas que, no Supremo Tribunal Federal, defenderia suas posições com a mesma veemência com que as defendera ao longo de sua vida pública progressiva²²⁰. Em linguagem mais jurídica, o ministro Cezar Peluso já afirmou:

²¹⁷ Informações extraídas do *site* oficial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>; e <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=OrdemAlfabetica>>. Acesso em: 27 mai 2012.

²¹⁸ Não se consideraram as promoções recebidas pelos ministros Celso de Mello e Peluso como expressão de articulação política porque as promoções, por antiguidade ou merecimento, no caso da Magistratura e do Ministério Público, não possuem necessariamente tal conotação.

²¹⁹ MELLO, Marco Aurélio. Competência: palavra que melhor resume o nosso Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Jornal da Cidade*. Sergipe, 7 out. 2003. Suplemento especial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2003_out_07.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2012.

²²⁰ MENDES, Gilmar. Vou defender minhas posições. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 26 maio 2002. p. 10. Entrevista concedida a Gustavo Krieger. Disponível em:

a exegese jurídica é atividade construtiva, idêntica a qualquer outra forma de interpretação de mensagens, de modo que a mensagem-significante só se torna mensagem-significado mediante *escolha pessoal do intérprete*, a partir da pré-compreensão e percepção dos fatos e valores inerentes à experiência humana que a inspirou.²²¹

Como está indicado na tabela *supra*, em junho de 2003, o presidente Lula nomeou, de uma só vez, três ministros para o Supremo Tribunal Federal (ministros Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa). Este fato levou a imprensa a questionar se o governo estaria montando uma “bancada” no Supremo, de forma a controlar suas decisões mais relevantes. Em resposta a tais especulações e após sua confirmação pelo Senado, o ministro Joaquim Barbosa esclareceu que pretendia ter uma atuação independente e que se considerava uma pessoa totalmente desprovida de vínculos partidários e corporativos. No entanto, observou, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de São Paulo*, que *levaria ao Supremo a sua própria visão de mundo, marcada por suas experiências de vida*. Em suas palavras:

Estado – Como será sua atuação no STF?

Barbosa – Espero conseguir trazer uma visão ao Supremo influenciada pela minha trajetória, que tem três fases. A primeira, até os 17 anos, foi de muita pobreza. A segunda fase foi o ingresso na sociedade de classe média regular. E a terceira foi marcada por sorte, esforço pessoal e acesso a dados da realidade internacional que, muitas vezes, são inacessíveis à elite brasileira.²²²

Um ano mais tarde, coube a Lula indicar um novo ministro: Eros Grau. Sua nomeação foi cercada de questionamentos semelhantes:

Folha – Neste momento, ele [o Supremo Tribunal Federal] passa por uma profunda renovação. O sr. é o quarto ministro nomeado pelo Presidente Lula, no período de um ano. O que isso pode significar?

Grau – No governo Lula, haverá mais uma nomeação [em janeiro de 2006, para substituir Carlos Velloso]. Com isso, *começará a mudar a jurisprudência*, não por causa dos novos ministros, mas porque *temos esse projeto da Constituição*.²²³

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2002_mai0_26.pdf>
. Acesso em: 02 abr. 2012.

²²¹ Cf. RE 197.917, p. 490, grifou-se.

²²² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Vivi muita pobreza até os 17 anos. *Estado de São Paulo*. São Paulo, 8 maio 2003. Nacional, p. A9. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2003_mai0_08_002.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

²²³ GRAU, Eros Roberto. Novo ministro do STF defende Estado mais forte na economia. *Folha de São Paulo*. São Paulo, p. A12, 28 jun. 2004. Entrevista concedida a Valdo Cruz e Silvana de Freitas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/Entrevistas/2004_jun_28.pdf>. Acesso em: 27 maio 2012.

Na passagem acima, o ministro Eros Grau admite a possibilidade de mudança da jurisprudência, em razão do que chamou de um “projeto de Constituição” que teria a adesão dos indicados do presidente Lula. O que efetivamente constituiria tal projeto não ficou esclarecido na matéria e tampouco fica claro se os demais novos ministros reconheciam a existência de tal projeto ou se esta era uma visão pessoal do ministro Eros Grau sobre o que estava se passando no Supremo. De todo modo, há em tal episódio um reconhecimento expresso de seu interesse em influenciar o direito com base em suas convicções políticas.

Também a ministra Cármen Lúcia já afirmou, em entrevista, que ser “juíza não é uma profissão fácil” e que muitas vezes se vê dividida entre “*fazer o que é certo do ponto de vista jurídico e [do ponto de vista] da justiça*”²²⁴. O ministro Luiz Fux escreveu, na mesma linha do ministro Marco Aurélio: “Como magistrado, *primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução*. Não há mais possibilidade de ser operador de Direito aplicando a lei pura”²²⁵.

Já o ministro Ayres Britto é autor de passagens antológicas sobre a importância do humanismo do magistrado para a atividade judicante, afirmando, por exemplo, que o juiz “não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas [deve atuar como] um ser do mundo”²²⁶. Segundo ele:

O difícil não é ser um bom Ministro do Supremo Tribunal Federal, no plano científico, no plano teórico, alguém que domina as categorias jurídicas com absoluta propriedade, que faz votos conceituais e temáticos e que transita com o mesmo desembaraço pelas esferas, pelos quadrantes do Direito Material, do Direito Processual. Isso é fácil, cada vez mais fácil. Difícil é ser gente, é ser humano. Difícil é ser independente, é cortar o cordão umbilical com o Governador, com o Presidente da República. Difícil, portanto, é seguir aquela máxima de Nietzsche: ‘torna-te quem és’. A Constituição fez de cada um de nós [juízes] uma pessoa independente. Nossos cargos são vitalícios. Por que são vitalícios? O que é a vitaliciedade? É uma prerrogativa. Para que a prerrogativa? Para que nós decidamos com absoluta independência. Difícil é ser imparcial. Difícil é ser corajoso. Ter coragem para inovar. Difícil é interpretar as normas jurídicas sem frouxidão, sem covardia, sem leniência, sem cumplicidade. E esse é o nosso grande desafio. [...]. Nossas leis, em linhas gerais, nossa Constituição, em linhas gerais, nosso arcabouço normativo não padecem de déficit de normatividade. Nós, os seus intérpretes, é que padecemos de déficits de interpretatividade e de coragem para tirar a Constituição do papel. Tirar as boas leis do papel. Nós, pelo nosso medo, pela nossa comodidade, pela nossa cumplicidade, temos os nossos condicionamentos. É que fazemos do Direito Brasileiro um elefante branco. Ou, como diria o Professor Lenio Streck, do Rio Grande do Sul, “um latifúndio improdutivo”.

.....

²²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Comandante das eleições luta pelas liberdades. *O Globo*, Rio de Janeiro. O País, p. 14, 11 mar. 2012. Entrevista concedida a Carolina Brígido.

²²⁵ FUX, Luiz. Setenta Anos de História & Memória [da Universidade do Estado do Rio de Janeiro] (1935-2005). Disponível em: <<http://www.direituerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

²²⁶ ADIn 3510, p. 210.

Agora para que pratiquemos o Direito nessa tríplice perspectiva humanista da democracia, da ética e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, é preciso antes de tudo sentimento. Olhe um nordestino que foi gênio da raça. O primeiro filósofo brasileiro, com pensamento articulado, foi Tobias Barreto. E Tobias Barreto dizia: “Direito não é só uma coisa que se sabe”, logicamente, cartesianamente. “Direito não é só uma coisa que se sabe. Direito é também uma coisa que se sente”. E não é à toa que a palavra sentença venha do verbo sentir. O substantivo sentença vem do verbo sentir. E para a pessoa sentir, abrir o coração, abrir a sentimentalidade, usar a alma, virar-se pelo avesso, é preciso uma mudança de mentalidade. E não é fácil mudar de mentalidade, porque é cômodo seguir descansando no conforto da sua realização profissional ou de sua realização material. A gente sabe que o lugar mais seguro para os navios é o porto. Mas não foi para isso que as embarcações foram construídas e sim para a aventura do mar aberto. Então é a mesma coisa a nossa área jurídica. [...].

O Brasil perdeu a última copa por falta de atitude. Tinha uma seleção de craques e o último gol sofrido pelo Brasil da eliminação foi sintomático. Enquanto a França batia uma falta perigosa na nossa área, um dos nossos jogadores estava agachado, amarrando as chuteiras. Por que? Falta de atitude. Falta de disposição para sair da inércia e ir ao encontro do novo. Shakespeare disse o seguinte: “Transformação é uma porta que se abre por dentro”. Vamos abrir essa porta interior de cada um de nós, pois o Brasil está precisando dessa nossa atitude mais corajosa, mais desprezada e mais amorosa.²²⁷

Por fim, alguns autores sugerem que se, por um lado, não há no Supremo uma divisão ideológica clara quanto aos grandes temas constitucionais, por outro lado, questões políticas de momento, que envolvam interesses de partidos ou de políticos, e a conjuntura política em que tal discussão é travada podem ensejar a divisão do STF e revelar a influência de forças políticas e de interesses partidários sobre esse ou sobre alguns de seus ministros.

[...]. O Supremo parece se dividir mais em função de conjunturas, do contexto, e não de grandes temas constitucionais. Divide-se em função do cenário imediato da decisão e de suas implicações. Em vez de debates sobre igualdade, liberdade e autonomia individual, temos improváveis discussões sobre os casos de Cesare Battisti e Antonio Palocci – em ambos, a posição vencedora teve um único voto de vantagem. A mesma diferença de um voto ocorreu quando o Supremo discutiu a necessidade de se transcrever gravações obtidas por meio de escutas telefônicas, como na decisão relativa à Operação Hurricane, e quanto à extensão dos poderes de investigação do Conselho Nacional de Justiça. Casos que se tornaram importantes pela conjuntura, e não pelos temas em si.

A princípio, o placar de seis a cinco no caso da Lei da Ficha Limpa parece ser um contraexemplo. Sem dúvida, a discussão em torno da lei envolvia uma série de problemas constitucionais, ligados ao significado de “democracia”. Mas terá sido a complexidade interpretativa do caso o fator que dividiu a Corte? Em 2007, em uma decisão muito mais arrojada sobre fidelidade partidária, o Supremo não teve maiores problemas para considerar que a perda do mandato do parlamentar que trocar de partido é um elemento essencial do conceito de “democracia”. A maioria foi esmagadora (8 x 3). Então, o que levou à divisão do tribunal quanto à Lei da Ficha Limpa não parece ter sido a dificuldade de se discutir um conceito como

²²⁷ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, n. 8, jul./dez. 2010. p. 22. Transcrição de palestra proferida em 21-05-2010, no I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste do Brasil.

“democracia”, mas sim o contexto político, com os ministros tendo que decidir teses constitucionais que influenciariam a competição eleitoral em curso²²⁸.

Em síntese, as considerações acima demonstram que o processo de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal é político. As convicções ideológicas dos candidatos, sua afinidade com o projeto político do chefe do Executivo e os apoios políticos que os candidatos são capazes de angariar influenciam tal escolha. Por outro lado, uma vez empossados, os ministros declaram que sua função é julgar com independência e se dizem mais comprometidos com projetar suas convicções pessoais sobre o direito do que propriamente com aderir a um plano ideológico-partidário.

Embora não se deva excluir a possibilidade de influência partidária no julgamento de algumas causas específicas ou no comportamento judicial de ministros mais sensíveis a esse tipo de ingerência, há um conjunto mais amplo de ideias, valores, opiniões e crenças que conformam a individualidade dos ministros e que interferem, no longo prazo, no modo pelo qual eles reagem aos casos que lhes são trazidos a julgamento, sobre a forma como os solucionam, sobre como percebem a função de julgar e seus limites e até mesmo sobre a sua vinculação ou não a uma corrente político-partidária. Em um cenário político de pouca definição ideológica, a compreensão de aspectos característicos da individualidade dos ministros do STF pode constituir uma chave para a explicação de seu comportamento judicial.

2.3 A influência do *background* dos juízes norte-americanos

A construção pelo ser humano – e, portanto, também pelos juízes – de uma *identidade* própria se dá com base na interação social²²⁹⁻²³⁰. As pessoas são formadas pela educação

²²⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Quando a unanimidade não esclarece. *Valor*, 22 jun. 2012. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/quando-a-unanimidade-nao-esclarece>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

²²⁹ O termo identidade é empregado neste trabalho como sinônimo da expressão *self*, cunhada pela psicologia. Essa opção terminológica presta-se adequadamente aos fins do presente estudo e o torna mais acessível àqueles que têm formação em área diversa do saber que não a psicologia social, como é o caso da formação jurídica. Os conceitos e categorias ora apresentados foram extraídos de obras sobre psicologia social e correspondem às teorias explicativas mais citadas nas mesmas. Tais obras foram, por sua vez, selecionadas a partir de referências constantes de estudos jurídicos e de ciência política que integram a bibliografia deste trabalho. Sobre a analogia entre os conceitos de identidade e *self*, cf. SCHLENKER, Barry R. Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Nova York: McGraw-Hill Book Company, 1985, p. 67-68.

²³⁰ Segundo Suls, Tesser e Felson, a história do pensamento sobre o *self* data dos gregos antigos. Aristóteles diferenciava os aspectos físicos e não físicos do ser humano. Ele se referia à alma como a essência não física ou como a essência psíquica do homem, essencial ao seu funcionamento mental. Mais tarde, esse conceito foi denominado *self*. A alteração na terminologia, segundo os autores, foi importante porque, com a

recebida na infância, por aqueles com quem se relacionam, pela sociedade com a qual interagem, pelas situações que enfrentam ao longo da vida. É a partir da relação com o outro que o indivíduo desenvolve visões de si mesmo, sobre os demais e sobre os diversos ambientes a que se expõe, visões essas que definirão sua identidade²³¹. A identidade de alguém corresponde a um conjunto de coisas conhecidas sobre esta pessoa, portanto, a um conteúdo a ela vinculado (*self as known*). E, ao mesmo tempo, refere-se a um esquema ou processo cognitivo individual que lhe é interno, relacionado à sua forma de pensar e de processar as informações recebidas do mundo externo (*self as knower*)²³². Uma analogia com o funcionamento de um computador auxilia a compreensão dos dois conceitos. Os dados inseridos em um computador correspondem ao seu conteúdo (*self as known*). O programa de computador, que contém os comandos sobre a forma como os dados devem ser processados, assemelha-se ao esquema cognitivo humano (*self as knower*)²³³.

A identidade como conteúdo (*self as known*) de um indivíduo é composta por três diferentes domínios: o domínio material, que inclui, exemplificativamente, o seu corpo, as suas posses, os membros de sua família, seus amigos e demais coisas e pessoas a ele ligadas; o domínio social, que se refere ao reconhecimento que ele obtém dos amigos, dos colegas e daqueles com quem interage; e o domínio espiritual, pertinente a faculdades psíquicas. No domínio material, diversos são os elementos que influenciam a definição da identidade das pessoas, como, por exemplo, a classe social, a raça, o gênero, a orientação sexual, a religião, as experiências profissionais. Tais elementos levam à formação de crenças e valores específicos, bem como geram a adesão do indivíduo a grupos sociais voluntários, integrados por outros indivíduos, aos quais ele se sente ligado em virtude de um substrato comum de

ascensão do Cristianismo, o conceito de alma passou ao domínio da teologia. A distinção entre físico e não físico foi mantida e desenvolvida por René Descartes. Seu famoso *dictum* – “Penso, logo existo” –, afirma que, como o pensamento é indiscutível, então a existência de quem pensa também o é. O eu, uma entidade pensante, conhecedora, foi reconhecida como aspecto-chave do *self* (SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B.; Introduction. In: SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Washington: Sheridan Books, 2000, p. 3-4).

²³¹ SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Nova York: McGraw-Hill Book Company, 1985, p. 1; SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. Introduction. In: SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Op. cit., p. 3-6.

²³² SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. Introduction. In: SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Op. cit., p. 3-6; SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 3-19; e Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 67-68.

²³³ Exemplo extraído de SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 7.

experiências e de ideias. Esses grupos, por sua vez, também influenciam e reforçam valores e crenças²³⁴. As pessoas participam, ainda, de grupos involuntários, como a escola e as forças armadas, que também interferem na sua visão de mundo.

Os juízes, ao julgar, não se despem de sua condição humana. As percepções, interpretações e escolhas que têm e fazem são produto de emoções e valores que decorrem de suas experiências de vida. Julgamentos que envolvem temas como pena de morte, aborto, pornografia ou discriminação de minorias apelam para o *background* e são influenciados por ele: um juiz conservador tenderá a se manifestar favoravelmente a medidas que restrinjam o acesso de jovens à pornografia, limitando a liberdade de expressão; magistrados que integrem grupos minoritários provavelmente reconhecerão a constitucionalidade de normas que veiculem uma política de cotas para garantir o acesso de tais grupos às universidades públicas (ações afirmativas)²³⁵.

No *domínio social*, a identidade é construída a partir da avaliação e do reconhecimento obtidos do outro. Cada indivíduo relaciona-se com diversas pessoas e com diversos grupos e preocupa-se com a opinião que eles formam a seu respeito. Por isso, quando em contato com terceiros, o indivíduo geralmente apresenta uma identidade que deseja ver reconhecida e uma espécie de plano para atingir esse objetivo. Em público, altera seus comportamentos, com o fim de produzir a imagem que deseja a respeito de si mesmo. Além disso, busca ambientes que reconheçam e validem tal imagem, selecionando e influenciando situações. Como é intuitivo, as pessoas satisfazem-se mais em relacionamentos em que suas identidades desejadas são reconhecidas e validadas, porque o reconhecimento potencializa o seu poder social e a sua autoestima²³⁶.

²³⁴ A adesão a grupos sociais voluntários e sua influência sobre o comportamento dos juízes será aprofundada mais adiante.

²³⁵ GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. *Harvard Law Review*, v. 79, p. 1551, 1966, p. 1553-1563. Ver também os autores associados à hermenêutica concretizadora, sobre a noção de pré-compreensão, que se aproxima das considerações acima. As pré-compreensões correspondem à percepção inicial do julgador sobre o teor da norma e sobre a solução a ser dada a determinada demanda, influenciada por suas convicções, por seus valores, por sua visão de mundo. Esta percepção, que inevitavelmente influencia as avaliações do intérprete, será confirmada, infirmada ou aperfeiçoada através de uma abordagem problemática, à luz do caso concreto e da realidade em que ele se insere, dentro da moldura normativa estabelecida pela Constituição. Ver, sobre o tema, exemplificativamente: HESSE, Konrad. La Interpretación Constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 33-57; MÜLLER, Friederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, p. 21-49.

²³⁶ GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Nova York: Double Day, 1959, p. 238 e ss.; SCHLENKER, Barry R. Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 94-95; TEDESCHI, James T.; NORMAN, Nancy. Social power, self-presentation and the self. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 293 e ss; SNYDER, Mark. *Public appearances – private realities*:

Também os juízes buscam validar junto ao público uma determinada identidade almejada. Essa identidade funciona como um reforçador ou como um limitador de sua identidade real e de seus valores, conforme a identidade desejada seja convergente com os últimos ou divergente deles. Assim, um juiz pode manifestar-se de forma progressista, técnica ou alinhada com a opinião pública, a depender da imagem que deseja construir de si mesmo como um juiz de vanguarda, como um juiz dotado de excelência acadêmica ou como um juiz sensível aos anseios populares. Por outro lado, a aspiração de construir determinada identidade ou de obter a aceitação da opinião pública pode levar, por exemplo, um juiz conservador a votar de forma progressista, ou a moderar seus entendimentos. Decerto, tais escolhas e comportamentos são muitas vezes inconscientes e indiscutivelmente relacionam-se com seu *background*.

Já a *identidade como processo de conhecimento* ou *esquema cognitivo (self as knower)* refere-se a uma estrutura organizada de conhecimento, que é particular a cada indivíduo, e que controla o processamento de novas informações. Tal esquema cognitivo funciona da seguinte forma: as experiências vividas por um indivíduo formam um conjunto de crenças, percepções, memórias e referências simbólicas que são acessadas a cada nova situação com a qual esse indivíduo é confrontado; as novas situações são analisadas à luz de tais vivências anteriores, das respostas dadas a elas e de suas consequências; cada novo problema é compreendido como um velho problema, com algumas diferenciações; cada novo pensamento apropria-se de pensamentos anteriores, possibilitando a continuidade e a unidade da experiência²³⁷.

A mente humana, nem mesmo na infância, é uma folha de papel em branco. Nós nascemos com predisposições, e o processo de educação, formal e informal, cria atitudes em todos os homens que afetam o julgamento das situações, atitudes que precedem o pensamento em determinadas instâncias e que são, por definição, preconceitos. Sem “tendências” adquiridas, preconceções, a vida não funcionaria. Todo hábito constitui um prejulgamento. Se tais prejulgamentos, a que chamamos hábitos, fossem ausentes em uma pessoa, se essa pessoa fosse obrigada a tratar cada evento como uma questão sem precedentes, que apresentasse um problema inteiramente novo, ela enlouqueceria. Interesses, pontos de vista, preferências são a essência de viver²³⁸.

the psychology of self-monitoring. Nova York: W.H. Freeman and Company, 1986, p. 209 e ss; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 26-28.

²³⁷ SULLS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. Introduction. In: SULLS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Op. cit., p. 3-6; SCHLENKER, Barry R. Introduction: Foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 3-19; e Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 67-68.

²³⁸ Trecho de voto de Jerome Frank proferido no caso J.P. Linahan & Co., cf. FRANK, Jerome. Justice and emotions. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Op. cit., p. 413.

O ser humano vive por inferência. Não toma as decisões de seu dia a dia com base em reflexões puramente racionais, estatísticas ou científicas, mas com base em intuições e respostas acionadas por situações similares anteriormente experimentadas: o dono de uma loja dificilmente saberá se determinado cidadão que ingressa em seu estabelecimento irá ou não furtá-lo, mas, com base em experiências pretéritas, avaliará tal risco e o aceitará ou não como freguês. Tal forma de reflexão é pessoal, intransferível, e corresponde à identidade como processo de conhecimento²³⁹.

Do mesmo modo, em âmbito judicial, é possível conhecer objetivamente o depoimento de uma testemunha, que é colhido pelo juiz e transcrito nos autos. No entanto, a credibilidade que lhe será atribuída pelo juiz variará de acordo com suas experiências pessoais e com suas convicções subjetivas. A interpretação dos fatos confirmados pela testemunha também dependerá de tais experiências e convicções. Caso se pretenda comprovar a ocorrência de uma situação de discriminação racial em uma relação de emprego, determinados sinais tornarão a discriminação evidente para um juiz que já tenha sido, ele próprio, vítima de estigmas e de preconceitos. Os mesmos sinais poderão parecer irrelevantes e inexpressivos para um juiz que não possua tais vivências²⁴⁰.

Mas não é só. O esquema cognitivo de cada indivíduo funciona como um *script* para a organização do conhecimento. Além de selecionar e acessar experiências já vividas, como já se disse, tal esquema *modifica as percepções do sujeito*. Quando é ativado, o modo como a informação é selecionada, processada e retida se altera. As pessoas não apenas interpretam as informações de forma consistente com um sistema preexistente. Elas também apresentam *tendências confirmadoras de suas percepções anteriores, selecionando a informação que as reforça, descartando as informações que as infirmam e, por conseguinte, polarizando convicções e preconceitos*. Além disso, reescrevem na memória os eventos pretéritos, lembrando de opiniões anteriores como se fossem semelhantes às atuais, ainda que fossem objetivamente diferentes. Portanto, a própria natureza do esquema cognitivo humano conduz a um *conservadorismo cognitivo*, que é capaz de transformar a realidade, de modo a

²³⁹ GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Op. cit., p. 3-4. No mesmo sentido, Jon Elster observa que o cérebro tem a capacidade de preencher lacunas da experiência de forma semelhante àquela pela qual corretores ortográficos teriam a capacidade de identificar as letras que estão erradas numa palavra. Quando isso ocorre, diz-se que a pessoa estaria “*jumping to conclusions*”, ou seja, estaria, com conotação positiva, “saltando etapas” para chegar a uma decisão. (ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University Press, 2007, p. 267.)

²⁴⁰ FRANK, Jerome. Psychological approaches. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Op. cit., p. 157-164.

manter e justificar preconceções e a alimentar convicções altamente estereotipadas sobre a natureza humana. Nessas condições, a identidade pessoal é influenciada por e influencia a vida social²⁴¹.

Mesmo quando as pessoas procuram utilizar a interação social para verificar a exatidão de suas convicções, seu “teste de realidade” comumente dirige os fatos de forma a que confirmem o comportamento sob análise [...]. Quando as pessoas escolhem as situações com base nas quais avaliarão suas crenças sobre os outros, geralmente escolhem situações que limitam tal objetivo, de forma a produzir a confirmação de tais crenças [...].

As consequências da confirmação do comportamento através da interação social podem ser profundas e penetrantes. As pessoas podem transformar seus relacionamentos sociais em interações que verificam, mantêm e justificam suas preconceções sobre outras pessoas, incluindo ideias altamente estereotipadas sobre a natureza humana. [...]. Em todos os casos, as pessoas constroem os ambientes sociais, modelando-os às suas próprias crenças²⁴².

Imagine-se um diretor machista que contrate uma mulher, com excelente currículo, como sua subordinada. A formação de sua nova funcionária é perfeita. Ela é a mais apta para o cargo. Mas o temor do diretor é de que ela venha a priorizar sua vida pessoal e sua família em detrimento dos interesses da empresa, pois é essa a atitude que espera de uma mulher. Todas as faltas, saídas antecipadas e eventuais indisponibilidades funcionam como uma confirmação da ideia de que aquela funcionária efetivamente prioriza sua vida pessoal. Os fins de semana trabalhados pela funcionária em prol da empresa, as férias não tiradas e as noites não dormidas, contudo, passam despercebidos. Como já aludido, a tendência do esquema cognitivo humano é de selecionar as informações que confirmam suas preconceções e de descartar aquelas que as contrariam. Ao final de um período, a funcionária mais qualificada é preterida em uma promoção, para a qual concorreu com um homem, e pede demissão. O chefe conclui: tinha razão desde o princípio ao acreditar que uma mulher não apresentaria bom rendimento nesse cargo. Como as preconceções são inconscientes, o chefe pode acreditar de boa-fé que está atuando com objetividade e neutralidade, e no entanto estar projetando visões pessoais estereotipadas sobre seu processo de decisão.

Existem mecanismos inconscientes que alteram a capacidade de avaliação das pessoas. Os seres humanos, em geral, são regidos pelo que se convencionou denominar princípio da

²⁴¹ SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 11; SNYDER, Mark. *Public appearances – private realities: the psychology of self-monitoring*. Op. cit., p. 212.

²⁴² SNYDER, Mark. *Public appearances – private realities: the psychology of self-monitoring*. Op. cit., p. 212.

felicidade. Suas ações são dirigidas à obtenção de utilidade e prazer, resistindo à decepção e ao sofrimento²⁴³. Assim, é muito comum que uma pessoa rejeite determinada informação, quando esta conflita com um conjunto de convicções ou de desejos que lhe são muito caros. Um fumante contumaz, que não consegue parar de fumar, passa a perceber menos o risco à saúde gerado pelo tabaco. Uma mãe apaixonada é incapaz de enxergar o desvio de caráter do filho. A esse fenômeno, comum a todas as mentes humanas, a psicologia dá o nome de (redução da) *dissonância cognitiva*²⁴⁴.

Em outras circunstâncias, o pensamento constituído pelo desejo (*wishful thinking*), o pensamento mágico (*magical thinking*) ou a incapacidade de lidar com a decepção interferem no raciocínio. No primeiro caso (*wishful thinking*), o desejo domina o pensamento a ponto de enxergar-se na realidade algo que não existe. Alguém pode desejar tanto uma promoção no emprego que interpreta sinais irrelevantes, como um cumprimento ou aceno de cabeça, como um indício de que tal promoção ocorrerá em breve. No segundo caso, de pensamento mágico (*magical thinking*), a pessoa tem fé de que alguém ou alguma força é capaz de interferir sobre acontecimentos que estão fora de seu controle, para resolver uma determinada situação. Pode-se acreditar, por exemplo, que o poder divino solucionará um problema. Como se pode crer que as “forças políticas” ou a atuação do Legislativo contemplarão demandas não atendidas pelo Poder Judiciário²⁴⁵.

Finalmente, o terceiro caso acima, de incapacidade de lidar com a decepção, é sutilmente diferente dos primeiros, envolvendo quatro etapas. Primeiramente, os fatos são considerados. Em seguida, uma crença correta é formada. Então, a crença é rejeitada ou suprimida porque é incompatível com o desejo, gerando uma decepção insuportável. Ao final, o desejo gera outra crença mais aceitável no seu lugar. Por exemplo, um homem pode saber que está sendo traído por sua mulher e seu melhor amigo. Como a situação lhe gera muito sofrimento, ele suprime essa convicção e modifica suas preferências, de forma a deixar de frequentar pessoas e lugares que possam confrontá-lo com a verdade.

²⁴³ FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à Psicanálise e outros textos (1930-1936). *Obras completas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 56.

²⁴⁴ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 20 e ss.; SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 1 e ss.; HARMON-JONES, Eddie. An update on cognitive dissonance theory, with a focus on the self. In: SULLS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Op. cit., p. 119-135.

²⁴⁵ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 20 e ss.; SCHLENKER, Barry R. Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 65-99.

Estes são apenas alguns exemplos de como a emoção pode afetar a formação da convicção. Nas palavras de Freud, “cada um de nós, em algum ponto, age de modo semelhante ao paranoico, corrigindo algum traço inaceitável do mundo, de acordo com seu desejo, e inscrevendo esse delírio na realidade”. Obviamente, quem vive o delírio não o percebe²⁴⁶. Como se pode observar, os fenômenos inconscientes desempenham um papel preponderante nas operações da inteligência. A “consciência é apenas uma pequena parte da nossa vida psíquica”²⁴⁷:

por detrás das causas confessadas de nossos atos, jazem indubitavelmente causas secretas que não confessamos, mas por detrás dessas causas secretas existem muitas outras, mais secretas ainda, ignoradas por nós mesmos²⁴⁸.

A maior parte de nossas ações é resultado de motivos que fogem à nossa observação ou ao nosso controle. Os juízes são humanos e, por isso, não são capazes de se livrar de aspectos emocionais na aplicação do direito. Assim, *a atividade judicial constitui um processo psicológico e, ao menos em parte, emocional*, influenciado pelos múltiplos elementos que integram o *background* dos magistrados. Ocorre que a comprovação empírica dessa assertiva constitui tarefa muito mais complexa do que a demonstração da influência da ideologia político-partidária no processo de decisão.

O *background* de um magistrado é composto de diversos elementos que podem atuar cumulativa e simultaneamente sobre seu processo cognitivo. É difícil precisar, por exemplo, se uma decisão sobre determinada questão envolvendo direitos fundamentais de grupos minoritários é produto do gênero do juiz, do fato de integrar ele próprio um grupo racial minoritário, de sua orientação sexual ou de suas convicções religiosas. Tal decisão pode ter sido definida por um desses elementos, pela interação de todos ou, ainda, de parte deles cumulativamente. Os elementos em questão podem conduzir à mesma conclusão ou serem forças divergentes que apontam para soluções opostas²⁴⁹.

Além disso, a associação entre características pessoais e tendências decisórias em determinada matéria é dificultada pelo fato de que cada pessoa reage a seu *background* e a suas experiências de vida de formas distintas e imprevisíveis. O fato de uma pessoa ter sido

²⁴⁶ FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). *Obras completas*. Op. cit., p. 38.

²⁴⁷ REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 24.

²⁴⁸ A observação é de Le Bon, apud FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e a análise do ego. In: FREUD, Sigmund. Além do princípio de prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos (1920-1922). *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 2006, p. 84-85.

²⁴⁹ GROSSMAN, Joel B. Social background and judicial decision-making. Op. cit., p. 1563.

muito pobre na infância e de ter sofrido muitas privações pode levá-la a tornar-se um adulto muito conservador em seus gastos, recusando-se a fruir de luxos ou a adquirir bens que considera supérfluos, ou pode levá-la ao comportamento oposto, como forma de demonstrar socialmente a superação de tal condição. O mesmo indivíduo, como magistrado, poderá manifestar tanto tendências que buscam defender grupos excluídos socialmente quanto inclinações que procuram alinhá-lo com a elite que ambiciona integrar.

Os estudos empíricos sobre o *background* dos magistrados são objeto das mesmas críticas dirigidas aos estudos empíricos sobre o comportamento judicial ideológico, já identificadas neste trabalho. Afirma-se que as amostras de decisões utilizadas por tais estudos não são suficientemente amplas ou representativas do volume total de casos apreciados pelo Judiciário; que os julgados publicados (nem todos o são no sistema norte-americano, como já observado) selecionam causas em que o direito era ao menos parcialmente indeterminado, de forma que os estudos que se baseiam exclusivamente neles levariam a uma super-representação da participação de elementos subjetivos no processo decisório. Pretende-se que a análise apenas da conclusão alcançada pelos juízes, sem considerar os seus fundamentos, pode conduzir a uma percepção equivocada da influência de tais elementos subjetivos (inclusive minimizando tal influência). Além disso, alega-se que diversos levantamentos acerca da efetiva participação do *background* dos magistrados nas decisões judiciais revelaram-se não conclusivos, indicando que tal participação poderia representar a exceção e não a regra, ao menos no que se refere ao grande volume de casos apreciados pelo Judiciário federal norte-americano como um todo²⁵⁰.

A despeito das dificuldades já mencionadas, diversos estudos norte-americanos confirmam a influência de características pessoais no processo decisório dos juízes. Ilustrativamente, em 1998, Sisk, Heise e Morriss publicaram um estudo que buscou verificar a influência de tais características sobre as decisões relativas à constitucionalidade da Lei de Reforma de Decisões Judiciais (Lei de Reforma), editada em 1984, e das Diretivas para Decisões Criminais (Diretivas), dela decorrente²⁵¹. A Lei de Reforma tinha por objetivo tornar

²⁵⁰ ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart. Politics and the judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, v. 24, p. 257, 1995, p. 264; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. *New York University Law Review*, v. 73, p. 1377, 1998, p. 1396; GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. Op. cit., p. 1563; ABRAMS, David S.; BERTRAND, Marianne; MULAINATHAN, Sendhil. *Do Judges Vary in Their Treatment of Race?*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1800840###>. Acesso em: 26 set. 2013.

²⁵¹ SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. Op. cit., p. 1377-1500. No original, a mencionada Lei de Reforma

mais homogêneos os julgados e as penas aplicadas em matéria criminal. O sistema anterior a essa norma conferia aos juízes ampla discricção para decidir se o autor de um crime teria sua liberdade cerceada e por quanto tempo. A nova lei procurava limitar substancialmente a discricção judicial, prevendo que uma Comissão de Sentença²⁵² estabeleceria diretivas obrigatórias, a serem observadas por todo o Judiciário, com parâmetros para a aplicação de penalidades, tendo por base a gravidade do crime e a história penal do acusado.

A Comissão de Sentença constituía um órgão permanente, composto por sete membros, dos quais três, no mínimo, deveriam ser juízes federais, selecionados em um grupo de seis juízes, recomendados pela Conferência Judicial dos Estados Unidos²⁵³. Os membros da Comissão eram escolhidos pelo presidente e aprovados pelo Senado, para um mandato de seis anos, podendo ser removidos pelo primeiro, desde que justificadamente²⁵⁴. As Diretivas produzidas pela Comissão entraram em vigor em 1987 e a percepção geral era de que impunham punições mais rigorosas, em especial para crimes relacionados a drogas.

Os questionamentos sobre a constitucionalidade do novo sistema se basearam em quatro argumentos principais. Alegava-se que: i) a Comissão, que, de acordo com a Lei de Reforma, integrava o Poder Judiciário, estava criando direito em tese, atividade que não competiria a este poder e que, por conseguinte, implicaria violação ao princípio da separação dos poderes, devendo tal Comissão integrar poder diverso; ii) a participação dos juízes em atividades não judiciais poderia interferir em sua imparcialidade; iii) o poder conferido à Comissão de Sentença para elaborar as Diretivas constituiria delegação indevida do poder de legislar, em desrespeito à Constituição; e iv) a criação de tais Diretivas, com caráter vinculante e obrigatório para todo o Judiciário federal, ensejaria violação ao princípio do devido processo legal substantivo, encontrando-se em desacordo com o direito dos réus à individualização da pena.

Um grande volume de casos criminais foi decidido com base em entendimentos antagônicos a respeito de tais argumentos, gerando um verdadeiro caos no sistema de jurisdição criminal²⁵⁵. A partir do exame de tais casos constatou-se que algumas

denomina-se *Sentencing Reform Act*, as Diretivas chamavam-se *Sentencing Guidelines* e a Comissão de Sentença era a *United States Sentencing Commission*.

²⁵² No original: *United States Sentencing Commission*.

²⁵³ No original: *Judicial Conference of the United States*.

²⁵⁴ A remoção poderia efetivar-se “for good cause”. Cf. SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. *Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning*. Op. cit., p. 1396.

²⁵⁵ O assunto foi submetido à Suprema Corte norte-americana, pela primeira vez, em 1989, no caso *Mistretta v. United States*, tendo se decidido que as Diretivas para Decisões Criminais eram constitucionais.

características pessoais dos magistrados possuíam inegável influência sobre seus julgados. Verificou-se, primeiramente, que os juízes que se opunham mais veementemente às Diretivas eram aqueles que possuíam experiência pretérita como advogados de defesa em matéria penal. Na mesma linha, os juízes que integravam grupos raciais minoritários apresentavam uma tendência maior a declarar a inconstitucionalidade de tais normas, sob o fundamento de que o devido processo legal garantiria ao réu o direito à individualização da pena. De fato, enquanto 58% (cinquenta e oito por cento) do total de juízes invalidavam as Diretivas, quando questionadas com base em tal argumento, 90% (noventa por cento) dos juízes integrantes de minorias raciais o faziam²⁵⁶.

Por outro lado, verificou-se que os magistrados com experiência judicial prévia em âmbito estadual, bem como os juízes que possuíam em seu acervo um grande volume de casos criminais, tendiam a confirmar a constitucionalidade das Diretivas. Isso possivelmente ocorria porque a aplicação das Diretivas (assim como a aplicação de precedentes vinculantes) simplificava o trabalho e reduzia o ônus argumentativo para justificar os julgados. A mesma inclinação foi observada no que se refere a juízes que tinham maior probabilidade de promoção. A confirmação da constitucionalidade das Diretivas era possivelmente uma forma de tais juízes demonstrarem seu alinhamento com os interesses do Departamento de Justiça, do Congresso e da Casa Branca, que publicamente apoiavam a Comissão de Sentença e que poderiam interferir em suas chances de ascensão na carreira. Tratava-se, portanto, de decisões influenciadas por interesses profissionais. Reconheceu-se, ainda, que os magistrados que apresentavam experiência pretérita no serviço militar opunham-se a deslocar a Comissão de Sentença do Poder Judiciário para o Poder Executivo. Como a Lei de Reforma definia claramente tal órgão como integrante do Poder Judiciário, os autores do estudo concluíram que “um soldado era capaz de reconhecer uma ordem quando recebia uma”²⁵⁷.

Outros trabalhos demonstram que a raça tem impacto sobre a decisão de encarceramento ou não do acusado de um crime, tendo se identificado um percentual de encarceramentos superior no caso de afrodescendentes²⁵⁸. Apurou-se, igualmente, que juízes

²⁵⁶ Foram considerados juízes integrantes de grupos minoritários os juízes não brancos (SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. Op. cit., p. 1457).

²⁵⁷ SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. Op. cit., p. 1377-1500.

²⁵⁸ Cf. ABRAMS, David S. Do judges vary in their treatment of race?. Op. cit., p. 5 e ss. O autor faz uma síntese de diversos estudos que investigaram se a raça do acusado impacta sobre a decisão judicial de encarceramento, bem como sobre a pena que lhe é aplicada. Tais estudos chegam a conclusões divergentes. O levantamento do autor sobre o tema, utilizando como base as decisões proferidas por cortes

afrodescendentes apresentam tendência a votar a favor de autores afro-descendentes em matéria de proteção ao direito de voto, bem como que juízes brancos possuem idêntica inclinação quando juízes afrodescendentes integram o órgão colegiado de decisão²⁵⁹.

Já a influência do gênero dos juízes no comportamento judicial foi demonstrada em casos de discriminação sexual e de assédio sexual, imputando-se tal resultado ao fato de que as juízas se identificariam com membros de grupos minoritários porque teriam experimentado elas mesmas a discriminação ao longo de suas vidas e carreiras. Observou-se, de forma idêntica, que juízes que integravam órgãos colegiados em que ao menos uma juíza tinha assento manifestavam maior inclinação a decidir tais casos em favor das mulheres²⁶⁰. O fato de juízes brancos ou de juízes do sexo masculino apresentarem inclinação maior para votar a favor de afrodescendentes ou de mulheres, quando integram órgãos colegiados compostos também por juízes afrodescendentes ou por juízas, respectivamente, demonstra que os argumentos e a presença de membros pertencentes a grupos minoritários nos órgãos colegiados é capaz de interferir na visão da maioria²⁶¹.

2.4 A influência do *background* dos ministros do STF

Como se nota pelos casos descritos acima, a análise do *background* dos magistrados pode ser uma fonte valiosa de informação sobre o modo como decidirão as ações que lhes são submetidas. Embora tal análise seja mais complexa e mais sujeita a questionamentos do que aquela empreendida para a comprovação da influência da ideologia político-partidária no processo de decisão, ela é fundamental para a compreensão do comportamento judicial dos

estaduais do condado de Cook (*Cook County*), no Illinois, maior sistema judicial unificado do país, durante um período de 20 (vinte) anos, é de que a raça influencia a decisão sobre encarceramento, não se comprovando sua influência sobre a (maior ou menor) severidade da pena aplicada.

²⁵⁹ Esse trabalho analisou as decisões proferidas com base na Lei de Voto de 1965 (*Voting Rights Act of 1965*), editada nos Estados Unidos da América, com o propósito de coibir práticas e normas adotadas pelos estados que limitavam o direito de voto dos afrodescendentes (COX, Adam; MILES, Thomas. *Judging the Voting Rights Act*. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/Cox_Judicial_Decision-making.pdf>. Acesso em: 26 set. 2013).

²⁶⁰ O estudo examinou a influência do gênero dos juízes sobre as decisões proferidas com base na Lei de Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), em casos de discriminação e assédio sexual (PERESIE, Jennifer. *Female judges matter: gender and collegial decision-making in the Federal Appellate Courts*. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/note/female-judges-matter:-gender-and-collegial-decision-making-in-the-federal-appellate-courts/>>, acesso em 26 set. 2013, p. 1786-1787; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. *Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning*. Op. cit., p. 1472-1473).

²⁶¹ Tal capacidade de influência é denominada “efeito colegiado” e será examinada no capítulo 3.

ministros do Supremo Tribunal Federal. No Brasil, como já foi assinalado, a ideologia político-partidária é menos definida e não gera as mesmas divisões em matéria constitucional que gera no contexto norte-americano. Nessas condições, a análise do *background* dos ministros do STF constitui um bom ponto de partida para demonstrar a participação de sua subjetividade no processo decisório daquele tribunal.

Entretanto, o estudo que se empreenderá neste trabalho apresenta algumas particularidades. Ele não se baseará em uma análise quantitativa dos votos dos ministros. Esse tipo de análise demandaria o levantamento de um conjunto muito amplo de casos sobre as matérias em que se acredita que a ideologia tem papel determinante e não prescindiria do envolvimento de profissionais com formação em áreas do saber diversas do direito, a exemplo da econometria, para que se atingisse a mesma proficiência dos estudos norte-americanos. Portanto, a análise que se pretende realizar tem feição distinta daquelas descritas acima. Optou-se por desenvolver um exame qualitativo dos votos dos ministros, em causas de relevância, nas quais se vislumbrou que suas características pessoais tinham um papel mais marcante. Esse método incorre em alguns problemas já delimitados acima.

Em primeiro lugar, embora possa fornecer indícios de que a ideologia pessoal dos juízes interfere em seu processo de decisão, não se presta a comprovar essa hipótese com rigor metodológico, em virtude do problema da circularidade: seria necessário um critério objetivo externo aos votos analisados para determinar as inclinações ideológicas dos ministros, critério este a partir do qual se testaria se as decisões examinadas apresentavam correlação com tais inclinações. Buscou-se atenuar tal problema agregando à análise dos votos informações veiculadas na imprensa sobre os ministros e/ou sobre suas atividades e traços pessoais. A seleção de tais informações não foi feita com o mesmo rigor do caso norte-americano, em que a análise para este fim se baseia em matérias jornalísticas anteriores à confirmação dos juízes da Suprema Corte norte-americana pelo Senado, veiculadas por periódicos de diversas inclinações ideológicas. Diante da escassez desse material de imprensa no caso brasileiro e da já assinalada indeterminação ideológica que domina o nosso cenário político, o trabalho se valeu de todo o material de imprensa levantado, independentemente da data ou do veículo que o publicou.

Em segundo lugar, como se trata de análise qualitativa e como os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em ações de relevo, têm, não raro, centenas de páginas, a análise não se baseia em uma amostra ampla de casos. Optou-se por selecionar os julgados mais emblemáticos decididos pelo Tribunal, assim qualificados porque mobilizaram a mídia e/ou porque foram reconhecidos como tal pelos próprios ministros, em votos e alusões posteriores.

Essa opção leva a um outro problema: o método empregado pode ensejar um superdimensionamento da influência das características pessoais dos ministros em seu processo de decisão, porque se baseia em casos paradigmáticos, em que o direito possivelmente era mais indeterminado, e não naqueles casos que representam a grande massa dos assuntos decididos pelo STF.

De todo modo, o que se pretende, por ora, é identificar o perfil dos ministros e levantar indícios contundentes de que tal influência efetivamente ocorre, em especial nos casos mais relevantes. Essa missão, ainda que menos ambiciosa, conta com dificuldades adicionais. O Supremo Tribunal Federal tem apresentado bastante rotatividade de ministros nos últimos anos: em 2009, recebeu o ministro Dias Toffoli, em razão do falecimento do ministro Menezes Direito; em 2011, ingressaram os ministros Luiz Fux e Rosa Weber, em virtude da aposentadoria dos ministros Eros Grau e Ellen Gracie; em 2012, o ministro Teori Zavascki foi nomeado para a cadeira do ministro Cezar Peluso, quando este último e, ainda, o ministro Ayres Britto se aposentaram. Como o Supremo é composto por onze membros, em apenas três anos ele terá passado por uma renovação de aproximadamente 45% (quarenta e cinco por cento) de seus integrantes.

Quando novos ministros ingressam no Supremo Tribunal Federal, leva-se um tempo até que se possa captar a projeção de sua identidade sobre os julgados de que participam. Apesar da transmissão por televisão dos julgamentos realizados pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, é a publicação dos votos escritos que possibilita um aprofundamento nas convicções e nos argumentos utilizados por cada ministro. Tal publicação se dá muitas vezes com atrasos consideráveis, tendo-se em conta a data da conclusão dos julgamentos. As manifestações das particularidades de cada ministro são, ainda, mais evidentes em casos importantes, de grande repercussão, que os mobilizam pessoalmente. No entanto, para que se possam extrair conclusões sobre tendências ideológicas, é necessário localizar um conjunto de casos semelhantes, julgados pelo mesmo ministro, e identificar neles um padrão de comportamento e de argumentação.

Assim, a avaliação do comportamento judicial dos ministros do STF depende, como regra, de um tempo alongado de exercício jurisdicional no Tribunal. São poucos os ministros da composição atual que preencheriam os requisitos para tal análise. Por isso, tendo em vista os objetivos e ressalvas já descritos, optou-se por focar o exame a seguir no desempenho de três ministros que apresentam características pessoais marcantes, com claras repercussões sobre suas decisões: i) o ministro Carlos Ayres Britto, de tendências progressistas; ii) o

ministro Gilmar Mendes, com discurso mais conservador e metodológico; e iii) o ministro Joaquim Barbosa, representante de grupos minoritários.

2.4.1 Ministro Carlos Ayres Britto: “Valdemar do Amor Divino e Joana da Paixão Luz”

No final de 2005, um recurso extraordinário, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, foi levado a julgamento na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal²⁶². Nele, o Estado da Bahia pretendia reverter uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que reconhecia o direito de uma companheira ao recebimento de pensão por morte, apesar da particularidade de o *de cuius* ser casado e ter mantido esse casamento de fato até o seu falecimento. O acórdão recorrido previa que a pensão deveria ser dividida entre as duas mulheres do *de cuius* – a esposa oficial e a autora. Esclarecia que, na relação constituída pelo casamento, o falecido tivera onze filhos; ao passo que, na segunda relação, que durara 37 anos, também se estendendo até o seu falecimento, sua companheira concebera nove filhos. Entendeu-se, diante de tais particularidades, que, a despeito de ser casado, o *de cuius* mantinha uma união estável com a segunda mulher, união esta também sujeita a proteção pelo ordenamento jurídico.

No entanto, a tese sustentada no acórdão recorrido não foi acolhida pelo relator no STF. O ministro Marco Aurélio observou que a existência de um casamento e a circunstância de que tal casamento fora mantido de fato durante toda a vida do *de cuius* impedia que a segunda relação fosse considerada como união estável, já que, de acordo com o art. 226, § 3º, CF, uniões estáveis seriam aquelas passíveis de conversão em casamento e, na hipótese, o segundo casamento estaria vedado. Portanto, a segunda relação constituía mero concubinato, não sujeito aos mesmos direitos e deveres de uma união estável, razão pela qual a concubina não faria jus à pensão por morte.

O ministro Carlos Ayres Britto divergiu do entendimento do relator. Em seu voto, observou que, na interpretação do direito, não há como fugir à realidade. Uma relação de 37 anos de duração, que gerara nove filhos e perdurara por toda a vida, no entendimento do ministro, era uma relação estável. Indiscutivelmente, tal relação configurava o conceito de

²⁶² RE 397762.

família que a Constituição visava a preservar em seu art. 226, § 3º, CF, sendo expressão do vínculo de amor, de convivência, de mútuo apoio, publicidade e permanência que distingue tal instituição. O art. 226, §3º, CF, no entendimento do ministro Ayres Britto, deveria ser interpretado de modo a abranger todas as relações que preenchessem tais requisitos e que não se subsumissem no conceito de família constituída pelo casamento ou de família monoparental. Nessa linha, o ministro escreveu:

11. Atento aos limites materiais da controvérsia, pergunto: qual o sentido do fraseado “união estável” ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? [...] Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não concretamente desimpedidos para o casamento civil, tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento *de papel passado*? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um patrimônio igualmente comum, por maior ou por menor que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida *por obra e graça* de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites, que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Para não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar?

12. Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: *o tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto*. [...]. Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do *concubinato*. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de “filhos concubinários”. [...].

13. Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico, a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. *Isto é família*, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, a meu juízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante²⁶³.

²⁶³ RE 397762/BA, p. 267-269, grifos do original.

A visão do ministro Ayres Britto foi contestada pelo ministro Marco Aurélio e pelos outros ministros que integravam a Primeira Turma. Todos os demais acompanharam o relator, negando a pensão à concubina/companheira. O acórdão lavrado traz os debates acalorados travados entre os ministros e retrata o esforço empreendido pelo ministro Ayres Britto para sensibilizar seus colegas. Em tais debates, ele defende que o vínculo relevante para a Constituição é o amor; que a Constituição e seus intérpretes lidam com a vida de pessoas, de seres humanos de carne e osso; que, para o direito, a forma de criação de uma família é irrelevante, o que importa é proteger tal família e seus membros; que é indiferente para o direito e para a sua tutela que um indivíduo tenha uma, cinco ou seis famílias (tanto quanto o seria a sua orientação sexual, tal como foi igualmente afirmado pelo ministro nos debates); e, por fim, que não há diferença entre as duas esposas, que, em seu entendimento, estavam no mesmo plano, porque experimentaram relações semelhantes, dor idêntica e decréscimo patrimonial com o falecimento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Se Vossa Excelência permite lembrar, a Constituição se preocupa com pessoas, com seres humanos, com núcleos domésticos constituídos de seres humanos concretos, em carne e osso. Daí porque o instituto da família perpassa os poros todos da Constituição, [...]. O modo pelo qual a família se constituiu é, para a Constituição, absolutamente secundário. A Constituição se dobra à imperatividade do amor, da relação a dois.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO – Quer dizer, Vossa Excelência admitiria que uma pessoa poderia ter várias famílias concomitantemente, cinco, seis famílias concomitantemente?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Sim. Só diz respeito ao homem e à mulher, aos núcleos domésticos. Isso é como preferência sexual. É a mesma coisa, não nos diz respeito. O modo pelo qual as pessoas são felizes, esse modo não nos diz respeito, absolutamente.

.....
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – E Vossa Excelência coloca as duas [relações] no mesmo plano?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Coloco no mesmo plano.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – A mulher propriamente dita e a concubina?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Não há mulher propriamente dita, Excelência²⁶⁴.

Ao longo de sua argumentação, o ministro Carlos Ayres Britto menciona que este caso o impressionava muito; que o *de cujus* se chamava *Valdemar do Amor Divino*, e que a recorrida, que pleiteava parte da pensão da esposa oficial, chamava-se *Joana da Paixão Luz*. Em sua opinião, “estava escrito nas estrelas” que “Valdemar do Amor Divino” encontraria “Joana da Paixão Luz”; que esta lhe dedicara toda a sua vida, experimentara o mesmo

²⁶⁴ RE 397762/BA, p. 642 e ss.

sentimento de perda que a esposa oficial e, por isso, também deveria figurar como pensionista. Segundo o ministro:

E me impressiona muito este caso. O *de cujus* se chamava “Valdemar do Amor Divino” e a companheira se chamava “Joana da Paixão Luz”. Eles tinham que se encontrar, de se atrair. Estava escrito nas estrelas. Ela certamente experimenta o sentimento de viuvez que eu duvido que seja menor do que o da outra; e a família dela também experimenta um desfalque econômico que eu duvido que seja menor do que o da outra²⁶⁵.

Embora o caso relatado acima não tenha produzido uma decisão de grande repercussão pública, diferentemente de outros do Supremo Tribunal Federal, ele é, sem dúvida, um caso relevante para a compreensão do comportamento judicial do ministro Ayres Britto. O próprio ministro lhe reconhece tal importância, referindo-se a ele em outros julgados do STF, bem como em debates públicos sobre o processo de interpretação e aplicação do direito²⁶⁶. Quatro elementos chamam a atenção na participação do ministro Carlos Ayres Britto nesse julgamento. Em primeiro lugar, o ministro tem uma *linguagem muito característica*, que é expressão de uma veia poética e de ambições literárias. São exemplo disso as referências: à convivência duradoura sujeita às “intempéries do humor e da vida”, à “mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro”, a afirmação de que “ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída” e que o órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”.

Em segundo lugar, o ministro *busca enfatizar os aspectos humanos do caso*, dando relevo a valores como o amor, o apoio mútuo, a superação de dificuldades, a dor da perda. O estilo de redação sugere uma *forma de decidir “sentindo”*, com recurso à emoção. Além

²⁶⁵ RE 397762/BA, p. 636.

²⁶⁶ Ilustrativamente, o Ministro Ayres Britto afirmou, em evento promovido por tribunais de contas estaduais, quanto aos debates desse caso, nos quais restou vencido: “[...] eu resolvi apelar um pouquinho. Eu disse: ‘Eu faço um último apelo a Vossa Excelência [ao relator no STF]: A vida manda recado, é preciso que a gente esteja disponível, aberto, canais abertos, antenas acesas, espírito completamente desarmado para entrar em relação de empatia com a vida. Os senhores já atentaram para o nome do falecido?’ – ‘Mas o que é que isso tem a ver?’ – ‘Eu vou dizer o nome para os senhores’. E eu peguei os autos, eu não era o relator, mas tive o cuidado de olhar o nome dele. O nome dele: Valdemar do Amor Divino. Não me dei por satisfeito: – ‘Agora vocês já prestaram atenção, Senhores Ministros, Vossas Excelências, já prestaram atenção, ao nome da requerente? Que também ficou viúva? No plano dos fatos, ela deveria estar experimentando um sentimento de viuvez tão intenso quanto a outra. Vinte anos de convivência’. – ‘Não, mas qual é o nome da outra?’ – ‘Eu digo, o nome da outra é: Joana da Paixão Luz, ou seja, estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino se encontraria com Joana da Paixão Luz’. Entendeu?” (BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, n. 8, jul./dez. 2010. p. 22. Transcrição de palestra proferida em 21-05-2010, no I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste do Brasil). Do mesmo modo, o ministro voltou a fazer referências a esta decisão no julgamento da ADIn 4277.

disso, seu voto expressa uma visão de mundo *progressista*, segundo a qual, do ponto de vista do direito: i) o vínculo matrimonial é irrelevante (o que importa é o afeto e sua constância); ii) um mesmo indivíduo pode ter diversas famílias, tratando-se de opção protegida da regulação estatal por seu direito à privacidade; e iii) a cônjuge e a concubina têm o mesmo *status* e os mesmos direitos²⁶⁷.

Por fim, nota-se que o ministro produz um voto muito abrangente, fazendo alusão a abstrações, a princípios gerais do direito e a situações concretas diversas daquela sob exame, ainda que guardem algum ponto de contato com a última. E recorre a um estilo de argumentação que se poderia denominar “equiparação ativista”, pela qual sugere, via *obiter dicta*, como decidirá casos futuros substancialmente distintos. Ilustrativamente, isso se verifica quando, em algumas passagens, equipara a concubina à companheira, com o argumento de que o direito não pode interferir nas escolhas amorosas ou sobre os projetos de felicidade das pessoas, assemelhando textualmente a situação em exame àquela das uniões homoafetivas. Trata-se de um estilo maximalista de fundamentação da decisão²⁶⁸.

De fato, o ministro Ayres Britto afirma em seu voto que ter duas famílias, *assim como a preferência sexual do cidadão*, é uma questão que pertence à esfera privada dos indivíduos e que não diz respeito ao Supremo Tribunal Federal. Veja-se que a questão em exame se referia à equiparação da concubina à condição de companheira, no entanto, a argumentação do ministro, neste ponto, diz respeito à possibilidade de alçar o parceiro homoafetivo à condição de companheiro, tema diverso daquele em análise. A impressão é a de que o ministro pretendia “abrir a porta”, dar um sinal de que reconheceria a existência de uma união estável homoafetiva, se chamado a julgar o tema. Como já descrito anteriormente, o ministro Ayres Britto indaga em seu voto se não integraria o conceito de família a relação de amor, duradoura de um casal:

²⁶⁷ As inclinações progressistas do ministro Ayres Britto são reconhecidas por seus colegas de STF e pelos advogados que atuam perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo o ministro Joaquim Barbosa: “Ele é o ministro mais progressista da história do STF. Culto, alegre e totalmente da paz”. De acordo com Luís Roberto Barroso: “É uma pessoa com uma visão progressista do mundo, com compromissos democráticos e à esquerda do espectro político, sem se deixar mover por clichês ou palavras de ordem” (LEITÃO, Matheus. A justiça zen. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI16091-15223,00-A+JUSTICA+ZEN.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012).

²⁶⁸ O estilo de argumentação denominado maximalista é antagônico ao estilo minimalista. No estilo minimalista, o juiz se atém aos fatos e ao caso concreto e deduz a fundamentação estritamente necessária a justificar a sua conclusão. O juiz maximalista, ao contrário, recorre a amplas elucubrações e formula conceitos e ideias que podem influenciar o julgamento de um conjunto maior de casos futuros. A atitude maximalista pode constituir uma característica pessoal sincera do juiz, uma forma de atuação estratégica, com o propósito de influenciar o desenvolvimento do direito e/ou, ainda, uma tendência institucional, com raízes culturais em determinado sistema. O assunto será aprofundado no capítulo 3.

[...] sejam ou não concretamente desimpedidos para o casamento civil tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de papel passado? (*vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes*)?²⁶⁹

E, mais adiante, responde ao ministro Carlos Alberto Direito, também como já narrado:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Sim [um homem pode ter diversas famílias]. Só diz respeito ao homem e à mulher, aos núcleos domésticos. *Isso é como preferência sexual. É a mesma coisa, não nos diz respeito.* O modo pelo qual as pessoas são felizes, esse modo não nos diz respeito, absolutamente.²⁷⁰

Destacam-se, portanto, na decisão: i) a particularidade da linguagem, ii) a ênfase nos aspectos humanos e na forma emotiva de decidir, iii) as ideias progressistas e iv) o que se designou equiparação ativista. A linguagem poética e as referências a aspectos humanos e emotivos se afinam com as aspirações literárias do ministro Ayres Britto, que possui livros de poesia publicados e é membro da Academia Sergipana de Letras e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas²⁷¹. As mencionadas características são expressão, ainda, da sua visão de mundo, segundo a qual deve-se ter um “modo humanista de ver o Direito”. Muito embora tenha inegável formação técnica²⁷² – o ministro é mestre em Direito do Estado e doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – , para ele o operador jurídico deve ser, antes de tudo, “intuitivo”. As categorias jurídicas e técnicas são menos relevantes, porque a verdadeira missão do juiz é julgar com sensibilidade e coragem para inovar²⁷³. O ministro Ayres Britto já declarou à imprensa que “a maior de todas as religiões é o amor”²⁷⁴ e, em seus votos, recorre às mais diversas referências, citando,

²⁶⁹ RE 397762, p. 626, grifou-se.

²⁷⁰ RE 397762, p. 645, grifou-se.

²⁷¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=38>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

²⁷² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=38>>. Acesso em: 06 set. 2012.

²⁷³ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, n. 8, jul./dez. 2010. p. 22. Transcrição de palestra proferida em 21-05-2010, no I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste do Brasil. Sobre o julgamento da constitucionalidade de se reconhecer à mulher o direito à interrupção da gestação de um feto anencefálico, afirmou que o julgamento seria repleto de “reflexões e intuições, porque o sentimento também conta na hora de equacionar os fatos” (BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. STF começa a julgar aborto de anencéfalos. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 12, 11 abr. 2012).

²⁷⁴ Nas palavras do ministro: “A maior de todas as religiões é o amor. Viver em estado amoroso é a suprema religião”; “Tenho certeza de que Deus deve estar batendo palma para mim”. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI16091-15223,00-A+JUSTICA+ZEN.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

inclusive, Chico Xavier, conhecido médium espírita²⁷⁵, além de se declarar praticante de meditação²⁷⁶. Nesta linha, já observou:

[...], eu gostaria de no futuro assistir a congressos, versando não sobre temas técnicos, mas coisas assim: [...], a independência do Juiz, a humanidade, o humanismo do decididor, o humanismo do julgador, a coragem de ousar. Eu gostaria que os temas fossem esses. [...]. Quando se antagonizam por modo insuperável a segurança e a justiça material, evidente que nós devemos optar pela justiça material, porque um valor fundante do Direito, [sic] é a Justiça. [...]. Eu gostaria de ver congressos, seminários falando da absoluta necessidade de o operador do Direito ler poesia, ler romance, ler crônicas, tocar um instrumento, [...]. Porque isso é o que humaniza o operador do Direito e o habilita a enxergar nele, [sic] uma vereda que seja por onde possa[m] transitar altivamente a liberdade, a igualdade, a fraternidade.²⁷⁷

As características antes indicadas, a personalidade e as convicções do ministro Ayres Britto são responsáveis por um modo de decidir, um padrão que se repete nos casos que o mobilizam e que ganharam repercussão pública. É o que se verifica de sua atuação nos julgamentos sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADIn 3510), sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas (ADIn 4277, ADPF 132), sobre a Lei de Imprensa (ADPF 130) e sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54)²⁷⁸.

Nas quatro ações, o ministro firmou posições progressistas²⁷⁹. Na primeira delas, ADIn 3510, discutiu-se a constitucionalidade da Lei nº 11.005/2005 (Lei de Biossegurança), que permitiu a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, embriões estes gerados por fertilização *in vitro* e não implantados em útero²⁸⁰. O

²⁷⁵ ADIn 4277, p. 650.

²⁷⁶ Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI16091-15223,00-A+JUSTICA+ZEN.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

²⁷⁷ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, n. 8, jul./dez. 2010. p. 22. Transcrição de palestra proferida em 21-05-2010, no I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste do Brasil.

²⁷⁸ Consideraram-se como casos com repercussão pública relevante aqueles que foram objeto de manchetes em jornais de grande circulação. Os quatro casos selecionados acima preenchem tal requisito, foram alvo de discussões na mídia, de debates na comunidade jurídica e de mobilização de diversos grupos de interesse.

²⁷⁹ Em matéria de direitos fundamentais, é muito comum que a decisão favorecendo o exercício de determinado direito implique, simultaneamente, a restrição de outro direito que se encontre em tensão com o primeiro. Sobretudo em tais situações, a qualificação de uma decisão como progressista ou conservadora tem inevitavelmente um caráter histórico, cultural, podendo ensejar, ainda, algum nível de apreciação subjetiva. A designação de progressista ou conservador neste trabalho se baseia em duas referências: i) a percepção histórica e cultural do que se considera um avanço e ii) o entendimento da maioria do STF sobre o que se considera um avanço.

²⁸⁰ A Lei de Biossegurança dispunha, ainda, como condições para a utilização dos mencionados embriões: i) que fossem inviáveis; ii) que estivessem congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou, quanto

autor da ação, o procurador-geral da República, alegou que a norma ensejava violação do direito à vida e do princípio da dignidade humana, porque a vida humana começava na fecundação, de modo que o zigoto²⁸¹ já seria um ser humano embrionário e sua utilização em tais pesquisas implicaria a sua destruição.

O ministro Ayres Britto produziu um voto extenso no caso, pelo qual sustentou, entre outros argumentos, que a Constituição não diz quando começa a vida humana e que o embrião não tem como progredir reprodutivamente, salvo se implantado no útero materno. No caso, os embriões utilizados para fins de pesquisa seriam justamente aqueles que não seriam objeto de implantação e que, por isso, jamais se tornariam uma pessoa com vida. Como não se tornariam uma pessoa com vida, não haveria que se falar em violação do direito à vida e à dignidade humana. Ao final, reconheceu a constitucionalidade da norma. Seu voto encontrava-se repleto de referências poéticas, literárias e emotivas:

29. [...] as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final da metamorfose. O prefixo grego “meta” a significar, aqui, u’ a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo que se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social, quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. [...].

.....
48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. Não sabe o que é solidão, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero. Impossível esquecer-lo!²⁸²

Na ADIn 4277 e na ADPF 132, discutia-se a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos

aos já congelados em tal data, depois de completados três anos de congelamento; iii) que houvesse consentimento dos genitores; iv) que os projetos de pesquisa fossem submetidos à apreciação e aprovação de comitês de ética e pesquisa das instituições realizadoras das respectivas pesquisas; e v) que não houvesse comercialização de material biológico, sob pena de configuração de crime.

²⁸¹ O zigoto é o resultado da união entre o óvulo e o espermatozoide. Constitui uma célula que guarda as características genéticas dos genitores e que é capaz de gerar todas as demais células do organismo adulto.

²⁸² ADIn 3510, p. 172-190.

exigidos para a constituição de uma união estável entre o homem e a mulher, e se buscava conferir aos parceiros homoafetivos os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis. Ao se pronunciar sobre o caso, o ministro Ayres Britto igualmente adotou a posição mais progressista, não apenas reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares e conferindo aos parceiros os mais amplos direitos, mas declarando expressamente que tal união encontrava-se tutelada pelo art. 226, §3º, CF, fruindo do mesmo *status* e do mesmo regime jurídico aplicável às uniões entre homens e mulheres. Segundo o art. 226, §3º, CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Novamente, a linguagem característica e a ênfase nos aspectos humanos estavam presentes, tendo o ministro afirmado que se tratava, no caso, de uma união amorosa semelhante àquela entre um homem e uma mulher, que implicava “um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto ao outro”, observando que o instituto deveria ser interpretado à luz do amor. Segundo Max Scheler, citado em seu voto, o ser humano “antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”²⁸³.

Já a ADPF 130 teve por objeto a discussão sobre a recepção (ou não) da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela Constituição Federal de 1988. O arguente, Partido Democrático Trabalhista (PDT), alegava que a norma teria sido elaborada durante a ditadura militar e que continha prescrições limitadoras à liberdade de imprensa e de expressão. No julgamento, o ministro Ayres Britto sustentou a não recepção integral da norma, tendo em vista sua lógica restritiva, bem como a relevância da liberdade de imprensa como precondição para a própria democracia, já que seria responsável por conferir transparência, publicidade, e por veicular uma visão crítica sobre a vida pública. Novamente, em seu voto, o ministro refere-se à liberdade de imprensa com sua linguagem característica, qualificando-a como uma “liberdade intrinsecamente luminosa”, e aludindo à atividade como “cristalina fonte das informações multitudinárias que mais habilitam os seres humanos a fazer avaliações e escolhas no seu concreto dia a dia”²⁸⁴.

²⁸³ ADIn 4277, p. 630.

²⁸⁴ ADPF 130, p. 32-37.

Na mesma linha, ao julgar a ADPF 54, o ministro Ayres Britto manifestou-se a favor do direito de escolha da mulher à interrupção da gravidez, no caso de ser o feto portador de anencefalia, asseverando que a interrupção, na hipótese, não era o fator que impossibilitava a vida de tal feto (já que a sua sobrevivência, em virtude de tal patologia, era inviável). Nessas condições, segundo ele, “o produto da concepção” não se traduziria “em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo”. Em tal situação, não haveria “uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova”. E, possivelmente em uma resposta sutil a alguns argumentos religiosos sobre o tema, observou:

É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana²⁸⁵.

Quem poderia ditar a Deus as decisões sobre a vida e a morte? Mais adiante, o ministro observou, ainda, que a questão só estava em discussão porque se tratava da autonomia da vontade das mulheres. Se os homens engravidassem, a interrupção da gravidez há muito estaria legitimada, pois não se imporiam tal sacrifício:

Foi nesse momento que, na penúltima assentada, eu pude dizer que se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez anencéfala já seria lícita desde sempre. E, aqui, o que se pede – não me custa lembrar – é o reconhecimento que tem a mulher gestante de um organismo ou de um feto anencéfalo, o direito que ela tem de escolher, de optar. Ela não está sendo forçada a absolutamente a nada. O que se respeita é a autonomia de uma mulher, que além de mulher é gestante; e que não suporta, se opta pela interrupção da gravidez, a dilacerante dor de ver o produto da sua concepção involucrad[o] numa mortalha²⁸⁶.

Além disso, em pelo menos três das quatro ações, o ministro Ayres Britto, em *obiter dicta*, expressou entendimentos próprios sobre questões altamente controvertidas diversas daquelas que eram objeto de apreciação – recurso já designado *equiparação ativista*. Seu voto na ADIn 3510 (sobre pesquisas com células-tronco) afirmava que a interrupção da gravidez não é vedada pela Constituição, mas pela legislação ordinária, registrando, ainda, o direito dos casais à liberdade reprodutiva, segundo ele, positivada constitucionalmente na cláusula do direito ao planejamento familiar. Esse entendimento poderia sinalizar uma abertura para o reconhecimento da possibilidade de interrupção da gravidez em hipóteses bastante amplas, e

²⁸⁵ Manifestação do ministro Ayres Britto na ADPF 54, p. 5-6. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

²⁸⁶ Manifestação do ministro Ayres Britto na ADPF 54, p. 11. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

era indicativo de seu possível posicionamento na ADPF 54 (sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos). Entretanto, a ADIn 3510 versava sobre a utilização de embriões para pesquisa e não sobre a interrupção de uma gravidez ou sobre a proteção jurídica conferida aos fetos pela Constituição.

Senhor Presidente, eu disse em meu voto e repito: a Constituição Federal não faz de qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da *vida que já é própria de uma concreta pessoa*, a vida de alguém, de um indivíduo já adornado da personalidade civil. Vale dizer, *nessa perspectiva que tenho como rigorosamente constitucional, a vida humana ou a pessoa humana se define com o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.*

.....
O que se extrai dessas iniciais considerações é o seguinte: a Constituição no art. 1º inciso III, fala, sim, de dignidade da pessoa humana, mas ela já se autoexplica: *dignidade da pessoa ou de um ser dotado de personalidade, porque só a pessoa humana detém personalidade.* A personalidade é um atributo da pessoa humana.

.....
Ou seja, a dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisório-familiar. *Planejar o número de filhos*, a quantidade de filhos, a possibilidade de assisti-los, afetiva e materialmente, tudo isso é matéria regradada pela Constituição com este emblemático nome de “paternidade responsável”. *O planejamento familiar responsável é liberdade, direito fundamental do casal.*²⁸⁷

Ao examinar a possibilidade de reconhecimento das uniões entre parceiros do mesmo sexo como entidade familiar (ADIn 4277 e ADPF 132), o ministro Ayres Britto sugeriu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é vedado constitucionalmente, dando sinais de como viria a decidir esta questão, se chamado a tal. No entanto, o que se debatia era o reconhecimento da união estável homoafetiva e não do casamento.

[...]. *Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima construção da família [união estável e casamento], nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos.* Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém, senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equivalência jurídica com os primeiros.²⁸⁸

Ao examinar a (não) recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988 (ADPF 130), foi além e afirmou que a liberdade de imprensa não seria passível de regulação, quer pela lei tida como não recepcionada em seu voto, quer por qualquer outra. Defendeu, em síntese, a absoluta “impossibilidade de produção de uma ‘Lei de Imprensa’, como tal

²⁸⁷ ADIn 3510, p. 311-318, grifou-se.

²⁸⁸ ADIn 4277, p.654-655, grifou-se.

entendido um diploma legislativo de feição orgânica ou estatutária²⁸⁹. Nesse último aspecto, ficou vencido, tendo os demais ministros entendido que, embora a lei em exame não houvesse sido recepcionada, não se descartava *a priori* a possibilidade de uma nova norma regular a matéria de forma compatível com a Constituição. As considerações acima são um forte indicativo da influência das características e convicções pessoais do ministro Carlos Ayres Britto sobre suas decisões.

2.4.2 Ministro Gilmar Mendes: a revolução metodológica

O ministro Gilmar Mendes apresenta algumas características contrastantes com aquelas exibidas de forma tão eloquente pelo ministro Carlos Ayres Britto. É um ministro com tendências conservadoras, ao menos em algumas matérias²⁹⁰, e que valoriza questões jurídicas e técnicas em seu processo de decisão. Tais tendências conservadoras podem ser verificadas nos votos por ele proferidos nas quatro ações examinadas anteriormente: i) ADIn 3510, sobre a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias; ii) ADIn 4277 e ADPF 132, sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas; iii) ADPF 130, sobre a (não) recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988; e iv) ADPF 54, sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. As posições manifestadas pelo ministro nos mencionados casos encontram-se sintetizadas a seguir:

i) Na ADIn 3510 (sobre células-tronco embrionárias): Afirmou a constitucionalidade da pesquisa e da terapia com células-tronco embrionárias, desde que fossem condicionadas à prévia autorização e aprovação por órgão central de ética e pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde, restando vencido quanto a tal condicionamento, que era mais restritivo do direito em questão do que aquele manifestado pela maioria do

²⁸⁹ ADPF 130, p. 63.

²⁹⁰ Como já se observou acima, a designação de progressista ou conservador neste trabalho baseia-se em duas referências: i) a percepção histórica e cultural do que se considera um avanço; ii) o entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma questão. Com base nesse critério e como se percebe pela narrativa já empreendida, consideraram-se progressistas as decisões que declararam o direito à pesquisa com células-tronco embrionárias, que reconheceram as uniões homoafetivas, que permitiram a interrupção da gestação de fetos anencefálicos e que afirmaram a liberdade de imprensa de forma ampla. Esses foram os direitos reconhecidos pela maioria do STF e percebidos por esta como um avanço. Os ministros que restaram vencidos em tais julgados, por reconhecerem tais direitos de forma mais limitada ou por negá-los, foram considerados mais conservadores do que a maioria.

STF. A maioria simplesmente aprovava o sistema já existente, que previa a submissão das pesquisas aos comitês de ética das próprias instituições de pesquisa.²⁹¹

ii) Na ADIn 4277 e na ADPF 132 (sobre uniões estáveis homoafetivas): Reconheceu as uniões estáveis homoafetivas, com a ressalva de que entendia que o regime jurídico das uniões heteroafetivas lhes seria aplicável apenas “no que coubesse”. Frisou que deixava em aberto, entre outras, a discussão sobre o direito de parceiros do mesmo sexo ao casamento e à adoção, restando novamente vencido, por apresentar entendimento mais limitante do que a maioria.

iii) Na ADPF 130 (sobre a Lei de Imprensa): Votou pela não recepção parcial da Lei de Imprensa editada durante a ditadura, mantendo, contudo, seus arts. 29 a 36, que regulavam o direito de resposta em caso de agravo, e conferiu interpretação conforme à Constituição, para que tal direito de resposta fosse mais amplo e se aplicasse também à hipótese de opinião ofensiva. A maioria do Tribunal decidiu pela não recepção integral da norma, reconhecendo maior amplitude à liberdade de imprensa.

iv) ADPF 54 (sobre anencefalia): Concluiu pela possibilidade de interrupção da gestação de um feto anencefálico, mas defendeu a necessidade de regulação das condições de diagnóstico de anencefalia, criando restrições procedimentais ao exercício do direito pela gestante, tais como a exigência de realização da cirurgia por médico diverso daqueles responsáveis pelo diagnóstico da anomalia e de acompanhamento psicológico antes e depois do procedimento, a ser disponibilizado pelo Poder Público. O ministro também ficou vencido no ponto²⁹².

Nos casos antes indicados, o ministro Gilmar Mendes não negou expressamente os direitos afirmados pela maioria do STF, mas propôs condicionamentos ao seu exercício ou os definiu de forma vaga, o que acabava por resultar em alguma restrição à fruição de tais

²⁹¹ Segundo o art. 5º, § 2º, da Lei 11.105/2005: "Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa". Já o ministro Gilmar Mendes explicitou, em seu voto, que reconhecia a constitucionalidade do dispositivo "desde que seja interpretado no sentido de que a permissão de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde" (ADIn 3510, p. 497).

²⁹² Cf. Informativo 661, STF.

direitos. Possivelmente, esse “conservadorismo moderado” tem relação com a influência de aspectos conflitantes de seu *background* na decisão de tais casos, *background* este nos quais valores pessoais tradicionalistas, resistentes às mudanças, contrapunham-se às posições progressistas da academia, da comunidade jurídica e da mídia, que são grupos relevantes para o ministro.

Entre os casos selecionados acima, aqueles que mais se destacam como expressão das inclinações conservadoras do ministro Gilmar Mendes são as ações sobre uniões homoafetivas. Nos demais casos, poder-se-ia alegar que havia uma situação de tensão entre direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. O direito à pesquisa com células-tronco embrionárias e o direito à disposição do material genético supostamente opunham-se ao direito à vida dos embriões. A integral não recepção da Lei de Imprensa alegadamente criaria um vácuo jurídico no que tange ao direito de resposta em caso de agravo, importando em restrição aos direitos fundamentais à honra, à privacidade e à dignidade.²⁹³ O direito à interrupção da gestação de fetos anencefálicos limitaria o direito dos fetos à vida. Portanto, seria possível sustentar que o caráter mais ou menos restritivo de direitos de tais decisões dependeria do ponto de vista do intérprete, da maior ou menor importância que conferisse a cada um dos valores em conflito.

Entretanto, esse raciocínio não se aplica ao caso das uniões homoafetivas. Nesse caso, o reconhecimento de tais uniões e a definição dos direitos e deveres que lhes são aplicáveis constituíam expressão, entre outros, dos direitos à igualdade e à não discriminação em razão da orientação sexual, direitos fundamentais de indiscutível estatura constitucional, relacionados ao respeito à dignidade humana e à liberdade de cada indivíduo de idealizar, em sua esfera privada, os seus próprios projetos de felicidade, sem a interferência do Estado. Contrariamente aos demais casos antes narrados, *o reconhecimento das uniões homoafetivas não ensejava restrição de qualquer ordem a outros direitos constitucionalmente tutelados*. Por outro lado, reconhecer tais uniões tinha o propósito central de fixar o regime jurídico a que se encontravam submetidas.

Atenta a tais circunstâncias, a maioria do Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas, com base no art. 226, §3º, CF, sem fazer distinções entre o regime jurídico aplicável aos casais heteroafetivos e homoafetivos. Entendeu-se que, apesar de o dispositivo em questão referir-se às uniões entre homens e mulheres, o propósito de tal

²⁹³ Na prática, a maioria do STF parece ter entendido que o direito de resposta vinha sendo construído pela jurisprudência, com base no art. 5º, inc. V, CF, que dispõe: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

redação era de inclusão, de reconhecimento das famílias constituídas sem o vínculo matrimonial. Sua finalidade não era a de exclusão de casais homoafetivos, porque essa leitura seria desautorizada por outros dispositivos da Constituição, que vedam a discriminação em razão da orientação sexual e garantem o respeito à igualdade, à dignidade humana e à vida privada (art. 1º, inc. III; art. 3º, inc. IV; art. 5º, *caput* e inc. X, CF). Com base nesse entendimento, a maioria conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723, CC, para que contemplasse igualmente os parceiros de mesmo sexo em sua dicção²⁹⁴. Era a seguinte a redação literal do mencionado dispositivo:

Art.1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O ministro Gilmar Mendes se opôs a tal entendimento, com o argumento de que ele implicaria violação ao sentido literal do próprio art. 226, §3º, CF, e, ainda, sob o fundamento de que a equiparação de regimes jurídicos poderia conduzir a consequências imprevisíveis, demandando maior debate da sociedade e a atuação do Congresso Nacional. Assim, afirmou que reconhecia as uniões estáveis homoafetivas, até porque constituíam um fato da vida, mas não as subsumia ao mencionado dispositivo constitucional, e, portanto, entendia que não havia plena equiparação entre os regimes jurídicos das uniões estáveis hetero e homoafetivas, sendo as normas regedoras das primeiras aplicáveis às segundas apenas “no que coubesse”. O voto do ministro deixava de esclarecer duas questões centrais. Não explicitava o critério que justificaria a conferência de tratamento diferenciado aos dois tipos de união. E não definia quando a aplicação do regime jurídico das uniões heteroafetivas seria cabível, tampouco propunha um critério para balizar a decisão sobre sua incidência. Produzia, assim, uma conclusão vaga, que poderia tornar o reconhecimento das uniões homoafetivas inócuo na prática. Segundo o ministro:

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre

²⁹⁴ Como já esclarecido, através da interpretação conforme à Constituição procede-se à releitura da norma cuja constitucionalidade é impugnada, de forma a lhe conferir significado compatível com a Constituição. Cf., sobre o tema, MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 426 e ss.

homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a idéia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever de honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

.....
Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da aplicação das regras de vedação ao nepotismo, por exemplo. Em relação à legislação eleitoral, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua repercussão no âmbito penal.

.....
Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos²⁹⁵.

Além de suas inclinações conservadoras, já explicitadas acima, alguns elementos reiteradamente presentes nos votos do ministro Gilmar Mendes caracterizam seu comportamento judicial e possuem relação com seu *background*. São eles: i) o recurso ao direito comparado em sua argumentação, com destaque para a doutrina alemã e para a jurisprudência da Corte Constitucional alemã; ii) as amplas digressões sobre técnicas de decisão em matéria de controle de constitucionalidade; e iii) a discussão sobre o dogma do legislador negativo e sobre a produção de decisões manipulativas, aditivas ou substitutivas²⁹⁶.

O ministro Gilmar Mendes teve parte marcante de sua formação na Alemanha, onde cursou mestrado e doutorado. Essa experiência e o contato mais próximo com o direito comparado que ela proporcionou explicam a ênfase que confere a tal dimensão argumentativa e ao direito alemão em suas decisões. Ademais, os temas de sua dissertação de mestrado e de sua tese de doutorado naquele país, bem como o tema de sua dissertação de mestrado apresentada à Universidade Nacional de Brasília e, ainda, diversas obras que publicou versam sobre técnicas de controle de constitucionalidade, questão que parece constituir o centro de

²⁹⁵ ADIn 4277, p. 801-803, grifos do original.

²⁹⁶ No mesmo sentido e, ainda, indicando seu interesse igualmente pela ponderação de valores, cf. SILVA, Alexandre Garrido da; BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 120.

seus interesses acadêmicos²⁹⁷. No que respeita a *referências ao direito comparado*, elas estavam presentes em todos os votos proferidos nos casos antes identificados, conferindo-lhes indiscutível densidade:

i) Na ADIN 3510 (sobre células-tronco embrionárias): O ministro recorreu à análise da legislação de outros países, como Alemanha, Austrália, França, Espanha e México para sustentar que a regulação das pesquisas com células-tronco, tal como disposta na Lei 11.105/2005, era insuficiente. E utilizou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã com o propósito de demonstrar que a insuficiência de tal regulação poderia conduzir à declaração da inconstitucionalidade da norma, por violação ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de proteção deficiente, embora tenha proposto, ao final, encaminhamento diverso.

ii) Na ADIn 4277 e na ADPF 132 (sobre uniões homoafetivas): Recorreu ao direito comparado para verificar o tratamento conferido às uniões homoafetivas. Dividiu os países, na matéria, entre países repressores, que proibiriam e puniriam o homossexualismo; países indiferentes; e países avançados (o termo é do próprio ministro), em que são previstas medidas para a proteção dos casais homoafetivos. Esclareceu como a questão era tratada nos diversos países, com destaque para o regime jurídico alemão. Demonstrou que a tendência mundial apontava para a afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Ponderou, contudo, que tais uniões poderiam ser protegidas através do casamento tradicional ou por instituto assemelhado à união estável; que poucos países adotaram a equiparação ao casamento e que todas as legislações a respeito foram fruto de anos de discussão, sustentando que o extenso debate no direito comparado e as diferentes escolhas de cada país na matéria indicariam a necessidade de um amadurecimento da questão, que seria impeditivo de uma resposta exaustiva pelo Supremo Tribunal Federal naquele momento.

iii) Na ADPF 130 (sobre a Lei de Imprensa): Baseou-se no direito comparado para demonstrar a importância e o significado da liberdade de imprensa para o Estado Democrático de Direito. Utilizou referências da jurisprudência norte-americana e da

²⁹⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/cv_gilm_ar_mendes_2008maio06.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2012.

jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão sobre o tema. Dissertou sobre as normas que regulavam tal direito na Espanha, em Portugal, no México, no Reino Unido, na França, no Chile, no Peru, no Uruguai e, ainda, na Alemanha, aprofundando-se no exame das últimas. Defendeu, a partir de tais referências, a imperiosa necessidade de lei para regular o exercício de tal liberdade, observando que a imprensa constitui um “poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal”; que o indivíduo e os meios de comunicação encontravam-se em uma situação de desigualdade de armas, devendo-se garantir ao menos o direito de resposta, de modo a compensar tal desequilíbrio²⁹⁸.

iv) Na ADPF 54 (sobre anencefalia): Discorreu sobre o tratamento dado ao aborto no direito comparado e demonstrou que praticamente metade dos países-membros da ONU reconheciam a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia do feto²⁹⁹.

As discussões sobre *técnicas de decisão* em matéria de controle de constitucionalidade, sobre o *dogma do legislador negativo* e sobre a produção de *decisões manipulativas* também estiveram presentes em tais votos em maior ou menor grau. Segundo o *dogma do legislador negativo*, compete ao Tribunal Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, tão somente retirar do mundo jurídico a norma incompatível com a Constituição, sem interferir no seu teor. As *decisões manipulativas*, por sua vez, constituem uma técnica de decisão pela qual o conteúdo da norma cuja constitucionalidade é questionada é parcialmente alterado, a fim de torná-la compatível com a Constituição e de evitar a sua integral retirada do ordenamento. As aludidas decisões podem produzir efeitos manipulativos aditivos ou substitutivos. As decisões de *efeito aditivo*, segundo o ministro, são aquelas que

²⁹⁸ Nas palavras do ministro: “O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa, como antes analisada, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenhühl quando escreve que “hoje não são tanto os *media* que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado pelos *media*” [...]. No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa” (ADPF 130, p. 253-255).

²⁹⁹ Informativo 661, STF.

ensejam a ampliação do texto da lei ou de seu âmbito de incidência. Já aquelas de *efeitos substitutivos* correspondem à substituição da disciplina prevista na lei impugnada por outra, compatível com os parâmetros constitucionais³⁰⁰. Obviamente, a adição e a substituição de conteúdos normativos implica a atuação do Tribunal como *legislador positivo*, impondo a superação de um dogma que integrava o conhecimento tradicional sobre o exercício do controle de constitucionalidade. Essa superação tem sido intensamente articulada pelo ministro Gilmar Mendes em seus votos.

Em linhas gerais, o ministro Gilmar Mendes inicia sua abordagem sobre o tema reconhecendo que a interpretação conforme à Constituição encontra limites na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e que tais limites correspondem ao sentido literal do texto e à intenção do legislador, que devem ser respeitados pelo intérprete. Observa, contudo, que, em algumas situações, a mera declaração de inconstitucionalidade da lei pode ter efeitos ainda mais maléficos para a ordem jurídica, deixando matérias relevantes sem a adequada regulação, ao extirpar do ordenamento as normas tidas por inconstitucionais. Nessas situações, defende que a interpretação com efeitos manipulativos estaria justificada por *razões pragmáticas*.

As digressões do ministro sobre o tema incluem alusões à utilização de decisões manipulativas pelas Cortes Constitucionais europeias, sobretudo pela Corte Constitucional italiana, bem como referências ao fato de que a jurisprudência do STF já estaria evoluindo para formas de decisão que mitigam os efeitos – de nulidade total – da declaração de inconstitucionalidade pura, como seria o caso da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, da aferição da lei ainda constitucional, do apelo ao legislador e da modulação dos efeitos temporais das decisões³⁰¹. Tais digressões abrangem, por fim, a citação de julgados em

³⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1432-1435.

³⁰¹ Na *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, o Tribunal considera inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem alterar seu programa normativo (*i.e.*, quando o STF determina que a cobrança de um novo tributo, previsto na lei, não pode deixar de observar o princípio da anterioridade, cf. RMS 11.853). Na *aferição de lei ainda constitucional*, o Tribunal deixa de declarar a inconstitucionalidade da norma em exame, mas ressalva a possibilidade de vir a fazê-lo, sob o fundamento de que o reconhecimento da legitimidade da norma se assentou em uma circunstância de fato transitória (*i.e.*, quando se reconheceu a validade da lei que conferia prazos processuais em dobro para a Defensoria Pública, enquanto esta não estivesse devidamente estruturada, cf. HC 70.510). No *apelo ao legislador*, o reconhecimento de uma situação jurídica que ainda não se tornou inconstitucional leva o Tribunal a conclamar o legislador a proceder à sua correção. Por fim, no caso de *modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade*, a nulidade da norma é reconhecida, mas só produz efeitos a partir de determinado momento fixado no julgado, limitando-se seu caráter retroativo. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. Op. cit., p. 287 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1423 e ss.

que o STF promoveu a modificação do sentido original da norma interpretada, para demonstrar que o Tribunal, na prática, já está superando o dogma do legislador negativo e que tem atuado eventualmente como legislador positivo.

As abordagens sobre técnicas de decisão, nos casos em exame neste capítulo, resultaram nas propostas, apresentadas pelo ministro: i) de adição, à Lei de Biossegurança, da exigência de aprovação e fiscalização das pesquisas e terapias com células-tronco por um órgão central da administração pública, ainda que tal previsão não constasse da norma; ii) de ampliação do direito de resposta previsto na Lei de Imprensa, para que fosse contemplado também na hipótese de opinião ofensiva, igualmente não prevista na norma; e iii) de definição de procedimentos para o caso de interrupção de gestações de fetos anencefálicos, envolvendo a produção de diagnóstico por dois médicos, restrições a que os mesmos médicos que atestaram a patologia realizassem o procedimento cirúrgico e acompanhamento psicológico da gestante, a ser disponibilizado pelo Poder Público, todas medidas não previstas na Lei de Biossegurança.

Como essas últimas considerações indicam, no aspecto metodológico do controle de constitucionalidade, o ministro Gilmar Mendes é responsável pela formulação de novas categorias e de técnicas de decisão inovadoras, embora ainda controvertidas. São exemplos não exaustivos de tais novas categorias ou técnicas de decisão, além das já aludidas *decisões manipulativas*:

i) *A defesa da eficácia transcendente dos motivos determinantes das decisões proferidas em controle concentrado de normas*: O ministro Gilmar Mendes sustenta que a tese fixada pelo STF ou as razões de decidir sobre a inconstitucionalidade da norma, em sede concentrada, também produzem efeitos vinculantes e gerais sobre a apreciação de normas semelhantes de outros entes da federação. Com base nesse entendimento, o STF, ao julgar uma causa, proferiria uma decisão impondo uma solução não apenas à própria causa sob exame, mas a todas as demais que guardassem semelhança com ela, e o desrespeito à interpretação firmada pelo Tribunal desafiaria reclamação a ser apreciada diretamente por este³⁰².

ii) *A atribuição de efeitos vinculantes e gerais às decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade*: O

³⁰² Sobre a eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão, cf. capítulo 1, item 3.1.5.

entendimento convencional do Supremo Tribunal Federal é de que somente as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem efeitos vinculantes e gerais. Ressalvadas algumas particularidades, as decisões proferidas no controle difuso produzem apenas efeitos sobre as partes do caso concreto³⁰³. E a Constituição prevê que compete ao Senado Federal a suspensão da norma declarada inconstitucional em controle difuso³⁰⁴. No entanto, o ministro Gilmar Mendes sustenta a mutação constitucional de tal dispositivo, defendendo que também as decisões proferidas no controle difuso seriam dotadas de eficácia geral, reconhecendo ao Senado Federal o papel residual de conferir mera publicidade à decisão³⁰⁵.

As discussões sobre técnicas de decisão de controle da constitucionalidade são uma constante nos votos do ministro Gilmar Mendes relativos a matérias de repercussão pública. Nos casos antes analisados, ocupam quase tanto espaço em seus votos quanto o enfrentamento do mérito dos assuntos levados a julgamento e expressam uma espécie de militância, com a qual o ministro busca superar antigos entendimentos e demonstrar que as referidas técnicas respondem a necessidades práticas enfrentadas pelo STF.

Tais instrumentos são expansores do poder do Tribunal³⁰⁶. Justificam a alteração e a adição de conteúdos às normas cuja constitucionalidade é questionada e ampliam a eficácia vinculante e geral das decisões do STF para seus motivos determinantes e para a modalidade de controle difuso, permitindo que o Supremo, ao apreciar as ações que lhe são trazidas a julgamento, produza conteúdos obrigatórios muito amplos e, com isso, limite, com maior

³⁰³ Sobre os efeitos das decisões proferidas em controle concentrado e em controle difuso da constitucionalidade, cf. capítulo 1, item 3.1.5.

³⁰⁴ De acordo art. 52, CF, compete privativamente ao Senado: “Suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

³⁰⁵ Este entendimento foi defendido pelo ministro Gilmar Mendes, por exemplo, na Reclamação 4335. Nela se sustentava que a decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, Estado do Acre, que negava progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em decorrência da prática de crimes hediondos, ensejava desrespeito à decisão proferida pelo STF no HC 82959, em que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8072/1990, que vedava tal progressão de regime para esse tipo de crime. Com base em tal entendimento, o ministro recebeu a reclamação, a despeito do fato de que a decisão do Supremo tida como violada fora proferida em sede de controle difuso e incidental da constitucionalidade, entre partes distintas. Considerou, assim, que a tese jurídica que serviu de base para a decisão proferida no controle difuso obrigava a todos, fossem ou não parte de tais processos. Cf., ainda, a defesa do mesmo entendimento no RE 197.917, p. 509.

³⁰⁶ Em sentido semelhante, cf. SILVA, Alexandre Garrido da; BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Op. cit., p. 124 e 136.

intensidade, a discricção da administração pública, dos demais órgãos judiciais e da população de modo geral, sendo concentradora de poder e inibidora do ativismo judicial nas instâncias inferiores. Podem, contudo, ser justificáveis, em algumas circunstâncias, à luz de necessidades práticas.

Por fim, um último tema tem aparecido de forma reiterada nas manifestações do ministro Gilmar Mendes: o alerta de que o Supremo Tribunal Federal não se deve curvar à opinião da maioria. A própria concepção de supremacia da Constituição, segundo o ministro, pressupõe a retirada de determinados direitos do processo de deliberação majoritária, posto tratem-se de direitos cuja preservação é essencial à manutenção da democracia (*i.e.*, liberdade de locomoção, de associação, de expressão). O exercício do controle de constitucionalidade significa justamente proteger esses direitos contra eventuais ataques de leis produzidas por maiorias eventuais que os limitem, possuindo, portanto, inegável caráter contramajoritário. Assim, o ministro adverte que seria uma verdadeira contradição esperar que o Supremo produza sempre decisões convergentes com a maioria.

De fato, o ministro Gilmar Mendes protagonizou alguns embates em que demonstrou que a forte reação do público não era capaz de constrangê-lo. Em caso que despertou grande atenção da imprensa, em julho de 2008, determinou a soltura de banqueiro cujas ações vinham sendo objeto de processos criminais, alertando que: “Se o juiz, seja ele de que grau for, tiver que decidir atendendo ao clamor público, teremos não a aplicação do direito com seus princípios, mas um linchamento”.

O ministro reagiu com igual veemência àquilo que considerou excessos da polícia federal, como, por exemplo, a utilização da imprensa para a divulgação de operações policiais espetaculares, que denegririam a imagem de pessoas e de instituições; as pressões e críticas dirigidas aos juízes que não mantiveram o encarceramento de certos cidadãos, tal como desejava a polícia³⁰⁷; e a suspeita de grampeamento do telefone da Presidência do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que declarou: “Não há mais como descer na escala da degradação institucional”; “Gravar clandestinamente os telefonemas do presidente do STF é coisa de regime totalitário. É deplorável, ofensivo, indigno”³⁰⁸. No dia seguinte, uma delegação de ministros do Supremo foi ao Planalto e o chefe da entidade supostamente

³⁰⁷ MENDES, Gilmar. O aparato policial do Estado hoje está fora do controle. *Folha de São Paulo*. São Paulo, n. 29030, p. A18, 29 set. 2008. Entrevista concedida a Andréa Michael e Felipe Seligman. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2008_set_29.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

³⁰⁸ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. *Revista Piauí*, n. 47, p. 34-41, ago. 2010. p. 37

responsável pelo grampo foi afastado. Esta e outras manifestações demonstram a força e o estilo contundente do ministro Gilmar Mendes e lhe renderam uma imagem de independência perante a opinião pública, perante os demais poderes e a inevitável fama de polêmico³⁰⁹.

³⁰⁹ MENDES, Gilmar. Temos uma das cortes mais abertas do mundo. *Zero Hora*, Porto Alegre, 28 set. 2007. Entrevista concedida a Carolina Bahia. Disponível em: <<http://doutoraresponde.blogspot.com/2008/07/caso-dantas-e-posio-do-ministro-gilmar.html>>. Acesso em: 21 ago. 2009; Colecionador voluntário de controvérsias. *Correio Braziliense*. Brasília, n. 17139, 22 abr. 2010. p. 8, Política. Entrevista concedida a Samanta Sallum; Não me arrependo de nada. Estou em paz. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 15 abr. 2010. Nacional, A10. Entrevista concedida a Fausto Macedo, Felipe Recondo e Mariangela Gallucci. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2010_abr_15.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

2.4.3 Ministro Joaquim Barbosa: a oposição ao “status quo”

O ministro Joaquim Barbosa foi o primogênito de oito filhos. Enfrentou uma infância de muita pobreza. Estudou em escola pública. Aos dezesseis anos, empregou-se na gráfica do jornal *Correio Braziliense*. Formou-se em direito. Foi aprovado em concurso público para a Procuradoria-Geral da República. Fez doutorado na França. É o único ministro negro do Supremo Tribunal Federal. Personaliza, portanto, uma história de mérito pessoal e apresenta um *background* com poderosos elementos de identificação popular³¹⁰. Desde a sua confirmação pelo Senado, o ministro, como já se disse acima, declarou que pretendia levar ao Supremo Tribunal Federal uma visão influenciada por sua trajetória de vida³¹¹. Em suas manifestações à imprensa, demonstra preocupações quanto à monopolização da agenda dos tribunais e do STF pelas elites e por interesses corporativos:

FOLHA – Uma crítica recorrente é que o Supremo favorece as elites. Como o sr. vê essa observação?

BARBOSA – Eu ainda não amadureci a minha reflexão sobre isso. Mas há uma coisa que me perturba, que me deixa desconfortável aqui no tribunal e na Justiça brasileira como um todo. É o fato de que certas elites, certas categorias monopolizam, sim, a agenda dos tribunais. Isso não quer dizer que eu esteja de acordo com a frase de que o tribunal favorece as elites. Monopolizam a agenda.

FOLHA – Como isso ocorre?

BARBOSA – Nós temos na Justiça brasileira o sistema de preferência, tido como a coisa mais natural do mundo. O advogado pede audiência, chega aqui e pede uma preferência para julgar o caso dele. O que é essa preferência? Na maioria dos casos, é passar o caso dele na frente de outros que deram entrada no tribunal há mais tempo. Se o juiz não estiver atento a isso, só julgará casos de interesse de certas elites, sim. Quem é recebido nos tribunais pelos juízes são os representantes das classes mais bem situadas. Eu não posso avaliar inteiramente essa frase [de que o Supremo favorece as elites], mas acho que um país em que a Justiça está completamente abarrotada tem que ter atenção muito grande para esse perigo de que a agenda dos tribunais seja monopolizada por certos segmentos sociais. Basta prestar

³¹⁰ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. *Revista Piauí*, n. 47, p. 34-41, ago. 2010. p. 40; GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Vivi muita pobreza até os 17 anos, diz Barbosa. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 8 maio 2003. Nacional, p. A9. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2003_maio_08_002.pdf>. Acesso em: 30 mar 2012.

³¹¹ Como já se disse, em entrevista ao *Estado de São Paulo*, o ministro declarou: “Espero conseguir trazer uma visão ao Supremo influenciada pela minha trajetória, que tem três fases. A primeira, até os 17 anos, foi de muita pobreza. A segunda fase foi o ingresso na sociedade de classe média regular. E a terceira foi marcada por sorte, esforço pessoal e acesso a dados da realidade internacional que, muitas vezes, são inacessíveis à elite brasileira”. Cf. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Vivi muita pobreza até os 17 anos, diz Barbosa. *Estado de São Paulo*. São Paulo, 8 maio 2003. Nacional, p. A9. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci.

a atenção, durante cada ano, no tempo que o STF gasta julgando questões de interesse corporativo. É enorme.³¹²

Tais preocupações com a elitização da Justiça expressam inclinações ideológicas mais amplas, de não perpetuação do *status quo* e de moralização do Poder Público. Em 2006, o ministro Joaquim Barbosa conquistou forte apoio popular, ao assumir a relatoria do “Mensalão”, caso em que políticos e autoridades de relevo foram acusados de corrupção, entre outros crimes. Tratava-se de processo com mais de 50 mil páginas, 234 volumes e 500 apensos, em que a denúncia foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal, de forma inédita e amplamente noticiada pela imprensa, contra quarenta réus³¹³.

As inclinações moralizadoras e condenatórias do ministro Joaquim Barbosa são, não raras vezes, expressas com urgência, de forma muito contundente, provocando discussões com outros ministros, que eventualmente vislumbram óbices jurídicos para a condenação em casos específicos. A título de ilustração, submeteu-se ao STF, no HC 84388, a decisão sobre trancar (ou não) uma ação penal em que um juiz federal era acusado de pedir um grampo ilegal apenas para favorecer interesses de um amigo seu, sem que houvesse relação de tal diligência com qualquer processo sob sua responsabilidade. O magistrado fora incurso pela denúncia no crime previsto no art. 10 da Lei 9296/1996, que dispõe:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

A lei processual penal prevê que a denúncia, peça de acusação a ser apresentada pelo Ministério Público no processo penal, deve expor minuciosamente o crime, com todos os seus detalhes: qual é a conduta reputada ilícita, quando ocorreu, a que horas, como, quais eram as

³¹² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Enganou-se quem esperava um negro submisso no STF. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 25 ago. 2008, p. A16, Brasil. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2008_ago_25.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

³¹³ Conforme matéria publicada no jornal *Valor*: “Na retrospectiva do Supremo, o mensalão poderia ser comparado ao julgamento do ex-presidente Collor, em 1994. Os debates consumiram sessões extraordinárias iniciadas de manhã e que avançaram noite adentro – num dos dias, os debates prosseguiram até pouco antes das 23h. Mas enquanto o caso Collor não chegava a uma dezena de réus, no mensalão, são 38 os remanescentes dos 40 denunciados originalmente [...]. Além disso, a complexidade da acusação, no caso Collor, era menor e se baseava principalmente no crime de corrupção”. Cf. BASILE, Juliano, MAGRO, Máira e COSTA, Raymundo. O Supremo em seu momento. *Valor*. . São Paulo, p. 5-9, jul. 2012, Eu & Fim de Semana.

peessoas envolvidas (vítimas e coautores), em que tipo penal a ocorrência se enquadra. Nesses termos, o art. 41 do Código de Processo Penal prevê:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A razão de ser do artigo transcrito acima é evitar que denúncias imprecisas ou genéricas causem prejuízo ao direito de defesa dos acusados em processo penal. Para que um réu possa se defender da acusação da prática de um crime, é preciso que a denúncia indique, com detalhe, se e quando o ilícito ocorreu, e que o Ministério Público produza prova de tais fatos. Então, caberá ao réu demonstrar que o crime não ocorreu, que não participou do mesmo ou que não há provas de sua concretização.

Sem uma acusação precisa, o réu teria que se defender de um fato indeterminado. Na hipótese específica, teria que demonstrar que não houve grampo ilícito e que este nem mesmo foi tentado. Mas em que dia? Em qualquer dia? De que ano? Em qualquer ano? Envolvendo quais pessoas? Uma denúncia vaga pode ser extremamente restritiva do contraditório e, por isso, é vedada pela legislação. A mera instauração de uma ação penal tem consequências graves, devendo esta amparar-se em elementos consistentes, que garantam um processo regular, que possa ensejar uma decisão válida. Quando a denúncia não reúne os requisitos necessários, a ação não deve prosseguir e pode ser trancada, mediante *habeas corpus*.

Pelo que se infere do acórdão do mencionado HC 84388, a denúncia, no caso, limitava-se a transcrever conversas telefônicas entre o juiz e um terceiro, pelas quais se cogitava realizar um grampo ilegal. Tal peça não trazia uma descrição pormenorizada dos fatos, não explicitava se, quando, em que circunstâncias, tal grampo foi realizado ou, ao menos, tentado. Assim, segundo entendimento manifestado pelo ministro Gilmar Mendes, os fatos narrados na denúncia indicavam um comportamento inadequado do juiz como magistrado – cogitar valer-se de sua função para favorecer uma escuta telefônica ilegítima – que poderia ensejar a sua punição em âmbito disciplinar, mas não explicitavam, com clareza, a ocorrência de crime. Por esta razão, o ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela inépcia da denúncia e pelo trancamento da ação penal.

O ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, entendia que mesmo que a denúncia não fosse um primor, ela esclarecia minimamente os fatos imputados ao acusado, de forma a possibilitar o seu direito de defesa, e que a comprovação da ocorrência do crime dependia do prosseguimento da ação penal, razão pela qual ela não deveria ser trancada pelo Supremo

Tribunal Federal, como pleiteado no *habeas corpus*. O ministro preocupava-se, ainda, com o fato de que o crime era imputado a um magistrado, que, a seu ver, poderia ter incorrido em um desvio de poder gravíssimo, e sentia-se desconfortável quanto a paralisar o processo com base em um argumento – imprecisão da denúncia – que era meramente formal na sua opinião.

Como se vê, a divergência narrada acima expressava posições ideológicas diferentes sobre o processo penal e opunha a visão de um ministro “garantista” na matéria, o ministro Gilmar Mendes, à visão do ministro Joaquim Barbosa, marcada pela preocupação com a moralização da máquina pública, ainda que ao preço da minimização de certas exigências da legislação processual. Para o primeiro, a questão central era preservar o pleno exercício do direito de defesa dos acusados. Para o segundo, prevalecia a necessidade de romper com a percepção de impunidade e dar uma satisfação à sociedade.³¹⁴

É importante lembrar, ainda, que o ministro Joaquim Barbosa atuou, por quase duas décadas, como procurador da República, antes de sua nomeação para o Supremo Tribunal Federal. A Procuradoria da República é responsável pela persecução penal dos acusados em razão da prática de ilícitos federais e é regida pelo princípio *in dubio pro societatis*. Na dúvida, um procurador deve agir em prol da sociedade e provocar a instauração da pertinente ação penal. Já a atuação do juiz é regida pelo princípio *in dubio pro reu*. Na dúvida, o juiz deve julgar favoravelmente ao réu. A experiência de anos como órgão de acusação pode levar um magistrado a ter inclinações mais condenatórias, mais restritivas dos direitos dos

³¹⁴ Vale ressaltar que as inclinações condenatórias e flexibilizadoras de exigências relacionadas ao exercício do direito de defesa pelos acusados em um processo penal, que são mais populares no Brasil, em virtude do anseio do público pelo combate à corrupção e ao abuso de poder, são consideradas uma atitude conservadora pela jurisprudência norte-americana. Lá, os juízes tidos como progressistas são justamente os garantistas, na medida em que tutelam os direitos fundamentais dos acusados contra atos estatais abusivos na persecução penal. Fosse utilizado o mesmo critério no Brasil, ao menos em matéria penal, o ministro Gilmar Mendes seria considerado progressista. Este aspecto não infirma o que se disse anteriormente sobre sua posição mais conservadora na apreciação das ações já especificadas, que não versam sobre matéria penal. Além disso, a aplicação do mesmo critério de medição ideológica utilizado pelas cortes norte-americanas, em matéria penal, talvez seja uma questão aberta ao debate no caso brasileiro, tendo em vista as diferentes realidades culturais e históricas dos dois países. Não se está aqui sustentando a relativização do direito de defesa dos acusados, mas possivelmente o assunto envolve diferenças interpretativas acerca das situações de fato que efetivamente limitam o exercício de tal direito e que, por conseguinte, devem impedir a condenação criminal, como o próprio caso descrito acima sugere. Chama a atenção, ademais, a circunstância de que alguns ministros associados às posições mais progressistas do STF em matéria de direitos fundamentais são os mesmos associados a tendências não garantistas em direito criminal – como, por exemplo, o ministro Ayres Britto e a ministra Cármen Lúcia. Enquanto alguns ministros conservadores em matéria não penal são identificados com a corrente garantista – como é o caso do ministro Gilmar Mendes. De fato, como comenta Luís Roberto Barroso, “o Brasil é um país tão esquisito que aqui a direita é garantista e a esquerda é punitiva”. De todo modo, a abordagem dessa discussão demandaria investigação autônoma e aprofundada, escapando ao objeto do presente trabalho.

acusados, bem como mais favoráveis à flexibilização das exigências aplicáveis aos acusadores.

No caso em apreço, por exemplo, o ministro Joaquim Barbosa foi acompanhado em seu voto – no sentido do não provimento do *habeas corpus* e do não trancamento da ação penal – pela Ministra Ellen Gracie, também egressa do Ministério Público. A Ministra entendeu que a denúncia não seguia um modelo detalhado, mas permitia a adequada compreensão da acusação e, portanto, facultava o prosseguimento da ação penal. Por outro lado, este não foi o entendimento do ministro Celso de Mello, que, como os outros dois ministros, integrara o Ministério Público e tinha experiência profissional pretérita de atuação como órgão de acusação. Este último aderiu à opinião da maioria, votando pelo trancamento da ação penal. Como já foi observado, o *background* profissional pode influenciar o comportamento dos juízes de forma diferenciada. A divergência de entendimentos, todavia, gerou uma discussão acalorada entre o ministro Joaquim Barbosa e o ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...]. Nós estamos vivenciando um quadro surrealista. Só quero discutir, aqui, a aptidão da denúncia como temos feito no Plenário, que é a jurisprudência assentada, e que me parece consentânea com os padrões do Estado de Direito, como tive oportunidade de reler em dois magníficos votos de autoria do Ministro Celso de Mello. Tão somente isso. Tanto é que, se amanhã eles conseguirem produzir uma denúncia apta, o assunto poderá voltar. Não estamos a falar em atipicidade, estamos a falar na inaptidão da denúncia. Agora, é preciso ser rigoroso nessa matéria, porque sabemos que é um tipo de consórcio negativo que leva a esse tipo de demissão. Produzem-se denúncias, de fato, irresponsáveis, às vezes consorciados com a imprensa, com desígnios outros. Não é possível que um Tribunal deste nível, um Tribunal Constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, valide esse tipo de prática. Não é razoável. É preciso que o Tribunal tenha noção do seu papel institucional, o compromisso inequívoco com direitos fundamentais.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Concordo plenamente com Vossa Excelência, inclusive no que tange aos aspectos teóricos bem lançados por Vossa Excelência, no que diz respeito ao Estado de Direito, mas me é extremamente chocante, Ministro Gilmar, que venhamos a trancar a ação penal em que um juiz, um magistrado federal, tem um comportamento dessa natureza, por razões meramente formais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Comportamento que interessa na área penal é comportamento previsto na lei penal.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Que se resume na ação penal, que será desvendada em uma semana. É temerário. É absolutamente temerário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Temerário é receber denúncia temerária. Vossa Excelência está com o enfoque errado, o uso do Direito Penal para outro tipo de persecução. O problema há de se resolver na esfera disciplinar do Judiciário se não se caracterizar como crime.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Não posso chancelar o comportamento absolutamente inaceitável de parte de magistrado como esse.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência tem que caracterizar como crime.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Não posso utilizar a dogmática para encobrir ou ofuscar comportamento dessa natureza. Não posso!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Esse é o ônus do Estado de Direito, em qualquer padrão civilizatório. Isso não tem nada a ver com bagrinhos ou bagrões, como Vossa Excelência falou esses dias no plenário. Não tem!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Esse é o ônus do Estado de Direito que leva à banalização de um Estado. É isso que leva alguns a nos caracterizar, com ironia, como uma República de Bananas! Não é isso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência tem complexo, por isso que Vossa Excelência vive falando em República de Bananas. Vossa Excelência tem complexo!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Não, só não quero que o meu país seja visto como República de Bananas...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós não somos juízes de uma República de Bananas! Talvez Vossa Excelência esteja na Corte errada³¹⁵.

Segundo noticiado pela imprensa, o Ministro Joaquim Barbosa "entrou em choque", igualmente, "com ministros que teriam manifestado uma postura 'liberal' em julgamentos da Operação Anaconda", operação da polícia federal que tinha o propósito de investigar o desvio de verbas públicas, a corrupção e a lavagem de dinheiro e que ensejou a prisão de banqueiros. E teria, igualmente, discutido com o ministro Eros Grau, em virtude da liberação de um preso da Operação Satiagraha, pela qual a polícia federal buscou levantar provas sobre a ocorrência

³¹⁵ HC 84388, p. 88 e ss. A discussão foi, ainda, objeto de matéria Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2008_ago_25.pdf, acesso em 4 set. 2012. Em outra oportunidade, o ministro Joaquim Barbosa sugeriu ao ministro Gilmar Mendes que “saísse à rua” e chegou a afirmar que sua postura poderia comprometer a credibilidade do Judiciário. Aparentemente, esta última discussão ocorreu durante o julgamento de embargos de declaração na ADIn 2791. Nesta ação direta se discutia a constitucionalidade da inclusão de serventuários da justiça não remunerados pelos cofres públicos no regime de previdência dos servidores estatutários de certo estado da federação. Tal inclusão foi tida pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, como incompatível com a Constituição, entendimento que parecia ser também professado pelo ministro Joaquim Barbosa, que não participara do julgamento por estar ausente. Nos embargos de declaração, discutia-se a possibilidade de conferir efeitos meramente futuros à decisão de inconstitucionalidade do STF, a partir de uma determinada data fixada, já que alguns funcionários já haviam se aposentado ou estavam prestes a se aposentar por tal regime, tendo contribuído para ele. A maioria votou pela não modulação dos efeitos temporais da decisão, mantendo, portanto, seu caráter retroativo. A minoria, integrada pelo ministro Gilmar Mendes e pelos ministros Eros Graus, Cezar Peluso e Ellen Gracie, manifestou-se a favor dos efeitos prospectivos, ficando vencida. Foi nesse contexto que surgiu a nova discussão entre os dois ministros.

de negociações supostamente ilícitas envolvendo membros do Judiciário³¹⁶. Questionado sobre os embates travados com outros ministros do Supremo Tribunal Federal, o ministro Joaquim Barbosa teria declarado, segundo a *Folha de São Paulo*:

JOAQUIM BARBOSA – [...]. Se enganaram os que pensavam que, com a minha chegada ao Supremo Tribunal Federal, a Corte iria ter um negro submisso. Isso eu não sou e nunca fui desde a mais tenra idade. E tenho certeza de que é isso que desagrada a tanta gente. No Brasil, o que as pessoas esperam de um negro é exatamente esse comportamento subserviente, submisso. Isso eu combato com todas as armas.

E, mais adiante:

BARBOSA – A imprensa se esquece de dizer quais foram as razões pelas quais eu tive certos desentendimentos. Quase sempre foram desentendimentos nos quais eu estava defendendo princípios caros à sociedade brasileira, como o combate à corrupção no próprio Poder Judiciário. [...]³¹⁷

Tal como sugerido acima, as características pessoais do ministro Joaquim Barbosa e suas inclinações ideológicas refletem-se em seu comportamento judicial. São exemplo disso suas razões de decidir ao apreciar a constitucionalidade da contribuição previdenciária de inativos (ADIn 3105), o dever de fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604), a recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988 (ADPF 130) e a aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa (RE 633.703).

No primeiro caso indicado acima, ajuizou-se uma ação direta de inconstitucionalidade, com o propósito de questionar a validade do art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003, que previu a instituição de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores inativos e seus pensionistas. Alegava-se ali que o servidor público que reunira os requisitos para se aposentar à luz do regime jurídico anterior teria direito adquirido a tal regime, não lhe sendo cobrável a mencionada contribuição previdenciária. Defendia-se que tal cobrança, na hipótese, ensejaria violação ao art. 5º, XXXVI, CF, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Alegava-se, ainda, violação à

³¹⁶ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Enganou-se quem esperava um negro submisso no STF. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 25 ago. 2008. Brasil, p. A16. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2008_ago_25.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

³¹⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Enganou-se quem esperava um negro submisso no STF. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 25 ago. 2008. Brasil, p. A16. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2008_ago_25.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

cláusula pétrea insculpida no art. 60, §4º, IV, CF, que determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

O ministro Joaquim Barbosa rejeitou essas alegações, afirmando que pretender conferir tal amplitude às cláusulas pétreas – que impediriam a limitação de determinados direitos até mesmo por emenda constitucional – equivaleria a utilizá-las como um instrumento de manutenção do *status quo* e de perenização de privilégios. No entendimento do ministro, como as cláusulas pétreas vedam a edição de legislação nas condições antes descritas, não se lhes deve conferir interpretação muito ampla, caso contrário tais cláusulas engessariam o Legislativo, *impedindo correções de rumo necessárias à redução das desigualdades sociais e limitando indevidamente o poder de autogoverno do povo*. Com base em tais argumentos, entre outros, entendeu possível a cobrança da contribuição na hipótese.

Contudo, ante a amplitude desmesurada que se lhe quer atribuir, vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional.

Conservadora porque, em essência, a ser acolhida em caráter absoluto, como se propõe nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade. Constituiria, em outras palavras, um formidável instrumento de perenização de certos traços de nossa organização social. A Constituição de 1988 tem como uma das suas metas fundamentais operar profundas transformações em nosso quadro social. É o que diz seu art. 3º, incisos III e IV. Ora, a absolutização das cláusulas pétreas seria um forte obstáculo para a concretização desse objetivo. Daí o caráter conservador da sua pretendida maximização.

Essa teoria é antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular³¹⁸.

No julgamento sobre a fidelidade partidária, o ministro Joaquim Barbosa adotou linha de argumentação semelhante. O caso fora deflagrado pela impetração de mandados de segurança contra atos do presidente da Câmara dos Deputados que não reconheceram a perda do mandato pelos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional, que, posteriormente, requereram seu desligamento dos partidos pelos quais se elegeram. Os impetrantes alegavam que o sistema proporcional brasileiro distribuiria o número de vagas existentes no Legislativo entre as legendas mais votadas e não entre os candidatos mais votados nas eleições. Por isso, a

³¹⁸ ADIn 3105, p. 164-166.

titularidade da vaga ocupada pelos parlamentares pertenceria ao partido, razão pela qual o desligamento injustificado do mesmo importaria a perda do mandato. Tal entendimento se baseava na resposta proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral à Consulta 1.398, que corroborava esta tese.

Ao examinar a questão, o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, concluiu que o mandato pertencia ao partido e não ao candidato, e que a mudança injustificada de agremiação geraria a sua perda, na mesma linha do que dispôs o TSE. O ministro Joaquim Barbosa divergiu de tal entendimento, afirmando que, a seu ver, o Constituinte de 1988 teria optado por abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, tendo disposto, nos arts. 55 e 56, CF, de maneira exaustiva, sobre as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar, entre as quais não figuraria a infidelidade partidária.

Argumentou que a decretação da perda do mandato na hipótese em exame, ainda que procedesse a tese da fidelidade partidária, deveria observar o devido processo legal, impondo-se a concessão de oportunidade de defesa ao parlamentar, para que eventualmente demonstrasse ser justificada a sua desfiliação – procedimento inviável no rito especial de um mandado de segurança. Por fim, esclareceu que a relevância conferida aos partidos políticos deixava de observar o fato de que *a soberania popular pertence ao povo* e que ele, e não o partido político, constitui o elemento-chave da democracia. Tal entendimento, segundo ele, importaria abstração do art. 1º, parágrafo único, da Constituição³¹⁹ e o estabelecimento de uma verdadeira “partidocracia”. Em suas palavras:

É que o argumento colhido pelo TSE coloca o partido político como elemento central, incontestável, de toda a nossa organização política. Faz dos partidos políticos uma fonte derradeira de toda legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que em realidade encarna a própria soberania – o povo. E isso ficou claro nos debates ocorridos ontem e hoje, nos quais praticamente não se falou do povo, do eleitor. A soberania do povo, ou soberania popular, como é sabido, constitui o elemento chave de todas as democracias atualmente existentes. [...].

.....
Daí, Senhora Presidente, se o titular derradeiro do poder é o povo, em nome de quem agem os representantes, tenho dificuldade em admitir que em nosso sistema constitucional, o centro de gravidade, ou seja, a fonte de legitimidade de todo o poder esteja nos partidos políticos, como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral. Não vejo como admitir, no Brasil, a existência dessa “PARTIDOCRACIA” [...].

Em realidade, ao fazer a opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana.

³¹⁹ De acordo com o citado dispositivo: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos³²⁰.

No entanto, não se discutia, no caso, a quem pertence a soberania popular. A controvérsia girava em torno de quem seria o titular do mandato: o partido ou o candidato. Aparentemente, o ministro Joaquim Barbosa entendeu que a relevância conferida ao partido político estabelecia ilegitimamente um intermediário entre o povo e seus representantes, os parlamentares, e que tal intermediação era reprodutora do *status quo*, na medida em que as elites controlariam tais partidos e impediriam que os mesmos refletissem os anseios populares. Graças a este mecanismo, as classes dirigentes impediriam a representação da maioria do povo no Parlamento, manipulando o sistema eleitoral.

[...]. A Constituição, por sua vez, ao constituir o Estado, define e estrutura certos órgãos cuja função é de traduzir a vontade da nação soberana, vontade essa expressa sob a forma de leis. A função desses órgãos estatais seria, portanto, a de traduzir a vontade do povo soberano, e não as hipotéticas vontades ou interesses próprios das instituições ou corpos intermediários que, em análise, são meros mecanismos de veiculação da vontade do titular da soberania.

.....
 Creio ser pertinente, para iluminar a discussão de tema tão capital, trazer à tona os sempre judiciosos ensinamentos do professor José Afonso da Silva, na sua conhecida obra “Direito Constitucional Positivo”: “O regime representativo, no Estado burguês, procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que nem sempre exprime a representação da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos a parcela da população, quanto ao direito de voto, para a composição das Câmaras Legislativas. Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, as vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável”.

Se o sistema representativo, tal como o conhecemos, é responsável pelo alijamento do processo político de parcelas consideráveis da população, como sustenta o emérito professor da Universidade de São Paulo, a PARTIDOCRACIA preconizada pelo Tribunal Superior Eleitoral se constituirá, sem sombra de dúvidas, em um formidável reforço a esse processo de alheamento da cidadania em relação às questões de interesse nacional³²¹.

Argumentação similar foi reeditada pelo ministro, ao apreciar a recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988 (ADPF 130), produzida durante a ditadura. Em seu voto, ele divergiu parcialmente do entendimento da maioria, que julgava a lei plenamente incompatível com a Carta atual, sob o fundamento de que não bastava que a imprensa fosse inteiramente livre para a efetiva garantia da circulação de ideias tão cara à democracia. Era

³²⁰ MS 26.602, p. 283-288.

³²¹ MS 26602, p. 286-289.

necessário, ainda, que fosse a imprensa diversa e plural e *que não estivesse concentrada na mão da elite dirigente*. Registrou, ainda, o ministro que *grupos hegemônicos* dominam o “mercado das ideias” em alguns Estados; que a liberdade de imprensa também deveria ser considerada pela ótica dos destinatários da informação, não apenas pela ótica de seus produtores; e que deveria proteger *grupos minoritários contra o discurso de apologia à discriminação em razão de raça ou classe*. Com base em tais argumentos, entendeu compatíveis com a Constituição o art. 1º, §1º; bem como o art. 14 e o art. 16, inc. I, da norma, que apresentavam a seguinte redação:

Art. 1º: É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§1º: Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de *preconceitos de raça ou classe*.

Art. 14: Fazer propaganda de guerra, de processo para subversão da ordem política e social ou de *preconceito de raça ou classe*.

Art. 16: Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados que provoquem:

I – Perturbação da ordem pública ou alarma social;

Pena – de um a seis meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de cinco a dez salários mínimos da região.

Como se nota, os dispositivos referem-se sistematicamente à “subversão” e à “perturbação da ordem pública”, apresentando nítidas tendências reacionárias. Por outro lado, a proibição de discriminação em razão de raça ou classe deriva da própria Constituição (art. 1º, inc. III; art. 3º, inc. III e IV; art. 5º, CF) e independeria de previsão em lei ordinária. A ausência de previsão sobre o tema na legislação infraconstitucional não teria impacto sobre a proteção dos direitos de tais minorias. No entanto, o ministro Joaquim Barbosa optou por manter os aludidos dispositivos da Lei de Imprensa, com o propósito de reafirmar a proteção aos grupos minoritários, observando:

O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns.

.....
Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando confrontado com a perseguição sistemática ou com a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes³²².

³²² ADPF 130, p. 109-110.

Manifestou-se, ainda, pela validade dos arts. 20, 21 e 22 da referida lei, que estabeleciam tipos penais de calúnia, injúria e difamação, entendendo justificado seu tratamento diferenciado, quando praticados através da imprensa, em razão da maior intensidade do dano causado ao ofendido.

Por fim, ao apreciar se as previsões constantes da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) seriam aplicáveis às eleições que deveriam ocorrer no mesmo ano, o ministro Joaquim Barbosa voltou a centrar sua argumentação no princípio da moralidade administrativa. A Lei da Ficha Limpa, norma de iniciativa popular, estabeleceu diversas novas hipóteses de inelegibilidade, como, por exemplo: i) a perda do mandato eletivo por infringência da Constituição; ii) a condenação, transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por crimes como aqueles contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; iii) a renúncia a mandato em caso de oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição; e iv) a condenação à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado, ou proferida por órgão judicial colegiado. A inelegibilidade, nos termos da Lei da Ficha Limpa, perdura, desde o evento da perda ou renúncia ao mandato, ou desde a condenação ou o trânsito em julgado, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

Ocorre que o art. 16, CF, prevê que a lei que alterar o processo eleitoral não se aplica à eleição que venha a realizar-se antes de transcorrido um ano da data do início de sua vigência. Esse dispositivo constituiria, segundo entendimento majoritário no STF, uma garantia fundamental ao pleno exercício de direitos políticos, impedindo que alterações “sob encomenda” no sistema eleitoral pudessem atingir a participação de alguns grupos no processo, assegurando, assim, o respeito à igualdade de chances e o direito das minorias parlamentares. Por isso, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por apertada maioria, que a Lei da Ficha Limpa não poderia ser aplicada às eleições em curso no ano de 2010.

O ministro Joaquim Barbosa restou vencido no assunto. Segundo ele, a Lei da Ficha Limpa não alterava o processo eleitoral, uma vez que causa de inelegibilidade constituiria matéria de caráter substantivo, não configurando norma processual. Ademais, a Lei em questão teria sido publicada em um momento em que ainda não estavam formalmente definidos os candidatos às eleições, de modo que os partidos políticos poderiam ter enquadrado a indicação de seus candidatos aos padrões previstos na norma, escolhendo apenas aqueles que preenchessem os novos requisitos legais. A Lei se aplicaria a todos os partidos e candidatos, indistintamente, e, por isso, não violaria o princípio da igualdade e

tampouco geraria desequilíbrio entre as forças eleitorais. No entanto, o fator central da motivação do ministro parecia ser *a prevalência do princípio constitucional da moralidade sobre direitos políticos individuais*, ou, conforme os termos utilizados pelo ministro, *a prevalência dos direitos políticos coletivos sobre os direitos políticos individuais*. Em suas palavras:

Reafirmo, uma vez mais, a perspectiva com que me proponho a analisar os recursos extraordinários que envolvem a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que simboliza grande avanço na moralização da nossa vida política e é fruto da mobilização de número expressivo de nossos cidadãos, sendo, portanto, uma das nossas raras leis de iniciativa popular: a da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não de proteção preferencial dos interesses puramente individuais. Entendo que há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e moralidade administrativas, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes vetores, em última instância, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva.

Como já afirmei diversas vezes, na ponderação entre valores concernentes aos direitos políticos individuais e valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia, que não constituirá nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação.³²³

O que se constata é que, a despeito da diversidade dos temas tratados nos casos selecionados acima, o ministro Joaquim Barbosa parecia reconduzi-los às mesmas questões centrais: o combate à preservação do *status quo*, a soberania popular, a proteção de minorias e a garantia da moralidade administrativa. Trata-se de temas intimamente relacionados a seu *background*, à preocupação de levar ao Supremo Tribunal Federal suas vivências pessoais e à sua experiência pretérita como membro do Ministério Público. De fato, o ministro tem apresentado ao STF um novo olhar, questionador, sobre tais matérias. É extremamente aguerrido e conquistou a simpatia e o apoio popular com sua atuação.

2.5 Grupos de identificação dos juízes

Conforme já foi mencionado neste texto, as pessoas, em sua interação social, participam de coletividades denominadas *grupos de identificação*. Tal como o próprio nome sugere, a adesão a tais grupos tem por base um sentimento de semelhança com seus membros, sentimento este que gera uma identidade, fruto de experiências e de valores

³²³ RE 633703 p. 217.

compartilhados³²⁴. A definição dos grupos de identificação vem, decerto, acompanhada da necessidade que a estes se impõe de diferenciarem-se de outros grupos que aos quais se contrapõem. Embora seja possível, em tese, imaginar agremiações exclusivamente movidas por vínculos emocionais decorrentes do sentimento de semelhança, estudos de ciência política demonstram que os vínculos se fortalecem na medida da existência de um outro grupo externo e antagônico³²⁵.

Grupos raciais minoritários se constituem e reforçam seus vínculos, em razão do confronto com grupos raciais majoritários. Grupos de casais homoafetivos podem contrapor-se a grupos heteroafetivos. Associações de defesa dos direitos das mulheres batem-se contra o preconceito masculino. Agremiações de pessoas com deficiências físicas distinguem-se daquelas que não possuem tais deficiências. Pobres diferenciam-se de ricos. Comunidades religiosas se opõem a agnósticos e ateus. O grupo externo e opositor constitui um reforço para o reconhecimento da identidade coletiva.

Assim como as pessoas interpretam um mesmo fato de formas diferentes, com base em perspectivas que têm raízes sociais, os grupos de identificação influenciam e reforçam tal interpretação, funcionando como *filtros políticos* e como ferramentas para a compreensão do mundo à volta. A interação social produz significados coletivos, indicando, por exemplo, as condutas e ocorrências que expressam a discriminação ou a exclusão de minorias; ou, ao revés, as atitudes que demonstram o respeito e o reconhecimento de seus direitos, orientando a sua defesa. Portanto, os grupos de identificação funcionam como *referências de conduta*³²⁶.

Cada indivíduo partilha diversas mentes grupais, relacionadas a raça, gênero, classe, credo, etc.³²⁷ Também os juízes possuem diversos grupos de identificação, que conformam o seu pensamento e influenciam as suas atitudes, inclusive de forma inconsciente³²⁸. Tanto quanto as demais pessoas, os juízes buscam a aceitação, temem a exclusão social, agem de

³²⁴ FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e a análise do ego. In: FREUD, Sigmund. *Além do princípio de prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos (1920-1922)*. Obras completas. Op. cit., p. 81-83, p. 115.

³²⁵ WALSH, Katherine Cramer. *Talking about politics: informal groups and social identity in American life*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 8-91; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 28.

³²⁶ SCHLENKER, Barry R. Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 70; WALSH, Katherine Cramer. *Talking about politics: informal groups and social identity in American life*. Op. cit., p. 10-17, p. 166 e ss.; LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. *University of Chicago Law Review*, v. 62, p. 943, 1995, p. 951 e ss.

³²⁷ FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e a análise do ego. In: FREUD, Sigmund. *Além do princípio de prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos (1920-1922)*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: Edição Standard Brasileira. Op. cit., p. 139.

³²⁸ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 45.

forma a preservar a sua autoestima e, portanto, importam-se com a repercussão de suas decisões sobre os grupos que lhes são mais caros. Como já se observou, o conceito de si mesmo é construído a partir da interação com o outro e da aceitação deste.

Os juízes desejam obter aprovação e, em nível mais profundo, desejam estabelecer conceitos de si mesmos que sejam positivos. Tanto em suas atividades fora dos tribunais quanto em suas atividades judiciais, eles se apresentam a plateias com cuja opinião se importam e, ao fazê-lo, procuram alcançar tais objetivos³²⁹.

Segundo Baum, os grupos de identificação dos magistrados podem ser classificados como: i) grupos sociais: integrados, por exemplo, pela família e pelos amigos; ii) grupos profissionais: colegas e demais pessoas com quem interagem profissionalmente; iii) grupos políticos: compostos por membros com orientações ideológicas e políticas comuns; e iv) a mídia.³³⁰ É desnecessário tecer considerações quanto à influência da *família* e dos *amigos* no comportamento dos magistrados, pois se trata de questão intuitiva. Grupos religiosos também podem ser profundamente determinantes da sua visão de mundo e corresponder, afetivamente, a um prolongamento de seu círculo familiar e de amizades.

Quanto aos *grupos profissionais*, os colegas de corte, a magistratura como um todo, os advogados e a academia podem ter maior ou menor importância para os juízes, conforme seu *background*. Juízes egressos da advocacia tendem a valorizar a opinião de seus ex-colegas sobre seu trabalho. Ao contrário, um juiz de carreira possivelmente se preocupará com a recepção de suas decisões pela magistratura. Aqueles que prezam a academia e/ou que nela militam ou militaram hão de ser, de algum modo, influenciados pelas ideias ali dominantes e se empenharão em demonstrar profundidade e conhecimento sobre assuntos de vanguarda. Os juízes passam a maior parte de seu tempo interagindo com membros de seus grupos sociais e profissionais. Por esta razão, acredita-se que os dois são, como regra, o seu público mais relevante.³³¹

Os *grupos políticos* com os quais os juízes se identificam influenciam a orientação ideológica de suas decisões. Tais grupos podem ser importantes para obter promoções por mérito, nomeações para cortes superiores, bem como para atingir outros objetivos de carreira.

³²⁹ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 42.

³³⁰ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 25 e ss.

³³¹ No mesmo sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012, p. 33.

Já com relação à *mídia*, ela constitui um poderosíssimo intermediário entre os magistrados e seus demais grupos de identificação. As pessoas sabem muito pouco sobre um juiz e sobre o seu trabalho. A opinião delas a tal respeito baseia-se nas informações e avaliações recebidas de jornais impressos, de revistas e de noticiários de TV. Assim, é natural que os juízes se importem com sua imagem na mídia e que sejam especialmente cuidadosos em casos que afetem os interesses dela. O reconhecimento pela imprensa pode, ainda, ser um objeto de desejo e motivo de vaidade para o magistrado, hipótese em que esta exercerá influência ainda maior em suas decisões.

Veja-se que as versões da mídia não são necessariamente idênticas à opinião do público em geral. A mídia pode ser amplamente favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas, por exemplo, sem que este corresponda ao pensamento da maioria da população. No passado, a imprensa já empreendeu campanhas contra políticos alegadamente corruptos que voltaram a se eleger pelo voto popular e denunciou a exploração de fiéis por congregações religiosas, as quais nem por isso deixaram de expandir-se. Por isso, pretender que a imprensa constitui um grupo relevante, capaz de influenciar o comportamento judicial, não significa forçosamente afirmar que a opinião da maioria possui a mesma importância.³³²

A opinião da maioria acerca de um juiz pode ser menos relevante para ele do que a opinião dos demais grupos de identificação previamente indicados, a não ser que, por alguma razão, tal juiz tenha estabelecido um *vínculo emocional* relevante com a grande massa dos cidadãos e/ou tenha o reconhecimento por esse público como objeto de desejo, questões que variam de acordo com seu *background*.³³³ Entretanto, a opinião da maioria pode ser relevante

³³² De acordo com a visão dominante na ciência política, as opiniões manifestadas pela mídia são conformadas pelas elites. Ainda que o poder de influência da imprensa sobre a maioria da população seja imenso, o grupo que a manipula não necessariamente dispõe de visões e interesses convergentes com o povo. Por outro lado, admite-se que as informações veiculadas nos meios de comunicação são apropriadas pelos diversos grupos sociais com base em seu *background*. Assim, embora a imprensa selecione os assuntos que serão postos em discussão, tais assuntos passam por um filtro social, que pode levar a entendimentos divergentes daqueles dominantes na própria mídia (WALSH, Katherine Cramer. *Talking about politics: informal groups and social identity in American life*. Op. cit., p. 120 e ss). Por fim, afirma-se que as redes sociais são um importante fator de democratização e de quebra de monopólios ou de oligopólios da informação.

³³³ É importante lembrar que os juízes de que se trata aqui não são eleitos pelo voto popular, mas indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. Certos estudiosos observam que este processo de seleção favorece a escolha de profissionais cujas identidades sociais sejam alinhadas com as elites. Isso porque a indicação pelo presidente da República e a aprovação pelo Senado dependem de alto prestígio social na cúpula dos poderes. Os grupos de identificação de tais magistrados reproduziriam, assim, a ideologia de tais elites e orientariam o seu comportamento judicial na mesma direção (Cf. BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 66 e 163). Outros estudiosos sustentam que as elites tendem a ser mais conservadoras e resistentes às mudanças do que a opinião pública de modo geral – possivelmente porque as mudanças interferem no *status quo* e podem ameaçar a sua hegemonia. Tais pensadores sustentam que, por isso, as forças sociais gerariam mudanças na opinião

para a Suprema Corte ou para seus membros por razões institucionais. O apoio do público é um fator de legitimação do Judiciário e garante a sua estabilidade e a de seus membros contra investidas dos demais poderes e contra eventuais ameaças destes à independência judicial. Tais aspectos serão objeto dos próximos capítulos.

Por ora, o que se pretende demonstrar é que os juízes buscam o reconhecimento de seus grupos de identificação, que tal reconhecimento é importante para sua autoestima e que, conseqüentemente, influencia as suas convicções. *As decisões judiciais constituem um veículo pelo qual os magistrados se comunicam com os referidos grupos e buscam validar junto a este público, que lhe é tão caro, uma identidade que venha a ser por ele aprovada. Durante um julgamento e seus debates, os juízes têm diversas oportunidades de autoapresentação e suas atitudes, ainda que inconscientemente, carregam um significado simbólico. Elas constituem uma performance, que busca afirmar seu valor social, através da reafirmação de sua adesão a tais grupos e a seus valores e crenças. Nessa perspectiva, a vida e também os tribunais são expressão do teatro. Cada agente seleciona um “personagem” com o qual deseja ser identificado e realiza uma “encenação” com esse propósito, buscando o reconhecimento da sua “plateia”. A equiparação entre a interação social e o teatro foi idealizada por Erving Goffman e é explorada por uma corrente da sociologia conhecida como interacionismo simbólico.*

“quando o indivíduo aparece na presença de outros, haverá normalmente uma razão para que ele busque, com suas ações, produzir a impressão sobre si mesmo que lhe é conveniente” [...]. A atitude das pessoas é, portanto, transformada em performances que apresentam imagens delas mesmas para que a sociedade veja e avalie. As pessoas funcionam como autores, diretores, atores, plateia, comentaristas e críticos das suas próprias performances.³³⁴

pública, antes que estas mudanças se processassem nas preferências dos juízes, na medida em que estes são alinhados ao pensamento das elites. Essas considerações explicariam o conservadorismo do Poder Judiciário face à opinião pública (Cf. GILES, Micheal W; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in American Democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. *Journal of Politics*, v. 70, p. 293-306, 2008. p. 7). Sobre a função da ideologia de cada grupamento social de refletir-se no processo econômico da sociedade e de inserir esse processo econômico nas estruturas psíquicas dos seres humanos, repercutindo sobre suas instituições, cf. REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*. Op. cit., p. 17 e ss.

³³⁴ Na passagem transcrita acima, Barry Schlenker procura sintetizar alguns aspectos do pensamento de Erving Goffman (SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 21). Cf., ainda, GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Op. cit., p. 1-76 e 208-255; SCHLENKER, Barry R. Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 65-99; TEDESCHI, James T.; NORMAN, Nancy. Social power, self-presentation and the self. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Op. cit., p. 293-322; SNYDER, Mark. *Public appearances – private realities: the psychology of self-monitoring*. Op. cit., p. 209 e ss.; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 28 e ss.

Como os juízes têm *backgrounds* diversos, cada qual deles se relaciona com diferentes grupos de identificação, e o desejo, consciente ou inconsciente, da aprovação por parte destes os leva a apresentarem-se como progressistas, como técnicos com profundidade acadêmica, como defensores de minorias raciais ou de classes excluídas do poder, transformando o processo de decisão em um espaço de auto expressão e de afirmação social³³⁵.

2.6 A fé e o Supremo Tribunal Federal

As considerações tecidas até aqui são válidas para a compreensão do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. As sessões de julgamento do pleno do STF, os debates e as manifestações de voto dos ministros são televisionados e acessíveis à grande massa de cidadãos³³⁶. Os juízes que integram o Tribunal são extremamente expostos ao público³³⁷. A analogia dos julgamentos com o teatro ou com uma série de televisão é perfeitamente aplicável. Cada grande julgamento do Supremo constitui um episódio emocionante, nos quais são decididas questões que têm impacto sobre a vida de milhares de pessoas. Através de tais decisões, os ministros buscam construir uma imagem positiva perante o público e se comunicam com seus grupos de identificação.

Mais uma vez, os julgamentos sobre a constitucionalidade da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias (ADIn 3510), sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas (ADIn 4277 e ADPF 132) e sobre a possibilidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54) representam um bom exemplo das considerações antes tecidas. Estas ações foram consideradas pela imprensa e pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal como casos relevantíssimos, divisores de águas, nos quais o Tribunal foi chamado a decidir sobre valores como os limites da proteção do direito à vida e à não discriminação em razão da orientação sexual.

Os três tinham, ainda, uma particularidade em comum: despertaram o interesse de grupos religiosos relevantes para os ministros e, ao mesmo tempo, atraíram a atenção da mídia, da academia e de diversas entidades de defesa dos direitos humanos, opondo, de um modo geral, as crenças dos aludidos grupos religiosos às opiniões prevalecentes entre as

³³⁵ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 33 e 158.

³³⁶ O televisionamento das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal será abordado no capítulo 3 e no capítulo 5.

³³⁷ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. *Revista Piauí*, n. 47, p. 34-41, ago. 2010. p. 41.

últimas instituições³³⁸. De fato, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entidade que congrega todos os bispos da Igreja Católica com domicílio canônico no Brasil, requereu seu ingresso nas três ações, na qualidade de *amicus curiae*, expressando o seguinte entendimento sobre as questões em debate em cada uma delas:

i) *No que concerne às pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias*, defendeu que tais pesquisas violariam o direito dos embriões humanos à vida, uma vez que, a seu ver, esta começa na fecundação, e que a coleta de material genético dos óvulos fecundados poderia gerar a destruição destes. Considerou que a autorização dos genitores para a utilização dos embriões não implantados em útero (embriões excedentes) em tais pesquisas equivaleria à permissão para o sacrifício de seus filhos, e que a renúncia ao pátrio poder pelos mesmos, por não pretenderem criá-los, não deveria sacrificar-lhes a vida, podendo tais “filhos” virem a ser adotados.³³⁹

³³⁸ Quanto ao caso das células-tronco embrionárias, pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística revelou que 75% (setenta e cinco por cento) da população brasileira era favorável a seu uso para estudos científicos e terapias (IWASSO, Simone. 75% dos brasileiros apoiam o uso de células-tronco, diz Ibope. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 04 mar 2008, Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,75-dos-brasileiros-apoiam-uso-de-celulas-tronco-diz-ibope,134474,0.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2012). Ao contrário, no caso das uniões homoafetivas, pesquisa do IBOPE esclareceu que 55% da população era contra tais uniões (Ibope: 55% da população é contra união civil gay. *Revista Época*, 28 jul. 2011; Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>; acesso em 09 ago. 2012), mas a opinião dominante na mídia lhes parece amplamente favorável. Exemplificativamente, após o julgamento, um programa de televisão produzido por um dos principais grupos de telecomunicações do país apresentou o assunto com tal viés. Nele, entrevistaram-se casais gays, buscou-se conhecer suas histórias e até celebrou-se um “casamento gay” no ar (cf. Reveja o Programa “Na Moral”, que trouxe o tema das uniões homoafetivas!; Disponível em: <<http://www.homorealidade.com.br/2012/07/reveja-o-programa-na-moral-que-trouxe-o.html>; acesso em 09 ago. 2012). Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, ver nota em sua defesa publicada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, por meio de sua Comissão de Bioética e Biodireito (Nota sobre o julgamento do aborto de fetos anencefálicos; Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/detalheConteudo/177/Nota-sobre-julgamento-de-aborto-de-feto-anencefalos.html>; acesso em 09 ago. 2012); e matéria produzida pela *Veja*, com manifestações a favor e contra a interrupção da gestação em caso de anencefalia (YARAK, Aretha. STF decide nesta 4ª se libera aborto de fetos anencefálicos. *Veja*. São Paulo, 11 abr. 2012, Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/stf-julga-nesta-quarta-aprovacao-de-aborto-de-anencefalos>> Acesso em: 09 ago. 2012).

³³⁹ Segundo a primeira manifestação apresentada pela CNBB:

35. O certo é que está cientificamente comprovado que a vida começa com o zigoto. Naquela primeira célula, todo o código genético de todos os seres humanos está estampado, permanecendo inalterado até a morte. Cientificamente, a vida começa com a concepção. Seu início não é, como pretendem alguns, um ‘fato cultural’, a ser definido ao sabor dos humores dos governantes. Trata-se de um ‘fato científico’, que os cientistas não podem contestar, a não ser que contestem a sua própria autoridade de cientistas. E não há que se falar em embrião como um ‘ser humano inferior’, ou em ‘sub-ser humano’; é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o

ii) *Nas ações que discutiam o reconhecimento das uniões homoafetivas*, a CNBB manifestou entendimento no sentido de que a família, em sua concepção constitucional literal, não abrangia relações entre parceiros do mesmo sexo, mas apenas entre parceiros de sexos diversos, tanto assim que tal entidade daria amparo ao casamento. Afirmou, ainda, que as hipóteses de família contempladas pela Constituição eram exaustivas (*numerus clausus*) e que quando a Carta quis ampliar a conformação do instituto, ela o fez expressamente, como no caso do art. 226, §4º, que a estendeu à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Com base em tais argumentos, a CNBB se opôs ao reconhecimento das uniões homoafetivas como uma entidade familiar³⁴⁰.

ritmo do tempo concedido a cada um. 36. Nem se há que argumentar com a autorização dos pais para sacrificarem seus filhos [embriões não implantados em útero], gerados e mantidos em clínicas especializadas, por não pretenderem criá-los. A renúncia ao pátrio poder poderia preservar-lhes a vida, permitindo que outras pessoas sem filhos pudessem desenvolvê-los e criá-los. Essa atitude faria muito mais pela humanidade, do que levá-los à morte para gáudio de fracassados cientistas ou de fraudadores, [...]. 37. Por fim, 'the least, but not the last', se qualquer dúvida houvesse por haver ou não vida humana no zigoto, nos embriões, com tantos cientistas, no mundo inteiro, a afirmarem que há, não deveria a Suprema Corte optar pela morte desses embriões, e sim pela sua preservação, principalmente quando se conhecem investigações científicas – todas elas com bons resultados – utilizando células-tronco adultas para a cura de moléstias várias, que assolam a humanidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?eqobjetoincidenteigual2299631>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

³⁴⁰ De acordo com a peça apresentada pela CNBB:

se à CNBB for oportunizado o ingresso na demanda, ela logrará defender que a Constituição Federal define o vínculo familiar na união conjugal da mulher e do homem e do homem e da mulher, tanto que tal entidade (a família), assim organizada, dá amparo ao instituto do casamento. Ora, outra não é a inteligência do artigo 1.723 do Codex Civil, pois – na exatíssima mesma linha da *ratio* da norma maior – estende o conceito de família, reconhecendo tal figura na '...união estável entre o homem e a mulher'. [...]. Aliás, quanto quis a Constituição Federal ampliar ainda mais a admissão da conformação da entidade família, o fez por força do § 4º do artigo já mencionado, ao fixar que se entende também por entidade familiar 'a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes'. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?eqobjetoincidenteigual2299631>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

iii) *Na ação que versava sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos*, o requerimento de ingresso da CNBB no feito expressava o entendimento de que a providência desrespeitava o direito de tais fetos a nascer, lesando seu direito à vida³⁴¹.

Participaram do julgamento das três causas quatorze ministros do Supremo Tribunal Federal, dos quais onze, portanto a maioria, segundo informações disponibilizadas nos meios de comunicação, eram católicos.³⁴² As ações foram julgadas a favor da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, bem como a favor da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. Apesar de a maioria dos ministros do Tribunal ser católica, ela não seguiu o entendimento manifestado pela CNBB, demonstrando sua independência no tema. Entretanto, alguns ministros, que restaram vencidos em tais julgamentos, expuseram entendimentos mais restritivos ou até mesmo opostos àqueles afirmados pela maioria.

Os entendimentos minoritários eram convergentes, em maior ou menor grau, com as convicções expressas pela CNBB. Alguns votos e manifestações proferidas pelos ministros que ficaram vencidos mostravam-se carregados de referências religiosas e pareciam se comunicar com grupos religiosos e procurar alinhar-se a suas convicções em alguma medida. O exame dos julgados em questão e dos debates travados demonstra que, como já sustentado neste trabalho, as pessoas respondem de formas diferentes a seu *background*. O fato de terem

³⁴¹ A petição da CNBB declarava: “Haja vista os relevantes interesses morais discutidos na presente ação e o fato de que os fetos anencefálicos estão com seu direito constitucional de nascer ameaçados, por força de decisão de Vossa Excelência, a CNBB requer, mais uma vez, a sua aceitação no feito”. Neste trecho, a entidade voltava-se contra liminar concedida pelo relator, suspendendo os demais processos em curso sobre o assunto e reconhecendo o direito constitucional da gestante à antecipação terapêutica do parto, em caso de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade. A segunda parte da liminar em questão não foi ratificada pelo Pleno do STF, posteriormente.

³⁴² Foram identificados como católicos pelos meios de comunicação os seguintes ministros: Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski. O ministro Ayres Britto declarou ter recebido formação católica, mas ter se tornado um holista ao longo da vida. Cf. FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johanna. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=54607>>. Acesso em: 03 ago. 2012; http://www.diocesedeassis.org/index.php?option=com_content&view=article&id=489:eros-grau-procuradoria-produziu-um-panfleto-anticatolico>. Acesso em: 15 ago. 2012. Não se localizaram informações sobre a formação religiosa da ministra Rosa Weber. O ministro Luiz Fux tem formação judaica. Cf. Ministro Luiz Fux é homenageado pela comunidade judaica do Rio. *GI Globo.com*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/04/ministro-luiz-fux-e-homenageado-pela-comunidade-judaica-do-rio.html>>. Acesso em: 03 ago. 2012. Quanto ao ministro Dias Toffoli, embora seja católico, não participou dos julgamentos em questão. Cf. MELLO, Marina. Toffoli se diz a favor de união entre homossexuais. *Notícias Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4012545-EI7896,00-Toffoli+se+diz+a+favor+de+uniao+entre+homossexuais.html>>. Acesso em: 03 ago. 2012; e GUERREIRO, Gabriela. CNBB defende indicação de Toffoli para o STF. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u630895.shtml>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

uma religião não implica necessariamente a produção de decisões sempre alinhadas com seus dogmas, até porque um mesmo indivíduo encontra-se sujeito a diversas influências. Por outro lado, a existência de um grupo de juízes mais sensível aos argumentos e à visão de mundo expressa pelos grupos religiosos constitui um bom ponto de partida para avaliar a influência dos grupos de identificação dos magistrados em seu comportamento judicial e a utilização do Supremo Tribunal Federal como espaço de auto apresentação e de construção de identidades sociais por seus ministros.

O julgamento da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias traz alguns exemplos emblemáticos de tais aspectos. O primeiro deles corresponde ao impressionante voto, de 86 (oitenta e seis) páginas, proferido pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito³⁴³. Tal voto é iniciado com a advertência de que a Constituição é dirigida a pessoas com diferentes pontos de vista e de que não compete ao STF produzir uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica, cabendo-lhe, ao contrário, resolver o assunto sob o ângulo jurídico. Isso, entretanto, não afastaria, segundo o ministro, a necessidade de buscar uma perspectiva interdisciplinar.

A tais considerações seguiam-se, no voto, discussões científicas sobre técnicas de fertilização *in vitro* e de pesquisas com células-tronco, bem como diversas referências a questões teológicas e a polêmicas religiosas, como aquelas sobre o trabalho de São Tomás de Aquino acerca da verdade no intelecto e nas coisas e sua relação com o intelecto divino; a transcrição de parte do diálogo epistolar entre o cardeal Carlo Maria Martini e o conhecido escritor Umberto Eco; as alusões aos comentários do padre Jesus Valbuena ao *Tratado do Governo Divino do Mundo*. O trecho transcrito a seguir é bem representativo do teor do voto:

Neste julgamento, penso que deve ficar claro que não se trata aqui de buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica. Não se pode pôr a questão sob esse ângulo. Trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico, o que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano. Vale lembrar nesse passo a eterna lição de Santo Tomás de Aquino sobre a verdade no intelecto e nas coisas, na ordem em que se relacionam com o intelecto divino (*Summa theologica. Tratado de Deus uno*, tradução do Padre Raimundo Suarez, O.P. BAC, Madrid, 1964, págs. 633 a 651).

A partir dessa visão de mundo que prestigia a diversidade e a pluralidade, as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e dignidade uma regular interação entre os homens. Nunca é demais repetir o magistério do Chief Justice Holmes no Caso *Lochner vs New York* (1905),

³⁴³ No mesmo sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012, p. 32.

assinalando que a Constituição destina-se a pessoas de pontos de vista fundamentalmente diversos e que a circunstância de considerarmos algumas opiniões naturais e familiares ou inovadoras e mesmo escandalosas não pode influenciar nosso julgamento na questão sobre se a lei que as corporifica conflita com a Constituição.

.....
 O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional. A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar o obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade.

É por essa razão que devemos pôr com toda claridade que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

A beleza do tema está bem posta no diálogo epistolar entre o Cardeal Carlo Maria Martini e Umberto Eco (*Em que creem os que não creem*. Record, 2002). Na correspondência trocada em junho de 1995, Umberto Eco pergunta: “Quando tem início a vida humana?” (pág. 31). E responde afirmando que todos “já consideram como ser humano o recém-nascido ainda ligado ao cordão umbilical. De quanto é possível retroceder? Se a vida e a humanidade já estão no sêmen (ou até mesmo no programa genético), podemos considerar que o desperdício do sêmen é um delito comparável ao homicídio?” (págs. 31/32). Prossegue lembrando as posições de Tertuliano, Santo Agostinho e Santo Tomás em torno do momento em que a alma é transmitida. E depois de anotar que o não crente também se coloca o problema, assevera que “talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão, quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade” (pág. 33). E faz a terrível advertência: “O senhor sabe que tais questões não implicam somente uma reflexão sobre o aborto, mas uma série dramática de questões novíssimas, como, por exemplo, a engenharia genética e a bioética, discutidas hoje por todos, crentes ou não. Como se posiciona o teólogo diante do criacionismo clássico hoje?” (pág. 33), para terminar: “Definir o que seja, e onde tem início, a vida é questão em que está em jogo a nossa vida. Colocar-me estas questões é um duro peso moral, intelectual e emotivo – creia – para mim também” (p. 34). A resposta do Cardeal Martini mostra a complexidade do tema: “O senhor se refere justamente às sutis reflexões de Tomás sobre as diversas fases do desenvolvimento do vivente. Não sou filósofo nem biólogo e não quero adentrar-me em tais questões. Mas todos sabemos que hoje se conhece melhor o dinamismo do desenvolvimento humano e a clareza de suas determinações genéticas a partir de um ponto que, pelo menos teoricamente, pode ser precisado. A partir da concepção, nasce, de fato, um ser novo. Novo significa diverso dos dois elementos que, unindo-se, o formaram. Tal ser inicia um processo de desenvolvimento que o levará a tornar-se aquela ‘criança maravilhosa, milagre natural ao qual se deve aderir’. É este o ser de que se trata, desde o início. Há uma continuidade na identidade” (págs. 38/39). E aduz: “O senhor conclui dizendo: ‘definir o que é e onde tem início a vida é questão em que está em jogo a nossa vida’. Estou de acordo, pelo menos sobre ‘o que é’ e já dei minha resposta. O ‘onde’ pode continuar misterioso, mas está submetido ao valor do ‘o que é’. Quando alguma coisa tem valor supremo, merece supremo respeito. É daí que precisamos partir para qualquer casuística dos casos-limite, que será sempre árdua de enfrentar, mas que, partindo desse ponto, jamais será enfrentada com leviandade” (pág. 40).³⁴⁴

³⁴⁴ ADIn 3510, p. 237-239, sem a reprodução dos grifos originais.

O ministro Menezes Direito era conhecido como uma pessoa muito católica e fez parte da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro. Tudo indica que possuía uma visão de mundo profundamente influenciada por esta experiência e, aparentemente, ao redigir seu voto, preocupou-se com se dirigir a tal grupo religioso, que lhe era tão relevante, recorrendo a inúmeras referências religiosas e à afirmação de sua fé. Ao mesmo tempo, como juiz que se notabilizou por seu rigor técnico-jurídico, procurou fundamentar suas posições também perante a comunidade científica e a comunidade jurídica. Disso resultou um voto que mesclava argumentos de religião, de direito e de ciência e que buscava justificar-se perante os diversos grupos de identificação do magistrado, que, no caso, podiam representar influências conflitantes quanto à decisão a ser tomada.

Em linhas gerais, o ministro Menezes Direito defendeu que o embrião corresponde ao “próprio ser em potência” e que um impedimento externo, no caso, a necessidade de implantação em útero para o seu desenvolvimento, não o privaria de tal qualidade. Apenas impediria o seu desenvolvimento. O embrião traria em si a futura carga genética da pessoa e era um ser dotado de vida. Consequentemente, *qualquer método de extração de células-tronco que acarretasse a sua destruição violaria o direito à vida*. Ainda segundo o ministro, já existiria método alternativo de extração de células-tronco de embriões preservando-lhes a vida. Por fim, o ministro registrou a necessidade de um controle estatal centralizado, responsável pela autorização e fiscalização das pesquisas.

Resumidamente, a conclusão do voto considerou viável a pesquisa com células-tronco embrionárias, *desde que elas fossem obtidas sem a destruição do embrião e contanto que fossem aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde*. Definiu como inviáveis unicamente os embriões que tivessem seu desenvolvimento espontaneamente interrompido após um período mínimo superior a 24 (vinte e quatro) horas, considerando não haver, com relação a eles, qualquer restrição quanto ao método de obtenção de células-tronco, por não se tratar mais de seres vivos. E reiterou a necessidade do consentimento livre e informado dos genitores, formalmente exteriorizado. Essas conclusões mostravam-se bastante restritivas para a realização das pesquisas com células-tronco, em especial tendo-se em conta que o método alternativo de extração de tais células sem a destruição dos embriões, a que fez alusão o ministro, *encontrava-se ainda sujeito à comprovação científica de sua eficácia e segurança*. É o que confirma o próprio ministro em seu voto:

Um levantamento feito por iniciativa da autoridade inglesa responsável pela regulamentação das pesquisas com embriões (HFEA – Human Fertilisation and Embryonic Authority) dá conta que a equipe de Robert Lanza obteve 5 (cinco) linhagens de células-tronco embrionárias humanas [pelo método alternativo de

extração de células-tronco] ao mesmo tempo que os embriões continuaram a se desenvolver, *mas concluiu que ainda seriam necessários mais estudos para mostrar o bom desenvolvimento do embrião sujeito a biópsia [...]*.

.....
*Mesmo diante da ressalva de que seriam necessários mais estudos mostrando que os embriões que sofrem essas intervenções se desenvolvem normalmente, e a despeito de ainda não ser adotado como método regular de obtenção de células-tronco humanas, o método de Lanza serve para demonstrar que é possível compatibilizar a lei com a Constituição, abrindo espaço para a pesquisa sem atentar contra a vida do embrião.*³⁴⁵

Assim, ressalvado o caso de embriões cujo desenvolvimento se interrompeu espontaneamente, o ministro condicionou a legalidade das pesquisas à utilização de método para a extração de células-tronco que não gerasse a destruição do respectivo embrião – método este ainda sujeito a comprovação científica, quanto à sua eficácia e segurança. Caso a viabilidade do método viesse a ser futuramente infirmada, a solução proposta ensejaria, na prática, a inviabilidade das pesquisas, ressalvada a possibilidade já mencionada. Até que tal comprovação ocorresse, a decisão geraria um cenário de dúvida e incerteza sobre o tema. De fato, no dispositivo de seu voto, o ministro julgava procedente, em parte, a ação para:

1. No *caput* do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa e terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos;³⁴⁶

Mas não é só. Em sua decisão, o ministro Menezes Direito também pretendeu estabelecer procedimentos mais restritivos para a própria fertilização *in vitro*. Determinou que esta deveria ser empregada exclusivamente como modalidade terapêutica, para a cura da infertilidade do casal, e desde que inexistissem outras técnicas aptas a superar tal problema de fertilidade. Proibiu a seleção de sexo ou de quaisquer outras características genéticas. E estabeleceu que nesta técnica somente se poderia realizar a fertilização de *um máximo de quatro óvulos por ciclo* e que *um máximo de quatro óvulos poderia ser transferido ao útero*, vedando o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação. Sobre o ponto, o ministro declarou a inconstitucionalidade parcial do mesmo art. 5º, sem redução de texto:

³⁴⁵ ADIn 3510, p. 289-290, grifou-se.

³⁴⁶ ADIn 3510, p. 304.

2. [...] para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para a cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e a fiscalização do Ministério da Saúde;³⁴⁷

Ora, como foi esclarecido pelo próprio ministro Menezes Direito em seu voto, o procedimento de fertilização *in vitro* envolve a superestimulação dos folículos ovarianos da mulher, a fim de levá-la a produzir um número maior de óvulos, que pode chegar a, aproximadamente, quinze óvulos por ciclo. *Por volta de 70% (setenta por cento) dos óvulos produzidos são fertilizados com sucesso*, mas, para evitar o risco de gravidez múltipla, um máximo de quatro embriões é implantado em útero. *Os embriões excedentes são aqueles congelados, que, com a autorização dos genitores, poderiam ser destinados às pesquisas com células-tronco embrionárias.*

Com a superestimulação dos folículos ovarianos chega-se a produzir até 15 (quinze) óvulos por ciclo, embora normalmente obtenha-se de 5 a 10. Todos os óvulos produzidos são tratados da forma convencional ou com a ICSI, sendo que 70% deles são fertilizados com sucesso. Considerando que para evitar o risco de gravidez múltipla um máximo de 4 (quatro) embriões é implantado (item I.6 das Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, baixadas pela Resolução nº 1.358/1992 do CFM – Conselho Federal de Medicina), não é raro haver embriões excedentes (óvulos fertilizados com sucesso e que não podem ser implantados).

Estes embriões excedentes podem ser divididos em três grupos: embriões de boa qualidade, de média qualidade e embriões inviáveis para fins de reprodução. Os de alta qualidade e os de média qualidade, considerados viáveis para fins de reprodução, são em geral congelados para aproveitamento futuro (é comum a paciente não engravidar em um ciclo, vindo a tentar novamente a gravidez com os embriões que foram congelados ou simplesmente desejar um segundo filho se a primeira tentativa foi bem-sucedida). Os inviáveis são simplesmente descartados como lixo biológico [...]³⁴⁸

Como a praxe nos procedimentos de fertilização *in vitro* é implantar quatro embriões na mulher, o ministro, ao determinar, em seu voto, que apenas quatro óvulos por ciclo poderiam ser fecundados – diversamente do protocolo atualmente seguido, em que 70% (setenta por cento) dos óvulos produzidos o são –, previu uma condicionante que poderia inviabilizar a ocorrência de embriões excedentes e, por via indireta, também, e mais uma vez, as próprias pesquisas. Ademais, tal condicionante aparentemente dificultava/onerava o

³⁴⁷ ADIn 3510, p. 304-305.

³⁴⁸ ADIn 3510, p. 241.

procedimento de fertilização *in vitro* em si, quer por impedir a fertilização de outros óvulos, que poderiam ser implantados em caso de insucesso do implante anterior, quer por proibir em termos absolutos, o descarte de embriões, impondo, portanto, a sua manutenção permanente em congelamento.

Assim, a decisão minimizava o número de embriões excedentes, que poderiam se prestar à realização de pesquisas, e impunha a sua manipulação por um método ainda sujeito a confirmação científica. Em termos práticos, o entendimento poderia inviabilizar as pesquisas com células-tronco, soando como *um não travestido de sim*. O *não* – ou as condicionantes e restrições previstas no voto – alinhava-se às convicções manifestadas pela CNBB. O *sim* – como esforço para não rejeitar de todo as pesquisas, ou, ao menos, para não se opor a elas ostensivamente – respondia a outros grupos importantes, como a opinião pública, a mídia, a academia e grupos de defesa de direitos fundamentais, que esperavam uma decisão favorável às pesquisas e/ou fundada em argumentos técnicos e jurídicos, e não em convicções subjetivas.

O voto do ministro Menezes Direito foi acompanhado pelos ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Já o ministro Cezar Peluso entendeu que a vida é um processo; que não há vida no ser que não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, sem necessidade de estímulo externo, o que denominou “movimento autógeno”; e que, por conseguinte, não haveria violação do direito à vida na destruição dos embriões congelados, já que eles só viriam retomar seu processo em direção à vida e, portanto, conquistar a capacidade de movimento autógeno, quando e se implantados em útero. Com base em tais argumentos, concluiu que os embriões excedentes de fertilização *in vitro* não seriam sujeitos do direito à vida. Observou, igualmente, que a declaração de inconstitucionalidade da norma levaria a efeitos indesejados, por deixar o assunto sem regulamentação, o que seria ainda mais perigoso.

Ressalvou que a pesquisa com células-tronco embrionárias deveria se destinar a fins terapêuticos, rechaçando qualquer possibilidade de engenharia genética. Afirmou a responsabilidade penal dos Comitês de Ética responsáveis pela aprovação das pesquisas e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde (CONEP). Por fim, *determinou a submissão dos projetos de pesquisa e de terapia, bem como a designação dos membros dos Comitês de Ética, à aprovação e fiscalização do Ministério da Saúde*. No dia seguinte àquele em que proferiu seu voto, quando o STF retomou o julgamento da questão, o ministro Peluso pediu novamente a palavra, para esclarecer:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, embora, a rigor, isto fosse absolutamente desnecessário, parece-me que conviria deixar esclarecida alguma coisa a respeito do julgamento que ontem foi suspenso.

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. De certo, 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 referência ao teor do meu voto ou não me ouviram ou, se me ouviram, não me entenderam.

O meu voto não contém nenhuma ressalva às pesquisas. E a conclusão dele, de improcedência da ação, apenas enuncia duas coisas: primeiro, a responsabilidade dos membros dos comitês de ética, coisa que está na lei. E, nesse passo, acentua a responsabilidade criminal dos respectivos membros. E, em segundo lugar, acena para a necessidade de que exista órgão que aprove a nomeação dos membros dos comitês. Apenas isso.

De modo que, Senhor Presidente, gostaria ficasse constando esse registro por não subsistir dúvida a respeito do conteúdo e da extensão de meu voto³⁴⁹.

A passagem antes transcrita demonstra a preocupação do ministro Peluso com sua imagem perante a população de sua terra. Nesta oportunidade, o ministro valeu-se do espaço público do Supremo Tribunal Federal para se comunicar com seus cidadãos, bem como com a imprensa, corrigindo informações equivocadamente veiculadas. É importante considerar, ainda, que os valores cristãos e, eventualmente, as opiniões da CNBB não deviam ser irrelevantes para o ministro Peluso, que, além de católico, fora seminarista³⁵⁰. De fato, em dois trechos de seu voto, o ministro se dirige à CNBB, dando conta de não desconsiderar a sua assertiva de que a vida começaria com o zigoto, mas ponderando que a própria CNBB, tal como ele, reconhecia a vida como um processo, tanto assim que teria sustentado que o embrião “é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um”. A partir desta e de outras considerações, que destacavam os diferentes estágios de desenvolvimento do ser humano e a inviabilidade de os embriões prosseguirem ou retomarem o processo de vida sem a implantação em útero, justificou seu entendimento, divergindo da entidade.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes, de forma semelhante, manifestou-se pela constitucionalidade das pesquisas e terapias em questão, *desde que se conferisse interpretação conforme à Constituição, para determinar que se submetessem ao crivo centralizado de órgãos de controle estatal*. Após a manifestação de voto do ministro Gilmar Mendes, a última a ser proferida, já que, à época, estava presidindo o Tribunal, o ministro Peluso reiterou sua proposta de que fosse conferida interpretação conforme à Constituição, a

³⁴⁹ ADIn 3510, p. 528-529.

³⁵⁰ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. Revista Piauí, São Paulo, Op. cit., p. 34.

fim de determinar que a CONEP seria o órgão central do sistema, ao qual competiria: i) aprovar ou rejeitar as pesquisas e terapias com células-tronco, bem como, ii) aprovar ou rejeitar os nomes dos membros indicados para composição dos Comitês de Ética de Pesquisa. Ocorre, justamente, que este tipo de exigência havia restado vencido: apenas a minoria dos ministros (ministros Menezes Direito, Eros Grau, Lewandowski, Peluso e Gilmar Mendes) propusera tal entendimento. A maioria não o chancelava e entendia que a Lei de Biossegurança regulava de forma suficiente o assunto. Instaurou-se, então, uma surpreendente discussão, capitaneada pelo ministro Peluso, pela qual este insistia na adoção de tal providência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: [...]. Senhor Presidente, estou propondo, enfim, que a Corte enuncie como interpretação conforme que a CONEP é o órgão último responsável pelo sistema e que, entre suas atribuições, está também a de aprovar ou rejeitar os nomes indicados para a composição dos Comitês de Ética.

.....
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, pela ordem, no julgamento da presente ação direta formou-se uma maioria absoluta; há seis votos que julgam improcedentes a ação e dos quais resultam um julgamento meramente declaratório, porque rejeitam a pretensão de inconstitucionalidade, deduzida pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Os seis votos proferidos não estabelecem qualquer tipo de restrição às pesquisas em torno das células-tronco embrionárias.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, por que seis votos?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Seis votos, considerados, nesse cômputo, os votos do Ministro Ayres Britto, relator, da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Joaquim Barbosa, da Ministra Ellen Gracie, do Ministro Marco Aurélio e do meu próprio voto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, por que Vossa Excelência está me excluindo? Julguei a ação improcedente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não, Vossa Excelência, na verdade, julgou parcialmente procedente esta ação direta, porque dá, à regra legal impugnada, interpretação conforme. É da técnica do Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme resulte em declaração de inconstitucionalidade parcial.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, pura discussão léxica sobre assunto secundário; não há, em meu voto, nenhuma restrição à constitucionalidade da lei, nem às pesquisas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há, sim, Ministro. Vossa Excelência, na verdade, aceita, em parte, a impugnação, pois admite a imposição de restrição às pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, o que é rejeitada [*sic*], expressamente, pelos seis (6) votos que compõem a maioria.

Na realidade, Ministro Cezar Peluso, há seis votos que simplesmente rejeitam, sem quaisquer adições, sem quaisquer restrições, sem quaisquer condicionamentos, sem qualquer exortação, sem qualquer apelo às limitações às pesquisas científicas admitidas pelos cinco (5) eminentes Ministros que compõem a minoria. [...].

.....

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendemos que o art. 5º da Lei de Biossegurança, em sua integralidade, está em plena conformidade com a Constituição, não precisando sofrer qualquer tipo de interpretação conforme, ou de interpretação corretiva, reducionista, e expansiva ou aditiva.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, Vossa Excelência gastou uma hora para falar isso, que a lei perante a Constituição não precisa de nada? Juntando as horas tudo o que falamos foi inútil?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não. A responsabilidade de cada juiz, no desempenho da função de controle de constitucionalidade, a gravidade do problema e a alta responsabilidade de que se acham investidos os magistrados desta Suprema Corte, tudo isso impunha ampla reflexão, e a prolação de votos muito bem fundamentados, como o de Vossa Excelência. Ocorre, no entanto, que o entendimento de Vossa Excelência não prevaleceu. Vossa Excelência está em posição minoritária. [...].

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR): Sem meias palavras, é isso mesmo, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: A esta altura, eu estava achando que eram inúteis.

.....
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ministro Peluso, há seis votos, no entanto, que entendem sem sentido a declaração, que Vossa Excelência pretende ver proclamada, porque esses seis (6) Juízes deste Supremo Tribunal, que compõem a maioria, julgam totalmente improcedente esta ação direta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Seis, oito, dez votos...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Seis votos – que constituem a maioria absoluta – que se revelam decisivos na definição do presente julgamento.

SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Excelência, estamos discutindo palavras, diante de uma realidade que exige clareza, sobretudo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Parece-me que não há déficit de clareza, não há déficit de regulamentação. Ao contrário, efetuado o julgamento, seis votos julgam pura e simplesmente improcedente a ação direta e nada mais propõem. É isso que se aguarda que o eminente Presidente proclame: a prevalência do voto majoritário. Apenas isso!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Sim. Excelência, que mal há em deixá-lo claro?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Os seis votos que julgam improcedente esta ação direta são extremamente claros. Nada há, portanto, a esclarecer. [...].

.....
O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Senhor Presidente, peço-lhe que encerre e proclame a decisão. Este Tribunal hoje deu lições de serenidade. Aqui ninguém perde, ninguém ganha. Faço parte da minoria que está preocupada com aspectos que parecem extremamente sérios.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A maioria também revela igual preocupação...

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Eu creio que sim. Quero deixar bem claro que os Colegas, sobretudo os mais antigos, devem ensinar-me a ter serenidade, a não me exaltar. Nós demos uma lição de reflexão hoje. Aqui não há individualidade

nenhuma. Eu me considero integrado nesse todo e não preciso provar nada a ninguém.

.....
 O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência me perdoe, só para acentuar, como Vossa Excelência sabe, que muitas vezes o voto vencido de hoje é o voto vencedor de amanhã³⁵¹.

A discussão parcialmente transcrita acima alongou-se por dezoito páginas no acórdão, até que o julgamento fosse encerrado pela proclamação, por parte do então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, da improcedência da ação, conforme decisão da maioria, sem outros acréscimos. De fato, o art. 23 da Lei 9868/1999 prevê, expressamente, que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal são determinados pela manifestação de, ao menos, seis ministros em um mesmo sentido³⁵². A insistência do ministro Peluso, aparentemente apoiada por aqueles que restaram vencidos, e suas circunstâncias inusitadas, pois estava claríssimo o entendimento que havia prevalecido, sugerem um comportamento ideológico da minoria na matéria.

Três anos mais tarde, o STF voltou a se reunir para apreciar o reconhecimento das uniões homoafetivas e o regime jurídico a ela aplicável, questão que despertava o interesse dos mesmos grupos de identificação. Desta vez, por votação unânime, o Tribunal julgou procedentes as ações (ADIn 4277 e ADPF 132), para reconhecer tais uniões como entidade familiar, conferindo interpretação conforme ao art. 1723 do Código Civil, com o fito de dele excluir qualquer significado que impedisse tal exegese. Mais uma vez, o Tribunal, de maioria católica, decidia contrariamente ao entendimento da CNBB, que se opunha a tal reconhecimento. No entanto, apesar de se ter proclamado uma decisão unânime, uma minoria de ministros divergiu da fundamentação (e, como se verá, também do alcance e dos limites) da decisão.

Segundo o entendimento do relator da ação, ministro Ayres Britto, e como já se narrou acima, as uniões homoafetivas se subsumiam ao art. 226, § 3º, CF, que dispõe sobre o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher, e determina que a lei deveria facilitar a sua conversão em casamento. Segundo este ministro, a circunstância de referir-se o dispositivo à união entre pessoas de sexos diversos não deveria ensejar uma interpretação reducionista do conceito de família, a ponto de excluir as relações entre parceiros do mesmo

³⁵¹ ADIn 3510, p.640 e ss.

³⁵² É o seguinte o teor do dispositivo: “Art. 23. Efetuado o julgamento proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou outro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade”.

sexo. O dispositivo deveria ser interpretado sistematicamente, à luz de outras normas da Constituição, que garantiam o direito à liberdade de orientação sexual, à privacidade e à igualdade. Em consequência, o relator, acompanhado pela maioria, entendeu que o reconhecimento das uniões homoafetivas deveria ensejar a incidência das mesmas regras e das mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Os ministros Menezes Direito e Eros Grau, que integraram a minoria no julgamento anterior (sobre as pesquisas com células-tronco), já não se encontravam mais no Supremo. Os demais ministros, que restaram vencidos ali, ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, também divergiram da maioria neste segundo julgamento. Reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar, com base em princípios constitucionais, mas não reconheceram a sua subsunção ao art. 226, § 3º, CF. Ao julgar deste modo, observaram que *não atribuíam às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências das uniões heteroafetivas* e, portanto, reconheciam a aplicação mitigada do regime jurídico das últimas às primeiras, apenas “no que fosse cabível”, sem explicitar o critério de distinção a ser utilizado. A minoria, portanto, além de divergir dos fundamentos adotados pela maioria, deixava em aberto o regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas.

Nesta linha, o ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela aplicação das normas das uniões heteroafetivas às uniões homoafetivas, “apenas nos aspectos em que são assemelhadas, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto”, sem explicitar de que aspectos tratava. O ministro Gilmar Mendes, como já foi demonstrado neste trabalho, propôs a aplicação do regime jurídico das uniões heteroafetivas apenas “naquilo que coubesse”, sem outros esclarecimentos³⁵³. O ministro Cezar Peluso declarou que nem todas as normas do direito de família aplicáveis ao homem e à mulher poderiam ser aplicáveis na hipótese “porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque *não há, na verdade, igualdade*”³⁵⁴. Por isso, segundo o ministro, seria “preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual”³⁵⁵. Em razão de tais divergências, a minoria requereu ao relator da

³⁵³ ADIn 4277, p.792.

³⁵⁴ ADIn 4277 p. 875, grifou-se.

³⁵⁵ ADIn 4277 p. 875.

ação que fizesse referência à diferença de entendimentos na ementa do julgado, que passou a ter a seguinte redação quanto ao ponto específico:

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACORDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.

O entendimento dos ministros vencidos explicitava uma posição intermediária entre a conclusão a que chegara a maioria do STF e aquela defendida pelos que se opunham ao reconhecimento das uniões homoafetivas. A menção expressa ao entendimento mais restritivo de certos ministros na ementa cumpria a função de torná-lo visível e claro para os grupos de identificação destes.

Por fim, em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, que novamente despertava o interesse de grupos religiosos. O caso foi relatado pelo ministro Marco Aurélio, tendo ele indeferido o ingresso no feito, como *amicus curiae*, de toda e qualquer entidade religiosa, inclusive da CNBB, com o argumento de que a sua manifestação não era necessária para a instrução e julgamento do processo pelo Tribunal, atitude que gerou polêmica e contrariedade dentro e fora dele. O ministro principiou seu voto com a advertência de que o Estado brasileiro é um Estado laico por determinação constitucional, observando que assim como a laicidade estatal salvaguarda as religiões do risco de intervenção abusiva do Estado, também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa³⁵⁶. O Estado laico obstaría, assim, a que dogmas religiosos determinassem o conteúdo de atos estatais, razão pela qual a questão posta no processo não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais da fé. Nas palavras do ministro:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do

³⁵⁶ Voto do ministro Marco Aurélio na ADPF 54, p. 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida³⁵⁷.

A causa tinha por objeto uma questão jurídica. O Código Penal brasileiro (CP) criminaliza o aborto, qualificando-o como crime contra a vida, e prevê apenas duas hipóteses de excludentes de ilicitude: o aborto praticado por médico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico); e aquele realizado quando a gravidez resulta de estupro, desde que haja consentimento da gestante para tal (aborto sentimental). A anencefalia caracteriza-se pela malformação do tubo neural do feto, ensejando a ausência parcial do encéfalo e do crânio e resultando na inexistência de atividade cortical. No que respeita à vida encefálica, o feto anencefálico é considerado pela medicina um natimorto. No que se refere à vida biológica, trata-se de indivíduo que nasce com batimento cardíaco e respiração, mas que, em virtude de sua malformação, necessariamente falecerá em pouco tempo³⁵⁸.

A pergunta que se colocava, considerado tal contexto, era se a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, com o consentimento da gestante, configurar-se-ia como crime, já que a sobrevivência de tais fetos seria inviável a despeito de tal interrupção. Seria possível compelir uma mulher a levar até o fim uma gestação, quando se tem conhecimento de que ela apresenta maior risco à sua saúde física, gera-lhe imenso sofrimento psíquico e não resultará na sobrevivência do feto? Pode-se falar na ocorrência de crime contra a vida em situação em que não haverá vida ou, conforme a definição que se lhe dê, em circunstância em que esta durará apenas por algumas horas ou dias? Teria o legislador previsto também essa hipótese de excludente de ilicitude se, na época, estivessem disponíveis os recursos tecnológicos hoje existentes, capazes de detectar anomalias fetais com segurança? Essa hipótese de excludente poderia ser considerada implícita na teleologia do art. 128, CP? O teor literal das normas constantes do Código Penal não era capaz de dar respostas seguras a tais questionamentos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
 Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.
 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
 Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

³⁵⁷ Voto do ministro Marco Aurélio na ADPF 54, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

³⁵⁸ Voto do ministro Marco Aurélio na ADPF 54, p. 46 e ss. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

.....
Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O ministro Marco Aurélio observou que o bem jurídico tutelado pela tipificação do crime de aborto é a vida em potencial. Ponderou que a literalidade do Código Penal estava em harmonia com a tecnologia médica disponível à época em que foi produzido, quando não se possuíam os recursos técnicos necessários a identificar previamente as anomalias fetais em discussão. Observou que inexistia hierarquia entre o direito à vida e os demais direitos fundamentais, tutelados constitucionalmente. Entendeu que a gravidez de feto anencefálico poderia colocar em risco a saúde física da mãe e que seu sofrimento emocional era grande a ponto de se poder qualificar como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez. Com base em tais argumentos, afirmou, a partir da dignidade humana, o direito da última à autodeterminação e, portanto, à opção por interromper ou não a gestação, concluindo por afirmar que a interrupção, em tais condições, não se enquadraria como qualquer das condutas tipificadas como crime pelo Código Penal. Este foi o entendimento adotado pela maioria do STF.

Mais uma vez, ficaram total ou parcialmente vencidos na matéria os ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e, ainda, o ministro Celso de Mello³⁵⁹. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o legislador, de modo explícito, não afastara a punibilidade da interrupção da gravidez, em caso de anencefalia; bem como que o Congresso Nacional poderia ter alterado a legislação para contemplar a hipótese, e não o fizera. Afirmou que distintas técnicas da medicina permitiam, no passado, diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, a começar pelo exame do líquido amniótico. Defendeu que o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorreria com as demais cortes constitucionais a seu ver, só poderia exercer o papel de *legislador negativo*, retirando as normas incompatíveis com a Constituição do mundo jurídico. Não caberia ao Tribunal atuar como *legislador positivo* e

³⁵⁹ Embora o ministro Celso de Mello figure entre os vencidos nesta ação, não se verificaram, em suas manifestações, características ou um padrão que assemelhasse seu comportamento judicial àquele dos demais ministros que ficaram vencidos e que o vinculasse aos mesmos grupos de identificação. Como o propósito do trabalho, nesta parte, é demonstrar a interação entre os magistrados e os grupos com os quais se identificam, particularmente com grupos religiosos, não se examinará o voto do Ministro de forma aprofundada, pois, aparentemente, não expressa vínculo desta natureza.

elaborar norma abstrata autorizadora do aborto, o que configuraria usurpação da competência do Congresso Nacional. Confira-se, a seguir, trecho do voto do ministro Lewandowski:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme à Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

.....
Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpeia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.³⁶⁰

O ministro Cezar Peluso sustentou que os fetos anencefálicos, ao contrário dos embriões, são seres dotados de capacidade de movimento autógeno, relacionado ao processo contínuo da vida, asseverando que, se tais fetos podem morrer, é porque estão vivos³⁶¹. Alegou que, para a configuração do crime de aborto, bastaria a eliminação da vida, sendo irrelevante a viabilidade futura ou extrauterina do feto, razão pela qual, respondendo ao relator, seria “mal avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado”. Segundo o ministro Peluso, a hipótese seria de crime típico, que o STF não teria competência para abolir ou atenuar³⁶².

Em seu voto, o ministro Peluso enfrentou os demais argumentos invocados pela maioria, afirmando que um comportamento tipificado como crime importava a preexclusão da liberdade e da autonomia da gestante para adotá-lo; que o feto anencefálico gozaria “do mesmíssimo *status* de proteção que qualquer outro ser humano”; e que “falar-se em ‘morte inevitável e certa’ chega[va] a ser pleonástico, pois ela o é para todos”³⁶³. Defendeu a existência de dificuldades no diagnóstico da anencefalia, porque apresentaria formas menos e mais graves, porque seria problemático diferenciar entre ela e “outras afecções da mesma

³⁶⁰ Voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 54, p. 13-17. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

³⁶¹ O critério de capacidade de movimento autógeno para a configuração da existência de vida já havia sido defendido pelo ministro no julgamento sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADPF 3510). O início do voto do ministro na ADPF 54 é voltado a demonstrar os traços distintivos entre as questões apreciadas nas duas ações e, portanto, a coerência das diferentes conclusões sustentadas por ele em cada uma delas.

³⁶² Voto do ministro Cezar Peluso na ADPF 54, p. 9. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

³⁶³ Voto do ministro Cezar Peluso na ADPF 54, p. 18-19. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

classe nosológica”, e que, diante das supostas informações desencontradas e da gravidade do tema, caberia ao Tribunal agir com prudência³⁶⁴.

Observou que a analogia com a tortura, no caso, seria imprópria, pois esta somente se configuraria diante de um sofrimento injusto e intencionalmente provocado vivenciado pela vítima, e, na hipótese em exame, o sofrimento decorrente da gestação de um anencefálico não seria produto da ação de qualquer força humana exógena. Caso contrário, perguntou o ministro, quem estaria a aplicar a tortura? O feto? O Estado?³⁶⁵ Na sequência, registrou que o risco à saúde física da gestante, que fosse grave e comprovado, enquadrar-se-ia na hipótese de aborto terapêutico; e que a situação de profundo sofrimento psíquico experimentado pela mulher não seria apta a justificar a subtração da vida do feto, ainda que este não tivesse perspectiva de sobrevivência. Por fim e na mesma linha do ministro Ricardo Lewandowski, asseverou ser da competência exclusiva do Congresso Nacional dispor sobre a matéria, sob pena de o Supremo Tribunal Federal atuar como *legislador positivo*, o que lhe seria vedado constitucionalmente:

[...] essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as têm outras e gravíssimas, porque o fórum adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada “antecipação do parto”, neste caso, deve ser ou não considerada excludente de ilicitude.³⁶⁶

O ministro Gilmar Mendes iniciou sua manifestação na sessão do julgamento em causa realçando a importância dos processos de índole objetiva na proteção dos direitos fundamentais, bem como a relevância do *amicus curiae* como fonte de informação para o Supremo Tribunal Federal e como forma de legitimar as decisões nele proferidas, tendo em vista o caráter pluralista e aberto de sua admissão. Com base em tais colocações, *ressaltou sua discordância com o indeferimento, pelo relator, do ingresso de entidades religiosas no feito*. Apresentou, em seguida, considerações sobre o tratamento dispensado ao assunto no direito comparado, *para afirmar que diversos países, inclusive aqueles com população religiosa, autorizavam a interrupção da gravidez no caso de anencefalia*. Inequivocamente, o ministro Gilmar Mendes dirigia-se, com essas considerações, aos grupos religiosos que tiveram sua participação como *amici curiae* indeferida pelo relator, quer para registrar que discordava de tal decisão, quer para justificar sua divergência com o entendimento defendido por tais grupos

³⁶⁴ Voto do ministro Cezar Peluso na ADPF 54, p. 23 e ss. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

³⁶⁵ Voto do ministro Cezar Peluso na ADPF 54, p. 27-30. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

³⁶⁶ Voto do ministro Cezar Peluso na ADPF 54, p. 36-37. Documento disponibilizado pelo gabinete do ministro.

quanto ao mérito da ação, demonstrando que a interrupção da gestação na hipótese constituiria uma tendência universal, presente em países "com população de forte base religiosa". Tal como ficou registrado no Informativo 661, STF:

Nesse sentido, [o ministro Gilmar Mendes] reputou não razoável a ausência, nesse julgamento, de algumas entidades que tentaram se habilitar como *amici curiae*. Teceu, ainda, comentários sobre o tratamento do aborto no direito comparado e demonstrou que praticamente metade dos países-membros da ONU reconheceriam a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia do feto. Sublinhou que, nessa listagem, encontrar-se-iam Estados com população de forte base religiosa.

Defendeu que o aborto, na hipótese, constituiria um fato típico porque o feto poderia nascer com vida. Observou que o princípio da dignidade humana também tutelaria o nascituro. Alegou que a questão deveria ser tratada a partir das opções legislativas já existentes acerca da isenção de punibilidade para o aborto em geral, com base no estado de necessidade e na inexigibilidade de conduta diversa, sustentando que a proteção à incolumidade da gestante na situação seria semelhante àquela do aborto de feto resultante de estupro, em que se pretendeu proteger a integridade psicológica da mãe. Com base em tais argumentos, constatou que a interrupção da gravidez, no caso, estaria autorizada implicitamente pelo espírito do art. 128, CP, não tendo sido explicitada pelo legislador em seus incisos, por ser inimaginável, na época, em razão das limitações tecnológicas então existentes para a detecção da anencefalia³⁶⁷.

Com base no exposto, afirmou a possibilidade da interrupção da gravidez, mas a condicionou ao seguinte procedimento: i) obtenção de diagnóstico subscrito por, no mínimo, dois médicos especialistas, confirmando a anencefalia; ii) realização de cirurgia, sempre que possível, por médico distinto daqueles que produziram o laudo; iii) observância de período de três dias entre a data do diagnóstico da anencefalia e a da intervenção cirúrgica; e iv) disponibilização, por parte do Poder Público, em favor de gestantes de menor poder aquisitivo, de acompanhamento psicológico, tanto antes quanto depois do procedimento cirúrgico³⁶⁸. Tais condicionantes, também defendidas pelo ministro Celso de Mello, eram mais restritivas para a realização do procedimento do que o entendimento professado pela maioria do STF e poderiam dificultar a sua concretização, em especial, na rede pública, não tendo sido endossadas pela maioria do Tribunal.

³⁶⁷ Cf. Informativo 661, STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

³⁶⁸ Informativo 661, STF.

2.7 Considerações finais

As considerações acima demonstram que o *background* dos magistrados e suas convicções ideológicas influenciam as suas decisões. Os fatos considerados relevantes por um juiz, o valor reconhecido à prova, a credibilidade conferida às testemunhas, o comportamento em demandas em que o direito ainda se encontra relativamente indeterminado ou a primazia conferida a um determinado bem, em caso de direitos fundamentais em tensão, são exemplos de situações em que a subjetividade dos juízes tem um papel inevitável em seu processo decisório.

Ao interagir socialmente, as pessoas aproximam-se daquelas que consideram semelhantes e com as quais compartilham experiências e valores. Assim, naturalmente, um mesmo indivíduo integra diversas coletividades e estabelece vínculos emocionais com seus membros. Todos desejam ser queridos e respeitados por sua família, por seus amigos, pelos que professam a sua religião, por seus colegas de trabalho, pelos demais profissionais com os quais interagem, pela mídia, pelo povo em geral. Cada qual de tais grupos de identificação afirma e reforça determinados valores, e todos os indivíduos se submetem à influência de muitos deles simultaneamente. Quanto maior o vínculo com determinado grupo, mais importante será para o agente o seu reconhecimento, na medida em que este interferirá na construção de sua própria identidade.

Como a identidade é afirmada na interação com o outro e como os juízes são humanos, os grupos com os quais se identificam influenciam sua visão de mundo e seu comportamento judicial, de forma consciente ou, até mesmo, de forma inconsciente. A depender de quão estruturante um grupo seja para a subjetividade de uma pessoa, a influência daquele sobre os valores desta pode lhe ser imperceptível – como é o caso da família e também pode ser o caso da religião. A força da influência que tais grupos exercem sobre o processo de decisão de um juiz contribui para conformar sua argumentação e suas decisões mesmo quando estas venham a divergir do que pensam ou propõem tais grupos, orientando de algum modo suas colocações e levando os juízes a estabelecerem um diálogo com os referidos grupos, através de seus votos e de seus fundamentos.

3 A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO JUDICIAL I: ASPECTOS INTERNOS AO JUDICIÁRIO

3.1 O que são instituições e como elas interferem no comportamento das pessoas

As instituições correspondem às regras, formais ou informais, aos esquemas cognitivos, aos símbolos e aos padrões que definem os *significados sociais* atribuídos às ações humanas e aos eventos. Correspondem, também, a organizações ou a estruturas sociais permanentes, identificáveis por seus códigos de valores e por suas normas³⁶⁹. A forma pela qual as instituições interferem na conduta das pessoas pode ser examinada sob o *prisma cultural* e sob o *prisma estratégico*. Do *ponto de vista cultural*, as instituições definem não apenas como alguém deve se conduzir e avaliar as situações, mas até mesmo as condutas que um agente poderia sequer imaginar adotar, determinando os papéis sociais atribuídos às pessoas, seus direitos e deveres, suas expectativas e perspectivas³⁷⁰. Isso ocorre porque os significados sociais são tão introjetados nos indivíduos que passam a ser encarados como naturais, como um fato não político e até independente de escolha.

Em determinado momento da história norte-americana, por exemplo, os negros foram considerados inferiores aos brancos. Essa visão era tida como um fato da natureza e justificava a segregação racial. As mulheres também foram avaliadas de forma semelhante e entendia-se que o seu papel se resumia a cuidar do lar, da família, gerar e criar filhos³⁷¹. Em tais circunstâncias, um homem negro não almejaria um alto posto na política e uma mulher não se imaginaria trabalhando fora de casa. A sociedade reservava ao negro e à mulher funções e expectativas bem-definidas e subalternas. O negro e a mulher que se distanciassem

³⁶⁹ Esse conceito amplo de instituição é compatível com os significados atribuídos à palavra pelo Dicionário Aurélio, abrange as diversas acepções (histórica, estratégica e sociológica) que lhe são conferidas pelo novo institucionalismo (HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. Political science and three new institutionalisms. *Political Studies*, v. 44, p. 936, 1996), bem como por estudiosos de modelos de comportamento judicial que levam em conta a interação entre as instituições (EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices make*. Washington: CQ Press, 1998, p. 17-18; ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Foreword: Law as Equilibrium. *Harvard Law Review*, v. 108, p. 26-108, 1994, p. 26 e ss; ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 428 e ss.). O novo institucionalismo propõe o estudo das instituições como o principal espaço de decisão simbólica e estratégica dos agentes (GOODIN, Robert E. *Institutions and their design*. Nova York: Cambridge University Press, 1995, p. 2-22; RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. *Washington University Law Quarterly*, v. 72, p. pp. 1-50, 1994, p. 22-23).

³⁷⁰ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. Political science and three new institutionalisms. Op. cit., p. 5-8.

³⁷¹ LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. Op. cit., p. 959-998.

desse padrão provavelmente seriam estigmatizados socialmente. O negro que não aceitasse a condição de submissão talvez viesse a ser considerado um revoltado. A mulher que trabalhasse fora de casa por livre e espontânea vontade, uma desvirtuada. O estigma constitui uma das muitas sanções institucionais aplicadas àqueles que agem contra significados socialmente estabelecidos. Por isso, não se pode esperar, como regra, que os indivíduos recusem tais convenções – elas funcionam como incentivos que induzem ou limitam as ações humanas³⁷².

As instituições podem se alterar de forma espontânea, como produto do desenvolvimento da sociedade, ou por indução, em virtude da interferência de indivíduos ou de grupos, cuja ação tem o propósito de construir novos significados sociais. No que respeita aos negros, por exemplo, no contexto norte-americano, se não houvesse proibição de sua discriminação na relação de emprego, sua contratação por um empregador branco, em determinado momento da história, poderia ser interpretada como a intenção deste de apoiar a causa dos negros ou como a busca gananciosa por lucros mais altos, através do emprego de uma mão de obra mais barata. Em ambas as hipóteses, a atitude do empregador teria um sentido estigmatizante para ele próprio, sentido este que funcionaria como um desincentivo à contratação. Caso determinado Estado pretendesse estimular a absorção dos negros ao mercado de trabalho, a edição de uma lei proibindo a discriminação em razão da raça ou da cor conferiria a tal contratação um significado de mero cumprimento da norma, reduzindo o estigma e, portanto, o custo social decorrente do emprego de tal mão de obra³⁷³.

Por outro lado, os indivíduos que partilham determinados significados e valores tendem a resistir à sua alteração porque esta é naturalmente acompanhada da desestabilização de um modo introjetado de viver e de avaliar a si mesmo e ao mundo à sua volta³⁷⁴. A afirmação das mulheres no mercado de trabalho pode colocar em xeque o estilo de vida adotado por uma mulher que permaneceu em casa, cuidando dos filhos. Quando era "natural" que a esposa simplesmente permanecesse no lar e valorizasse a maternidade, o significado social e os custos de fazê-lo eram mínimos. A partir do momento em que tal condição passa a ser vista como produto de desigualdade ou de fraqueza, esta "escolha" pode ser altamente estigmatizante, atribuindo um sentido negativo ao modo de vida anteriormente estabelecido.

³⁷² LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. Op. cit., p. 999-1001.

³⁷³ LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. Op. cit., p. 966-967.

³⁷⁴ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. Political science and three new institutionalisms. Op. cit., p. 14-15; LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. Op. cit., p. 999-1001.

Por essa razão, não seria surpreendente que algumas mulheres que adotaram um estilo de vida mais tradicional atribuíssem um significado negativo ao desenvolvimento profissional feminino em igualdade de condições com os homens, qualificando-o, por exemplo, como desestabilizador da família ou como comprometedor da educação dos filhos. Isso ocorre porque o novo modelo afeta o significado social e o valor do estilo de vida que está sendo superado³⁷⁵. Assim, a influência das instituições no comportamento humano do *ponto de vista cultural* poderia ser sintetizada nos seguintes termos³⁷⁶:

1. Os agentes individuais e os grupos perseguem seus próprios projetos em um contexto sujeito a limites coletivos.
2. Esses limites têm a forma de instituições – padrões organizados, constituídos de normas, comportamentos e papéis socialmente esperados daqueles que os desempenham, os quais são criados e recriados ao longo do tempo.
3. Os referidos limites são, em alguma medida, vantajosos para os indivíduos e para os grupos na busca de realização de seus próprios projetos. Isso ocorre porque os mesmos fatores que limitam as ações individuais e coletivas também modelam seus desejos, preferências e motivos.
4. Esses limites têm razões históricas e constituem resíduos de ações e de escolhas passadas.
5. Esses limites incorporam e preservam diferentes fontes de poder no que respeita a diferentes indivíduos e grupos. [...].

Já no que respeita à análise da interferência das instituições na conduta das pessoas do *ponto de vista estratégico*, acredita-se que elas estruturam as interações humanas, na medida em que permitem que os agentes antecipem como outros indivíduos reagirão às suas pretensões. As instituições fornecem, ainda, informação sobre caminhos e regras que podem favorecer ou dificultar a consecução de objetivos. Esses elementos permitem que os agentes optem por atitudes que favoreçam a obtenção do resultado pretendido³⁷⁷.

Prosseguindo com o exemplo já utilizado acima, eventual Estado que pretendesse promover a integração dos negros ao mercado de trabalho poderia ter cogitado editar uma lei tornando obrigatória a contratação de um percentual de trabalhadores negros incidente sobre o total de funcionários de cada empresa atuante no mercado de trabalho. Essa medida seria mais ousada do que a mera vedação à discriminação racial na relação de emprego e poderia gerar

³⁷⁵ LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. Op. cit., p. 989-998.

³⁷⁶ GOODIN, Robert E. Institutions and their design. Op. cit., p. 19-20.

³⁷⁷ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. Disponível em: <<http://epstein.usc.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013, p. 2; HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. Political science and three new institutionalisms. Op. cit., p. 11 e ss.

efeitos maiores no que respeita à absorção de tal mão de obra. No entanto, a adoção dessa proposta, sob o prisma estratégico, dependeria de uma avaliação sobre como as demais forças sociais, em especial as mais conservadoras, reagiriam a essa providência. Caso se acreditasse que a proposta de uma norma com tal conteúdo provocaria rejeição de tal monta a ponto de colocar em risco a sua aprovação, possivelmente os agentes em questão optariam por uma medida mais branda, cuja aceitação fosse mais viável, como é o caso de uma mera lei antidiscriminação. Esta última, por ser menos invasiva da liberdade de contrato, despertaria menos oposições. Ainda que não atingisse o resultado pretendido de forma imediata, representaria um primeiro passo em tal direção.

Por outro lado, as instituições são influenciadas pela situação política mais ampla em que estão inseridas. Por isso, os mesmos agentes, ao verificarem uma intensa evolução das forças sociais no sentido do combate à segregação racial, poderiam concluir que se estaria diante de uma boa oportunidade para propor um novo avanço na matéria, como, por exemplo, para vedar a segregação de brancos e negros em escolas públicas, impondo que estas fossem mistas. A educação, sobretudo a escolar, é um poderoso instrumento de construção de significados sociais e de consensos culturais, que funcionam como preconceções na comunicação entre as pessoas³⁷⁸. O estudo conjunto de brancos e negros em uma mesma sala de aula, em igualdade de condições, é por si só um mecanismo de inclusão social.

Ao avaliar o melhor caminho institucional para a consecução de tal objetivo, os agentes em questão levariam em consideração as tendências ideológicas dominantes no Legislativo e no Executivo, os custos políticos para que os membros de tais poderes contrariassem eleitores com tendências conservadoras, as inclinações ideológicas do Judiciário e demais obstáculos que interferissem em seus propósitos. A partir de tal análise, poderiam concluir que a melhor estratégia a seguir não seria buscar no Legislativo a aprovação de uma norma contra a segregação escolar, mas sim apoiar a propositura de uma ação que submetesse ao Judiciário o julgamento sobre a constitucionalidade da segregação racial nas escolas, transferindo para este Poder, composto por juízes vitalícios e não eleitos, a decisão sobre o assunto. A declaração de inconstitucionalidade da segregação permitiria alcançar o mesmo resultado – vedação à discriminação racial – com menores ônus para os agentes públicos dependentes do voto popular para sua reeleição. Obviamente, o cálculo estratégico que orientaria a conduta política, neste exemplo, se basearia no conhecimento acerca do modo de funcionar de cada instituição e de sua interação.

³⁷⁸ LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. Op. cit., p. 973-976.

O mesmo raciocínio pode ser transferido para a análise do comportamento dos juízes. Sob o prisma cultural, os membros do Poder Judiciário estão sujeitos a regras formais e informais que definem a sua conduta. Os juízes e a sociedade compartilham convicções, valores e símbolos sobre a missão atribuída aos magistrados, sobre a forma mais adequada de desempenhá-la e sobre o ideal de profissional virtuoso. O próprio Judiciário pode ser considerado uma instituição, no sentido de expressar um conjunto de regras e de valores compartilhados sobre a função de julgar, que incentiva e limita as condutas e expectativas de seus membros ou daqueles com quem tais membros interagem³⁷⁹.

Os juízes submetem-se a regras de competência, a normas funcionais e disciplinares e são influenciados pela forma pela qual o próprio Judiciário e seus colegas avaliam os magistrados porque, como já observado, estabelecem com eles um vínculo de identificação e buscam seu reconhecimento. As instituições influenciam as identidades sociais de seus membros e esses membros buscam ajustar-se às condutas que são mais valorizadas por elas. Como já foi mencionado, as instituições também são influenciadas por outras instituições com que interagem e pelo ambiente cultural mais amplo no qual se inserem.

Sob o prisma estratégico, o conhecimento das instituições permite que os juízes que desejam influenciar ideologicamente o conteúdo do direito definam a forma como atuarão ou como julgarão um caso, a partir da avaliação de como agirão os demais agentes envolvidos. De acordo com esta visão, ao julgar uma causa, um magistrado que integra determinado órgão colegiado só manifestará sinceramente suas preferências ideológicas se acreditar que será seguido pelos demais membros do referido colegiado, bem como se confiar que tal julgado não será rejeitado pela ação dos demais poderes. Caso contrário, o juiz produzirá a decisão que for mais próxima de suas preferências originais e que não desperte a rejeição dos demais agentes, porque essa será a melhor forma de atingir seu objetivo, ainda que parcialmente. A atuação estratégica em tais moldes é produto das normas que estruturam o processo de decisão dentro do Judiciário e a interação deste com os demais poderes.

³⁷⁹ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. Op. cit., p. 262-263; VERMEULE, Adrian. The Supreme Court, 2008 Term, Foreword: System Effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 123, n. 1, p. 4, nov. 2009, p. 69-70; THOMAS, E. W. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principals*. Nova York: Cambridge University Press, 2005, p. 245-249; KENNEDY, Duncan. Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology. *Journal of Legal Education*, v. 36, p. 518, 1996, p. 520-521; RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. Op. cit., p. 101 e ss.; EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision-making. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, p. 1639-1689, 2003, p. 1662-1664; GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. Op. cit., p. 1555-1556.

Em síntese, as instituições podem gerar dois tipos de comportamento nos magistrados. Podem gerar um comportamento *sincero*, decorrente de valores culturalmente internalizados, que formam suas concepções sobre a função de julgar e sobre o modo mais adequado de decidir seus casos. E podem ser responsáveis pela atuação *estratégica* dos juízes, por meio da qual estes modelam sua conduta e ocultam suas reais preferências, de forma a atingi-las, não na medida ideal, mas na medida possível, tendo em vista os demais atores envolvidos. Ambos os comportamentos são produto da realidade institucional e das normas que regem o Poder Judiciário.

3.2 Modelo estratégico

O modelo estratégico constitui o terceiro modelo referenciado pela literatura tradicional norte-americana sobre o comportamento judicial³⁸⁰. Ele é, na verdade, espécie de um critério mais amplo de compreensão do processo decisório, o critério institucional. É, ainda, compatível, em parte, com as ideias do modelo ideológico, já que reconhece que os magistrados não são agentes neutros e que buscam projetar suas preferências pessoais sobre suas decisões, de forma a influenciar o conteúdo do direito. O que distingue o modelo estratégico do modelo ideológico é a forma pela qual se acredita que tal fim será atingido. O modelo ideológico confia que os juízes simplesmente votarão conforme suas convicções. O modelo estratégico aposta em uma atuação mais complexa.

3.2.1 Teoria das escolhas racionais e teoria dos jogos

Os estudiosos do modelo em exame recorrem à *teoria das escolhas racionais* e à *teoria dos jogos* como forma de explicar o comportamento dos magistrados. De acordo com a primeira, os agentes são racionais, têm um conjunto de objetivos pessoais que desejam ver realizados e optam pelas atitudes que acreditam serem capazes de alcançá-los. Portanto, a ação de tais indivíduos deve preencher os seguintes requisitos: i) eles devem optar por condutas maximizadoras dos benefícios almejados; ii) suas convicções sobre quais sejam tais

³⁸⁰ A doutrina sobre comportamento judicial alude aos modelos legalista, ideológico e estratégico como os modelos mais tradicionais sobre a matéria.

condutas devem ter uma base sólida, a partir de fatos e de evidências colhidas; iii) tais fatos e evidências devem resultar de um investimento ótimo para a obtenção de informação³⁸¹.

A teoria dos jogos tem por finalidade estudar a lógica que perpassa o comportamento humano, quando a ação de um determinado sujeito (voltada à consecução de um objetivo) depende também da atitude de terceiros. No caso de um juiz, acredita-se que este definirá sua conduta a partir da reação que espera dos demais juízes e poderes com os quais interage, abandonando entendimentos que considera mais adequados e optando por uma segunda linha de abordagem (*second best decision*) se esta favorecer a obtenção de uma decisão que seja satisfatória, ainda que não seja a ideal³⁸². Como em um jogo de xadrez, o magistrado avaliará os movimentos e recuos mais adequados à obtenção de seus objetivos e eventualmente ajustará suas percepções originais sobre as preferências dos seus oponentes a cada “rodada”, aperfeiçoando, em razão disso, a sua estratégia³⁸³.

3.2.2 Críticas ao modelo estratégico

A aplicação da teoria das escolhas racionais e da teoria dos jogos para prever os comportamentos judiciais encontra diversas dificuldades. Os agentes não são puramente racionais. O *background* dos juízes é responsável por pré-compreensões capazes de interferir na sua apreensão da realidade. E mecanismos inconscientes podem alterar a percepção das pessoas, como é o caso dos fenômenos da dissonância cognitiva, do pensamento mágico e da incapacidade de lidar com a decepção, descritos no capítulo 2³⁸⁴. Em razão disso, a avaliação dos juízes quanto às possíveis ações dos demais agentes capazes de interferir sobre um julgamento pode ensejar conclusões bastante distorcidas, que motivariam, por sua vez, um comportamento judicial imprevisível e aparentemente irracional.

³⁸¹ Esta última consideração baseia-se no método de Bayes (*bayesian learning*), utilizado em estatística para corrigir estimativas sobre probabilidades, na medida em que informações complementares são obtidas. Cf. ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986, p. 1-33; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. Disponível em: <<http://epstein.usc.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013, p. 2; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal modal revisited*. Op. cit., p. 97; PETTIT, Philip. Institutional design and rational choice. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Nova York: Cambridge University Press, 1996, p. 62 e ss.

³⁸² CORAM, Bruce Talbot. Second best theories and the implications for institutional design. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 92.

³⁸³ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 299 e ss.; ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Op. cit., p. 7 e ss.

³⁸⁴ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 54 e ss.

Alguns autores apresentam casos interessantes em que a mera forma de descrever o problema pode influenciar a decisão tomada pelas pessoas. Um bom exemplo corresponde ao tratamento dado pelas empresas de cartão de crédito ao acréscimo de custo decorrente do pagamento de compras com cartão. Segundo alguns relatos, tais empresas teriam orientado os lojistas a oferecer um desconto nas compras à vista, em lugar de cobrar uma sobretaxa pelo uso do cartão nas compras a prazo. As empresas de crédito pretendiam, assim, alterar a referência de preço do consumidor para que este não percebesse o aumento de custo produzido pelo uso do cartão. Verificou-se que, por razões puramente psicológicas, as perdas repercutem subjetivamente mais do que os ganhos. Por isso, os consumidores, na compra com cartão, aceitam melhor a ideia de não receber um desconto do que a ideia de sofrer uma sobretaxa, ainda que não haja diferença entre as duas do ponto de vista econômico³⁸⁵.

Outros estudiosos demonstram como a interação social pode levar os indivíduos a tomar decisões ilógicas do ponto de vista da otimização dos benefícios. É o que ocorre no caso denominado dilema do prisioneiro (*prisoner's dilemma*). Nesse caso, descreve-se uma situação em que dois prisioneiros, envolvidos em um mesmo crime, são postos em celas separadas e informados de que a autoridade carcerária adotará o seguinte procedimento: i) se um deles delatar o companheiro e este não o delatar, o delator será liberado e o delatado ficará dez anos na prisão; ii) se ambos não delatarem, ambos ficarão na prisão por um ano; iii) se ambos delatarem, ficarão na prisão por cinco anos³⁸⁶.

A solução ótima, em tal circunstância, seria que ambos não delatassem e ficassem apenas um ano na prisão. No entanto, verificou-se empiricamente que a estratégia dominante adotada pelos prisioneiros é acusar o parceiro, em razão do medo de ser encarcerado por dez anos como consequência da delação pelo último. Afirma-se que, nestas circunstâncias, a racionalidade do agente na otimização de benefícios é prejudicada pelo fenômeno psíquico da aversão ao risco.

Além disso, alega-se, uma escolha racional pressupõe que os indivíduos disponham de informação suficiente e adequada para a tomada de decisão (quer quanto ao comportamento dos demais agentes envolvidos, quer quanto às consequências de todas as eventuais ações e

³⁸⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986, p. 123-141.

³⁸⁶ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 319 e ss. O caso do dilema do prisioneiro é o mais utilizado para demonstrar falhas de cooperação na interação social que conduzem a decisões não ótimas do ponto de vista das teorias das escolhas racionais, mas o autor traz inúmeros outros casos identificados a partir da teoria dos jogos. Cf., sobre o dilema do prisioneiro: PETTIT, Philip. Institutional design and rational choice. Op. cit., p. 71.

reações de cada qual). Entretanto, na prática, é difícil avaliar se isso está ocorrendo ou se é necessário um investimento maior na busca de elementos e de dados que sirvam de base para um julgamento. Tais informações podem, ainda, não estar plenamente disponíveis e seu levantamento pode ser muito oneroso, impondo-se a tomada de decisões em situação de considerável incerteza.

Por isso, a teoria das escolhas racionais constituiria um instrumento de eficácia duvidosa para a previsão do comportamento judicial. Somente o estado mental que precede a decisão permite explicar determinadas ações como ótimas do ponto de vista do agente, e, em situação de indeterminação quanto à atitude de terceiros ou quanto à melhor conduta a adotar, a atitude do indivíduo pode representar uma mera aposta, aleatória ou intuitiva, portanto muito pessoal, do caminho a seguir.

Os estudiosos do modelo estratégico reconhecem tais falhas, mas observam que, ainda que as mencionadas teorias não sejam capazes de descrever plenamente o processo decisório dos magistrados, elas são ferramentas úteis para tal fim porque os juízes, como os seres humanos em geral, desejam ser racionais, mesmo que tal racionalidade seja parcialmente comprometida por aspectos subjetivos ou por situações de indeterminação, como aquelas já aludidas³⁸⁷.

Afirma-se, ainda, que a comprovação empírica da efetiva ocorrência de comportamento estratégico apresenta grande dificuldade, já que, muitas vezes, a atitude reputada como estratégica comportaria outras muitas explicações concorrentes, como, por exemplo, uma mudança ou moderação ideológica sinceramente experimentada pelo magistrado, em razão do contato, em determinado caso, com pontos de vista e posicionamentos de outros agentes.

Observa-se também que o enquadramento de determinados julgados ou votos como comportamentos estratégicos ocorre, geralmente, com base em explicações criadas *a posteriori* para justificar atitudes que já ocorreram, o que poderia levar o observador a, involuntariamente, perder a imparcialidade e gerar percepções distorcidas que confirmem o modelo estratégico. A despeito de tais dificuldades, o modelo estratégico apresenta elementos importantes para a compreensão do comportamento judicial, como ficará claro ao longo deste capítulo.

³⁸⁷ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 19 e ss.

3.2.3 Estratégia na Suprema Corte norte-americana: o que *Marbury v. Madison* (1803) e *Craig v. Boren* (1976) têm em comum?

Marbury v. Madison foi um dos mais célebres casos do constitucionalismo norte-americano julgado pela Suprema Corte, pelo qual esta reconheceu, expressamente, sua competência para exercer o controle de constitucionalidade das normas e para declarar a nulidade daquelas que fossem incompatíveis com a Constituição, de forma a afastar a sua aplicação³⁸⁸. Do ponto de vista da história do controle jurisdicional da constitucionalidade, tratou-se de uma decisão paradigmática, de afirmação da supremacia judicial e do poder do Judiciário para dar a “última palavra” sobre o significado da Constituição³⁸⁹. No entanto, paradoxalmente, a decisão, no que se refere à situação concreta em julgamento, expressava o inverso: a sujeição da Suprema Corte norte-americana à vontade do chefe do Poder Executivo.

O caso apresentava os seguintes contornos. O presidente Jefferson havia derrotado o presidente Adams nas eleições de 1800, mas este permanecera no cargo por mais alguns dias antes que o novo presidente tomasse posse. Neste período, o Congresso norte-americano aprovou a Lei de Organização do Judiciário de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), ampliando o número de órgãos judiciais e criando novos cargos de juiz. Então, às vésperas do final de seu mandato, o presidente Adams indicou diversos juízes para os novos cargos.

A manobra de Adams e do Congresso, no qual detinha maioria, tinha o propósito de manter no poder, através do Judiciário, o grupo que havia perdido as eleições. As indicações de Adams foram rapidamente aprovadas pelo Senado, mas, para que surtisse efeito, os respectivos diplomas de nomeação precisavam ser entregues aos nomeados, não tendo havido tempo hábil para a entrega de parte de tais diplomas. Ao tomar posse, o presidente Jefferson sustou as entregas dos diplomas de nomeação ainda pendentes. Sem tais diplomas, os nomeados não puderam assumir seus cargos. Na sequência, a Lei de Organização do Judiciário de 1801 foi revogada, extinguindo-se os novos cargos. Quando a validade da revogação foi questionada judicialmente, o novo Congresso “fechou a Suprema Corte”,

³⁸⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³⁸⁹ Há registros de decisões anteriores do Judiciário estadual e federal norte-americano que procederam ao controle de constitucionalidade das normas, bem como de um julgado, proferido pela Suprema Corte em *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796), em que esta teria reconhecido a possibilidade de exercer o controle da constitucionalidade das normas, muito embora tenha afirmado, na situação específica, que a norma era compatível com a Constituição. De todo modo, foi com *Marbury v. Madison* que o entendimento se notabilizou, ensejando a declaração de inconstitucionalidade da norma.

postergando o início de sua judicatura por catorze meses, até que tais medidas constituíssem um fato consumado³⁹⁰.

William Marbury fora nomeado juiz de paz (*justice of the peace*) pelo presidente Adams, para um mandato de cinco anos neste cargo, mas não conseguiu tomar posse, em virtude do não recebimento de seu diploma de nomeação. Por esta razão, ajuizou uma ação diretamente perante a Suprema Corte norte-americana, a fim de que esta compelissem a nova administração a investi-lo no cargo, valendo-se, para tal, de uma lei que havia expandido a jurisdição originária da Corte. O presidente da Suprema Corte, John Marshall, também havia sido indicado pelo presidente Adams e, portanto, era favorável ao pleito de Marbury. No entanto, Marshall tinha conhecimento de que uma decisão favorável a Marbury, nas circunstâncias políticas de então, geraria seriíssimas consequências, entre as quais possivelmente o *impeachment* de Marshall e a consequente desestabilização institucional da Suprema Corte.

Nessas condições, Marshall tinha diante de si alguns caminhos possíveis. Poderia votar a favor de Marbury, atitude que refletia suas preferências políticas sinceras, e assumir o risco das aludidas consequências. Poderia votar contra Marbury, a fim de preservar seu cargo e a estabilidade institucional da Suprema Corte. Poderia, ainda, deixar de apreciar o caso, sob a alegação de que a lei que estendia a competência da Suprema Corte para apreciar demandas como aquela era inconstitucional e, portanto, nula.

Marshall iniciou seu voto observando que a indicação de um juiz pelo presidente e sua aprovação pelo Senado constituíam atos discricionários. Ponderou que tais atos foram legitimamente praticados pelas autoridades então competentes e que, em virtude disso, o presidente Adams assinara a nomeação de Marbury. Tal nomeação, portanto, havia se aperfeiçoado, passando a integrar o patrimônio jurídico autor. Assim, afirmou, Marbury tinha direito a tomar posse e a cumprir o aludido mandato. Entretanto, ainda segundo Marshall, a Suprema Corte não detinha competência para examinar o caso em caráter originário, já que a lei que a teria previsto era incompatível com a Constituição e, por isso, não tinha como dar ganho de causa a Marbury.

Marshall optou, portanto, pela terceira via, sem, contudo, deixar de frisar que assistia razão ao autor. E valeu-se da oportunidade para ir além e afirmar que cabia ao Judiciário e,

³⁹⁰ No original: "They [the congressional Jeffersonians] also repealed the Judiciary Act of 1801, thus abolishing the posts of the newly appointed Federalist judges. When suit was brought to test the constitutionality of such legislative ouster, *Congress shut the Supreme Court down by postponing its next term for fourteen months, by which time controversy had died away*" (PRITCHETT, Herman. *Congress versus the Supreme Court – 1957-1960*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1961, p. 6-7, grifou-se).

em última instância, à Suprema Corte, avaliar se uma norma era compatível ou não com a Constituição e, portanto, se deveria ser cumprida. Assim, ainda que a decisão concreta representasse um recuo imediato da Corte perante o Executivo, ela aumentava seu poder em casos futuros e atendia, por via transversa, a preferências políticas ainda mais relevantes do que aquela de que se abria mão com a decisão. Em síntese, era uma forma de “perder ganhando”³⁹¹.

Craig v. Boren foi julgado em 1976, mais de um século e meio mais tarde. Em 1972, o Estado de Oklahoma aprovou uma lei que proibia a venda de cerveja a homens com menos de 21 anos, mas permitia que as mulheres adquirissem cerveja de baixo teor alcoólico a partir dos 18 anos³⁹². A norma ensejou a propositura de uma ação pela qual Curtis Craig, um rapaz de vinte anos, e Carolyn Whitener, uma vendedora de cerveja, questionaram a constitucionalidade de tal disposição, sob o fundamento de que importava discriminação em razão do sexo. Os autores argumentavam que leis com tal teor deveriam ser submetidas a um teste de constitucionalidade mais rigoroso, denominado *strict scrutiny test*, pelo qual se presume a inconstitucionalidade da norma e se atribui ao Poder Público o ônus de demonstrar que ela é a medida menos restritiva apta a preservar um interesse estatal relevante. As normas examinadas com base em tal *standard* geralmente são declaradas incompatíveis com a Constituição.

O Estado de Oklahoma alegou, em sua defesa, que os precedentes da Suprema Corte sobre a matéria determinavam a aplicação de um teste menos rigoroso, o *rational basis test*, pelo qual cabia ao Estado tão somente demonstrar que a norma impugnada constitui uma medida razoável para a consecução de um objetivo estatal legítimo. No caso, o tratamento diferenciado entre homens e mulheres fora motivado por estudos empíricos que demonstravam que os homens com idade inferior a 21 anos apresentavam maior tendência a se envolver em acidentes de carro relacionados ao consumo excessivo de álcool.

O caso foi julgado favoravelmente ao Poder Público na instância inferior, motivando a interposição de um recurso para a Suprema Corte. Ali um terceiro interessado, a *American Civil Liberties*, ingressou no feito, como *amicus curiae*, em favor dos autores, defendendo a tese de que a norma em questão era incompatível com a Constituição qualquer que fosse o critério adotado. A relatoria do caso foi entregue ao *justice* Brennan, um juiz progressista,

³⁹¹ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices make*. Op. cit., p. 47-49.

³⁹² *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

cujas preferências tendiam a um julgamento favorável aos autores e à adoção do *strict scrutiny test*.

Para que tal entendimento prevalecesse, Brennan precisava da adesão de mais quatro juízes da Corte, composta por nove membros no total, de forma a obter uma maioria tanto no que respeita ao direito dos autores a comprar e vender cerveja sem as limitações previstas na norma quanto no que se refere ao teste de constitucionalidade a ser aplicado em outros casos de discriminação em razão do sexo. O último item, do ponto de vista ideológico e jurídico, era mais importante do que a solução imediata do caso concreto, pois poderia importar a definição de um precedente que regeria o julgamento de diversos casos futuros.

No entanto, apenas três outros juízes apoiavam a definição do *strict scrutiny test* como critério de solução da controvérsia. Ciente de tais circunstâncias, Brennan produziu um voto em que julgava favoravelmente a Craig e Whitener e pelo qual criava um novo *standard* para o controle de constitucionalidade – um teste intermediário, que ficava entre o rigor do *strict scrutiny test* e a brandura do *rational basis test*. Esse *standard* foi denominado *heightened* ou *midlevel scrutiny* e estabelecia que as classificações com base no gênero devem atender a objetivos estatais importantes e ser essenciais para a consecução de tais objetivos. Ao articular seu voto em nesses termos, Brennan conseguiu o apoio de mais cinco juízes para a afirmação do *standard* médio de controle de constitucionalidade, estabelecendo um precedente mais conservador do que desejava, porém mais progressista do que a adoção do *rational basis test*. Evitou, ainda, que a divergência entre os juízes e a hesitação sobre tal *standard* deixassem indefinida a questão de direito.

Nos casos descritos acima, Marshall e Brennan votaram em desacordo com suas preferências sinceras, optando por adotar uma segunda alternativa de decisão (*second best decision*), mais moderada, que não representava a solução ideal, mas que era a mais próxima possível de suas convicções. Se Marshall tivesse decidido em favor de Marbury no caso *Marbury v. Madison*, possivelmente Marbury não teria sido, de qualquer modo, empossado no cargo de juiz. Marshall talvez sofresse um processo de *impeachment*. As divergências entre o Executivo e a Suprema Corte teriam se acirrado e a afirmação da competência da última para afastar a aplicação de normas inconstitucionais não teria ocorrido em tal oportunidade.

Em *Craig v. Boren*, se Brennan tivesse votado com base em suas convicções, os autores provavelmente teriam ganho a ação da mesma forma, mas o critério para julgamento da constitucionalidade de casos similares (pertinentes a normas discriminadoras com base no sexo) ficaria indefinido ou seria fixado conforme o *standard* mais brando.

Tais casos têm em comum o fato de terem sido decididos por juízes que atuaram de uma forma ideologicamente sofisticada, pela qual adotaram a *estratégia* que lhes permitia interferir no teor do direito da forma mais ampla possível, tendo em vista as atitudes dos demais atores envolvidos no julgamento. A conduta de Marshall e de Brennan foi *calculada* a partir do comportamento que estimavam que os demais agentes teriam. Como em um *jogo*, a ação do relator de cada um desses casos apresentava uma relação de interdependência com a ação de seus opositores e com as *normas e procedimentos* aplicáveis à situação.

No primeiro caso, *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte não teria como compelir o presidente Jefferson a cumprir a decisão que determinasse a entrega do diploma de nomeação. No entanto, tal autoridade poderia deflagrar medidas que prejudicariam a Corte, como o *impeachment* de seu presidente. No segundo caso, *Craig v. Boren*, o voto de Brennan e dos demais três juízes que apoiavam o *strict scrutiny test* não se prestava a estabelecer um precedente sobre a matéria. De acordo com a regra da maioria, Brennan precisava de mais um voto. E, em razão dessa norma, teve de optar pela defesa de um *standard* intermediário de controle da constitucionalidade.

A diferença entre os dois casos está em que, no caso *Marbury v. Madison*, o opositor era o Executivo, um agente externo ao Judiciário. Ao passo que em *Craig v. Boren* os antagonistas de Brennan eram seus próprios colegas de Corte. Tais casos demonstram, portanto, que os elementos institucionais que interferem no processo decisório podem ser classificados em: i) aspectos institucionais internos ao Poder Judiciário e ii) aspectos institucionais externos ao Poder Judiciário. Esses aspectos serão aprofundados mais adiante.

3.2.4 Estratégia no STF: o dogma do legislador negativo e os limites objetivos do texto como os “curingas” do jogo

A discussão sobre os limites da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal constitui um bom ponto de partida para verificar a aplicabilidade das categorias descritas acima à realidade constitucional brasileira. Como foi mencionado neste trabalho, predominou no STF, no passado, o entendimento segundo o qual o Tribunal, no exercício do poder de controle da constitucionalidade das leis, somente poderia atuar como legislador negativo, retirando as normas inconstitucionais do mundo jurídico, sendo-lhe vedado modificar ou criar normas, situação em que estaria atuando como legislador positivo.

Os contornos inicialmente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal para o mandado de injunção são um exemplo da aplicação desse entendimento. De acordo com o art.

5º, inc. LXXI, CF, o mandado de injunção seria cabível sempre que a *falta de norma regulamentadora* tornasse inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Como se tratava de uma medida contra a *omissão normativa* impeditiva da fruição de tais direitos e liberdades, a expectativa da comunidade jurídica, após a Constituição de 1988, era a de que o STF, ao julgar procedente o mandado de injunção, não apenas reconhecesse a mora do poder ou da entidade responsável pela normatização, mas que também estabelecesse, ainda que em caráter transitório, a regulamentação necessária a sanar tal situação de omissão.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal optou por conferir ao mandado de injunção contornos semelhantes aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na qual limitava-se a reconhecer a lacuna jurídica, a declarar a mora do poder ou do órgão administrativo responsável pela expedição da norma e a cientificá-lo do fato. Este foi o entendimento adotado na questão de ordem levantada no *leading case* sobre a matéria – o MI 107-QO – decidido em novembro de 1989, sob a relatoria do ministro Moreira Alves³⁹³. Nesse julgamento, o STF rechaçou a possibilidade de que o próprio Tribunal regulamentasse a questão, de forma a viabilizar a fruição imediata dos direitos e liberdades constitucionais, com base em argumentos formalistas entre os quais figurava o princípio da separação dos poderes.

Segundo o entendimento então defendido, *não caberia ao Judiciário exercer competências legislativas*, pois essa função não lhe teria sido atribuída pela Constituição. Ainda de acordo com o acórdão, se essa havia sido a orientação do constituinte originário para o caso das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, processo objetivo apreciado diretamente pelo STF, no qual não se tratava de direitos individuais, mas da integridade do sistema jurídico como um todo, não poderia ser outro o tratamento dado ao mandado de injunção, passível de conhecimento por todas as instâncias e pertinente a direitos individuais. Veja-se, a seguir, trecho do referido julgado³⁹⁴:

[...]. Aliás, *do exame da evolução dos trabalhos da Constituinte, verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal* – e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer Juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível aos casos análogos – *o poder de legislar*, ainda que provisoriamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (artigo 60, § 4º, III). De fato,

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104-109 e 208-209; MI 107-QO, DJ 23 nov. 1989, Pleno, rel. min. Moreira Alves.

³⁹⁴ MI 107-QO, p. 39-41.

como se vê na obra *Projetos de Constituição (Quadro Comparativo)* editada pelo Senado Federal, à pág. 199, o § 2º do artigo 103 da Constituição Federal resultou da fusão de dois parágrafos que vieram dos Projetos aprovados nas Comissões Temáticas, e que tinham o teor seguinte:

“§ 2º – declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º – decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente”.

Esses dois parágrafos foram mantidos, *ipsis litteris*, no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização. Todavia, no Segundo Substitutivo desta mesma Comissão, foram eles fundidos num único parágrafo, em que se retirou a possibilidade de suprimimento da regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, deixando-lhe, apenas, a possibilidade de assinar prazo ao órgão do Poder competente omisso:

“§ 2º - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

E, no Projeto Final dessa Comissão de Sistematização, é que surgiu a redação que foi acolhida no texto constitucional vigente:

“§ 2º - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada a ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60, § 4, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atenta ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, *eleitos diretamente pelo povo*.³⁹⁵

Como se nota pelo final do trecho acima, o Supremo Tribunal Federal entendia, ainda, que a atividade normativa lhe era vedada porque seus ministros não são eleitos pelo povo. Em razão disso, afirmou-se no julgado que tal atividade estaria reservada ao Legislativo e ao Executivo, ressalvadas as exceções expressamente previstas na Constituição, no que respeita a matérias pertinentes à própria estruturação do Judiciário. Essa visão começou a se alterar um ano e meio mais tarde, quando do julgamento do MI 283.

³⁹⁵ MI 107-QO, grifou-se.

No MI 283, o impetrante insurgia-se contra a omissão legislativa que o impedia de obter a devida reparação econômica por prejuízos sofridos em virtude de atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, editados após o movimento militar de 1964. Tal direito fora previsto no art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas dependia de lei para a sua plena eficácia. Essa lei deveria ter sido editada no prazo de doze meses contados da promulgação da Constituição de 1988, como previsto no próprio dispositivo, o que não ocorreria³⁹⁶.

Em sua decisão, o STF assinou prazo de 45 dias para a aprovação da norma, mais 15 dias para a sanção presidencial, e determinou que, caso a mora legislativa não fosse suprida no prazo então assinado, seria possível ao cidadão, de imediato, obter a reparação contra a União, pela via processual adequada³⁹⁷. A partir desse julgado, o STF passou a progressivamente admitir a adoção de *soluções normativas* para a decisão do mandado de injunção como meio legítimo de tornar efetiva a proteção judicial e de *suprir lacunas da legislação infraconstitucional decorrentes da omissão do legislador*³⁹⁸.

Então, tais soluções normativas começaram a ser empregadas em outras ações, diversas do mandado de injunção, nas quais a mera declaração da inconstitucionalidade da lei existente ensejaria uma situação tão inadequada, do ponto de vista jurídico, quanto a sua manutenção no ordenamento. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse era o caso, exemplificativamente, de leis que outorgavam benefícios a toda uma categoria de servidores, exceto a um grupo que a integrava, sem que houvesse justificativa para o tratamento diferenciado. Nessa hipótese, a mera declaração de nulidade da norma – por violação ao princípio da igualdade – solucionaria mal o problema, pois excluiria o benefício para todos

³⁹⁶ O referido dispositivo determinava: “§3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 107; MI 283-5, j. 20 mar. 1991, DJ 14 nov. 1991.

³⁹⁸ Cf. MI 232-RJ, j. 2 ago. 1991, DJ 27 mar. 1992, Pleno, rel. min. Moreira Alves; MI 284, j. 22 nov. 1992, DJ 26 jun, Pleno, rel. min. Celso de Mello. 1992; MI 543/DF, j. 26 out. 2000, DJ 24 maio 2002, Pleno, rel. p/ acórdão min. Nelson Jobim; MI 679/DF, j. 10 dez. 2002, DJ 17 dez. 2002; rel. min. Celso de Mello e MI 562/DF, 20 fev. 2003, DJ 20 jun. 2003, Pleno, rel. p/ acórdão min. Ellen Gracie. Sobre a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da decisão no mandado de injunção, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 104-110; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1380-1395; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

aqueles a que se dirigia. A providência mais adequada era a extensão da vantagem ao grupo ilegitimamente discriminado, atitude que configurava atuação do STF como legislador positivo³⁹⁹.

A decisão que determinava a extensão de benefícios à categoria excluída se harmonizava, por sua vez, com a adoção progressiva pelo STF da técnica de interpretação conforme à Constituição, através da qual, ao analisar a constitucionalidade de uma norma e verificar que seu texto permitiria diversas interpretações, o Tribunal fixa o significado que a torna compatível com a Constituição e, assim, explicita e, em alguns casos, lhe acresce conteúdo⁴⁰⁰.

Mais tarde, ao julgar o RE 197.917-8, o Supremo Tribunal Federal voltou a avançar em sua atuação normativa⁴⁰¹. Este recurso extraordinário havia sido interposto pelo Ministério Público estadual contra acórdão que julgara improcedente uma ação civil pública em que se pleiteava a redução do número de vereadores da Câmara Municipal do Município de Mira Estrela. O *Parquet* alegava que a Lei Orgânica de tal Município fixara o número de vereadores de forma *desproporcional à sua pequena população*, desrespeitando o art. 29, inc. IV, *a*, CF⁴⁰².

³⁹⁹ RMS 22.307, j. 19 fev. 1997, DJ 13 jun. 1997, rel. min. Marco Aurélio. Nesse recurso, o STF estendeu revisão de vencimentos no percentual de 28,68% a categoria de servidores não contemplada pelo benefício, a despeito do teor da Súmula 339, STF, editada em 1963, sob a égide da Constituição de 1946, que prevê: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos com fundamento em isonomia”.

⁴⁰⁰ No mesmo sentido, Gilmar Mendes esclarece: “A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1431). A doutrina faz referência a outras técnicas cuja adoção teria sido relevante para que o STF definisse um modelo mais ativo de atuação no controle da constitucionalidade. Nesse sentido, alude-se à declaração de nulidade parcial sem redução de texto e à declaração de lei “ainda constitucional”, ambas já referidas anteriormente, no capítulo 2. Essas técnicas não são exploradas aqui, uma vez que não ensejam propriamente uma atuação conflitante com o dogma do legislador negativo. Na primeira, o Tribunal declara a inconstitucionalidade de um ou de alguns dos sentidos possíveis da norma. Na segunda, deixa de declarar a inconstitucionalidade, mas sinaliza que poderá vir a declará-la no futuro, em virtude de uma mudança da realidade prática sobre a qual incide a lei.

⁴⁰¹ RE 197917, j. 06 jun. 2002, DJ 7 maio 2004, Pleno. rel. min. Maurício Corrêa.

⁴⁰² O mencionado dispositivo estabelecia: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]. IV – número de Vereadores *proporcional à população* do Município, *observados os seguintes limites*: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco Municípios de mais de cinco milhões de habitantes”.

A Câmara Municipal de Mira Estrela defendeu a validade da Lei Orgânica, argumentando que para que a exigência de proporcionalidade prevista na Constituição fosse cumprida, bastava atender aos limites mínimos e máximos de vereadores nela previstos, conforme a população dos municípios. Já de acordo com o Ministério Público, para que a norma constitucional fosse respeitada, além de se observarem os limites mínimos e máximos, era necessário estabelecer uma proporção razoável entre o número de habitantes e o número de vereadores da cidade.

O Supremo Tribunal Federal seguiu o entendimento do Ministério Público e *criou o critério aritmético pelo qual a proporcionalidade entre o número de habitantes e o número de vereadores deveria ser calculada*, apresentando uma tabela, que indicava o número-limite de vereadores a ser adotado conforme a população dos municípios, dentro das faixas mínimas e máximas já estipuladas pela Constituição. Ao fazê-lo, o Tribunal *estabeleceu subfaixas* de limites numéricos de vereadores não previstas na Carta. Neste caso, atuou como legislador positivo, *preenchendo lacunas ou acrescentando conteúdos ao próprio texto da Constituição*⁴⁰³.

Comportamento semelhante foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos mandados de segurança que enfrentaram a discussão acerca do dever de fidelidade partidária dos deputados federais e das consequências decorrentes da mudança de partido após as eleições – MS 26602, MS 26603 e MS 26604⁴⁰⁴. A despeito de *inexistir previsão constitucional expressa* sobre a perda de mandato na hipótese, o STF entendeu que, nas eleições pelo sistema proporcional, o mandato pertence ao partido político. Por isso, a mudança injustificada de partido ensejaria a sua perda. Ao decidir em tal sentido, não apenas superou seu antigo entendimento sobre o dever de fidelidade partidária, como, por interpretação sistemática, afirmou *uma nova hipótese de perda de mandato não prevista na literalidade do texto constitucional*.

Na mesma época, o Supremo Tribunal Federal julgou três mandados de injunção pelos quais os impetrantes, todos servidores públicos, se insurgiram contra a impossibilidade do

⁴⁰³ É certo que o relator do recurso no Supremo Tribunal Federal, ministro Maurício Corrêa, discordou da afirmação de que não seria possível extrair da Constituição um critério aritmético preciso para determinar a proporção entre vereadores e habitantes. No entanto, o próprio ministro reconheceu, em seu voto, que a ausência de tal critério correspondia ao entendimento consolidado pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre a questão, bem como que havia alguns métodos de cálculo possíveis para a definição da proporcionalidade, entre os quais o relator e a maioria do STF escolheram aquele que acabou por prevalecer. Assim, complementaram o texto condicional no ponto (RE 197917, p. 377-398).

⁴⁰⁴ MS 26602, j. 4 out. 2007, DJ 17 out. 2008, Pleno, rel. min. Eros Grau.; MS 26603 j. 4 out. 2007, DJ 17 out. 2008, Pleno, rel. min. Celso de Mello; e MS 26604, j. 4 out. 2007, DJ 17 out. 2008, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia.

exercício de seu direito constitucional de greve, em virtude da mora do Congresso Nacional na edição de lei que o regulamentasse – MI 670, MI 708 e MI 712⁴⁰⁵. O Tribunal, por maioria, determinou a aplicação à greve dos servidores públicos da Lei 7783/1989 e da Lei 7701/1988, *regulamentando o exercício do direito de greve e fixando os tribunais competentes para apreciar as paralisações* de âmbito nacional, regional, estadual e municipal, ante a ausência de norma sobre a questão.

Ao comentar as duas últimas decisões citadas acima, o ministro Gilmar Mendes observou que o Supremo Tribunal Federal teria adotado, em tais casos, sentenças de perfil manipulativo e *aditivo*. Veja-se que tal *adição*, ao menos nas ações sobre o limite de vereadores e sobre o dever de fidelidade partidária, *ocorreu no que respeita ao próprio conteúdo do texto da Constituição*. Na mesma obra, o ministro Gilmar Mendes registrou, ainda, que abordagem semelhante teria orientado a decisão proferida pelo ministro Ayres Britto na Petição 3388/RR, quando o STF enfrentou a situação de insegurança gerada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol e definiu a extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes foram destinadas pela Constituição⁴⁰⁶.

Nota-se, assim, que o dogma do legislador negativo ou os limites objetivos do texto não têm sido, na prática, um obstáculo para que o Supremo Tribunal Federal altere parcialmente a legislação infraconstitucional ou ajuste o teor literal da própria Constituição⁴⁰⁷. É o que esclarece a transcrição abaixo, mais uma vez, da lavra do ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com

⁴⁰⁵ MI 670 e MI 708, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008, rel. min. Gilmar Mendes; e MI 712, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008, rel. min. Eros Grau.

⁴⁰⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1394, 1435 e Informativo 539, STF. Conforme já observado anteriormente, o ministro Gilmar Mendes é um importante pensador das técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade e um dos principais articuladores da superação do dogma do legislador negativo, tendo empreendido um notável esforço doutrinário, a fim de desenvolver categorias adequadas à análise do papel mais ativo que vem sendo assumido pelo Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o conceito de decisões manipulativas aditivas e substitutivas, sobre o qual já se tratou no capítulo anterior. Nessa linha, o ministro Gilmar Mendes propôs alterações e adições ao conteúdo da Lei de Biossegurança, na parte em que dispunha sobre pesquisas e terapias com células-tronco, de modo a submeter sua aprovação a órgão da administração central (ADIn 3510). Votou pela ampliação do direito de resposta previsto na Lei de Imprensa para que abrangesse também o caso de opinião ofensiva (ADPF 130). Defendeu a adoção de procedimento específico, com assistência psicológica, para a realização do aborto terapêutico, em caso de anencefalia (ADPF 54). Nenhuma de tais providências estavam expressas na Constituição ou nas normas e sua adoção adicionava conteúdos a leis existentes.

⁴⁰⁷ Sobre o dogma do legislador negativo e sua atenuação na jurisprudência do STF, cf., ainda: SILVA, Alexandre Garrido da; BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas et. al. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-98.

situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei [...].

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar-se que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo Legislador [...].

.....
Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional⁴⁰⁸.

Em tal contexto, chama atenção a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADIn 4277, também já examinada no capítulo anterior, em que se pleiteava o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis. De acordo com a ementa e a conclusão do pertinente acórdão, o STF teria reconhecido as uniões estáveis homoafetivas por decisão unânime de seus ministros. No entanto, o principal objetivo de tal reconhecimento era, obviamente, obter a definição do regime jurídico aplicável a tais uniões e igualá-lo às uniões entre pessoas de sexos diferentes. Quanto a este ponto, houve discordância.

Apesar de o art. 226, §3º, CF falar apenas em união estável entre o homem e a mulher, a maioria do Tribunal entendeu que o propósito da redação original da Constituição, aprovada em 1988, era de ampliar a proteção à família, nela incluindo os companheiros e as companheiras que viviam em união estável. A finalidade da norma, quando redigida, não era aquela de excluir as uniões estáveis homoafetivas de seu alcance. Por isso, afirmou-se que as uniões entre parceiros do mesmo sexo eram tuteladas pelo próprio o art. 226, §3º, CF e deveriam ser submetidas ao mesmo regramento das uniões heteroafetivas.

Ficaram vencidos, no ponto, os ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Segundo eles, o art. 226, §3º, CF não abrangia as uniões homoafetivas porque *seu teor literal* referia-se apenas às uniões entre o homem e a mulher. Em defesa deste último entendimento, o ministro Ricardo Lewandowski observou que *a atuação exegética do juiz deveria cessar diante dos limites objetivos do texto*, invocando o velho brocardo jurídico segundo o qual *in claris cessat interpretatio*.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa

⁴⁰⁸ ADIn 4277, p. 757-758.

criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que *a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto*.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei um sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.⁴⁰⁹

O ministro Cezar Peluso seguiu o mesmo entendimento, afirmando que não havia, no caso, igualdade entre os dois tipos de união, mas mera semelhança. Por fim, o ministro Gilmar Mendes proferiu voto invocando os *limites literais do texto* constitucional e o argumento de que a legitimação do Supremo Tribunal Federal decorreria da percepção do público de que este aplica a Constituição e que, por isso, *não seria possível ler na mesma o que se quisesse*. O argumento soava quase como um retorno à *defesa da neutralidade* do magistrado como *mero aplicador da lei* e era articulado justamente por um dos ministros que mais defendia a superação do dogma do legislador negativo.

Neste ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico⁴¹⁰.

Os três ministros – ministros Lewandowski, Peluso e Gilmar Mendes – defenderam, ainda, a necessidade de que o Congresso Nacional legislasse sobre o assunto, dadas as diversas extensões que se poderia conferir à proteção das uniões homoafetivas. No entanto, sabia-se que a atuação do Legislativo na matéria era improvável, em razão das diversas tentativas de normatização que restaram infrutíferas, por conta da atuação de forças políticas e de grupos de interesses conservadores. Essa dificuldade foi inclusive demonstrada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, ao elencar as diversas tentativas do legislador de aprovar normas sobre o assunto⁴¹¹. Em tal contexto, deixar de definir com clareza o regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas por decisão do STF significava mantê-las em situação de insegurança jurídica e à sombra do direito.

⁴⁰⁹ ADIn 4277, p. 712-713.

⁴¹⁰ ADIn 4277, p. 780.

⁴¹¹ ADIn 4277, p. 770-773.

Duas poderiam ser as explicações para a dissidência dos três ministros no caso, à luz dos modelos de comportamento judicial que já foram abordados. A primeira explicação seria a de que tais ministros estariam sendo fiéis a elementos legalistas que influenciam a interpretação constitucional e que correspondem a instituições reconhecidas pelo meio jurídico em que operam. Nesse caso, seria possível afirmar que seus votos eram produto da predominância de um comportamento legalista ou, ainda, institucional e sincero. Em virtude de sua formação e de sua compreensão sobre normas formais e informais acerca do que é permitido ou não a um magistrado, tais juízes teriam sido levados a divergir da maioria.

A segunda explicação para o comportamento dos ministros divergentes seria a predominância da ideologia sobre os seus votos. Neste caso, os ministros, por convicções íntimas, eventualmente reforçadas por grupos de identificação conservadores que lhes fossem relevantes, resistiriam a reconhecer e tratar as uniões homoafetivas em condições de igualdade com as uniões heteroafetivas. Por outro lado, pelas regras de apuração da decisão do STF e antecipando o comportamento de seus colegas de Tribunal, acreditavam que ficariam vencidos na matéria e que, por conseguinte, não lograriam influenciar o direito quanto a este ponto. Tinham consciência, ainda, de que a imprensa e setores da comunidade jurídica apoiavam com veemência o reconhecimento das uniões homoafetivas e que uma manifestação muito conservadora no tema poderia gerar repercussões muito negativas perante esses grupos.

Avaliado o custo-benefício das possíveis condutas a serem adotadas, os ministros dissidentes poderiam chegar à conclusão de que a manifestação sincera de suas preferências ideológicas – não reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas – não lhes traria proveito algum e geraria imenso ônus, atraindo a reprovação de setores relevantes. A adoção integral do entendimento da maioria, por sua vez, teria o aspecto negativo de decidirem contra as suas convicções e possivelmente contra as convicções de grupos de identificação que lhes eram caros, o que atrairia igualmente reprovações desconfortáveis. Assim, a alternativa com melhor custo-benefício seria reconhecer as uniões homoafetivas como um fato inegável da vida real, mas deixar indefinido seu regime jurídico. Esta terceira alternativa decisória enquadrar-se-ia no modelo estratégico de comportamento judicial.

Nesse caso, o argumento sobre os limites objetivos do texto, sobre o dogma do legislador negativo e sobre a sua flexibilização teriam função semelhante à de um “curinga” em um jogo de cartas. Poderiam prestar-se a fundamentar uma decisão legalista sincera ou a ocultar motivações ideológicas, com um argumento supostamente revestido de neutralidade. O recurso a esse “curinga” possibilitava maior liberdade decisória, quando se tratasse de conferir às normas impugnadas novos conteúdos defendidos pelo julgador, mas poderia

também ser utilizado para limitar tal liberdade, diante de uma interpretação indesejada. No caso do limite de vereadores no Município de Mira Estrela ou do dever de fidelidade partidária, a flexibilização do dogma do legislador negativo seria bem-vinda e imposta por necessidades práticas, com o objetivo de acrescentar à Constituição conteúdos que os ministros acreditavam implícitos ou importantes. Já no caso das uniões homoafetivas, tal flexibilização constituiria um voluntarismo jurídico, violador dos limites objetivos do texto constitucional.

3.3 Elementos institucionais internos ao Poder Judiciário

Os diversos aspectos institucionais que interferem no comportamento judicial podem ser classificados em i) elementos institucionais internos ao Judiciário e em ii) elementos institucionais externos a tal poder. Os *elementos institucionais internos* referem-se a normas formais e informais que regem a conduta dos juízes, dos órgãos judicantes e a relação entre eles. Estes elementos são examinados a seguir. Os elementos institucionais externos dizem respeito à interação entre os juízes e agentes ou instituições não integrantes do Judiciário, a exemplo do Poder Executivo, do Poder Legislativo e da opinião pública, e serão objeto dos próximos capítulos.

3.3.1 Regime interpretativo mínimo

A educação recebida nas faculdades, a bibliografia prestigiada pela comunidade jurídica e, sobretudo, o dia a dia da atuação nos tribunais geram *referências homogêneas mínimas* sobre os diferentes aspectos a serem levados em conta por um magistrado para proferir a sua decisão, bem como *sobre o que é ser um bom juiz*. Tais referências são compostas por normas formais e informais que definem a missão institucional do Judiciário, que regem o processo de decisão e que restringem as alternativas imaginadas pelo julgador para solucionar seus casos. A esse conjunto de normas dar-se-á o nome de *regime interpretativo mínimo*⁴¹².

⁴¹² Segundo Luís Roberto Barroso: “é possível assumir, como regra geral, que juízes verdadeiramente vocacionados têm como motivação primária e principal a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes. Não se deve minimizar esse sentido de dever que move as pessoas de bem em uma sociedade civilizada” (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Op. cit., p. 31-32). Em sentido semelhante: RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. Op. cit., p. 101-102; EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision-making. Op. cit., p. 1662-1664.

Toda comunidade jurídica possui um regime interpretativo mínimo, que reflete um compromisso comum e involuntário quanto à adoção de determinados princípios e convenções em sua prática. A fundamentação das decisões judiciais com base em argumentos jurídicos, e não puramente políticos, constitui um exemplo disso. Mesmo quando as decisões são tomadas em razão de preferências ideológicas, busca-se justificá-las à luz das normas constitucionais e dos precedentes, ainda que não forneçam a resposta direta para o problema concreto e mesmo que esta resposta dependa afinal de uma escolha política dos intérpretes. Isso ocorre porque a fundamentação legalista compõe um saber comum aos operadores do direito⁴¹³.

Por isso, o comportamento legalista pode se identificar com o comportamento institucional sincero. O legalismo representa uma referência enraizada culturalmente na formação dos profissionais do direito e responde a estímulos institucionais. Uma decisão judicial fundamentada em termos exclusivamente políticos fugiria aos padrões de tal saber e não receberia uma avaliação positiva. Possivelmente não obteria a adesão dos demais membros de um colegiado, seria criticada pela comunidade jurídica ou reformada por órgãos superiores⁴¹⁴.

As instituições também influenciam a medida ou intensidade em que o comportamento legalista ocorrerá. Em cortes com fortes tendências formalistas, esse tipo de argumentação

⁴¹³ Richard Posner oferece uma justificativa concorrente para a predominância da argumentação legalista nas decisões judiciais. Segundo ele, tal predominância deve-se ao fato de que a maior parte das decisões judiciais são, atualmente, escritas pelos assessores e não pelos juízes. Tais assessores têm, geralmente, pouco tempo de formados e foram treinados, nas universidades, por acadêmicos com uma visão teórica, legalista e descolada da prática judicial. Por isso, o trabalho de tais assessores contribuiria para alimentar o mito do legalismo (POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 221).

⁴¹⁴ O conteúdo do regime jurídico mínimo tem relação com as *capacidades institucionais* do Poder Judiciário, com a percepção que se tem sobre os recursos que permitem um melhor funcionamento das cortes e um melhor controle de seus membros. A título de ilustração, a utilização de precedentes vinculantes para a solução de casos idênticos é um mecanismo que prestigia a segurança jurídica e também a justiça, em seu sentido de tratamento igualitário para todos que se encontrem na mesma situação. Entretanto, a aplicação equivocada de precedentes para solucionar casos diferentes, em razão da inabilidade do julgador em reconhecer suas particularidades, sacrificaria tais valores. Por outro lado, a não utilização de precedentes vinculantes pode ou não gerar insegurança jurídica e injustiça, a depender de estarem os magistrados capacitados a fazer um juízo de valor sobre a jurisprudência pretérita, de forma a produzir decisões harmônicas com ela, quando esta atitude for recomendável do ponto de vista dos mesmos valores. Assim, a adoção de precedentes vinculantes passa por uma avaliação sobre a capacidade institucional de operar com ou sem tal ferramenta e sobre o custo-benefício de adotá-la. O regime interpretativo mínimo é cultural e transitório. Seus contornos se alteram na medida em que se alteram as condições e instituições em que opera. Tal regime interfere na atuação dos juízes e, ao mesmo tempo, é produto dela. Cf., sobre o tema: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *University of Chicago Public Law Research Paper*, n. 28, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso em: 12 dez. 2006; SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002. p. 152-153; VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University, p. 63-85. 2006.

será mais adotado pelos juízes do que em um ambiente em que as formas criativas de decisão são valorizadas. Neste último, o apego excessivo a argumentos formalistas por parte dos magistrados será mais raro. Poderá expressar uma conduta ultrapassada, presa a métodos arcaicos, e gerar uma avaliação negativa e estigmatizante para o juiz. Como esclarece Adrian Vermeule:

O que faz de um juiz um bom juiz e como um bom juiz deve agir depende dos demais juízes com os quais interage e das atitudes que estes outros juízes adotam. As qualidades e o comportamento que um juiz deve ter variam de acordo com o ambiente judicial e institucional em que ele se encontra.⁴¹⁵

Além disso, como já ilustrado neste trabalho, o apego a recursos formalistas poderá constituir também indício de uma atuação estratégica do magistrado, de forma a legitimar uma decisão tomada com base em razões ideológicas. Também nesse caso, a atitude pode ser motivada por razões institucionais internas. A necessidade de obter a adesão da maioria, em um órgão colegiado, ou a intenção de firmar um precedente que não seja reformado pelos tribunais superiores são alguns aspectos que interferem em tal conduta. O regime interpretativo mínimo é, ainda, influenciado pelos valores da comunidade em geral e pela forma como esta compreende a função de julgar⁴¹⁶.

3.3.2 Minimalismo e maximalismo

A atitude adotada pelos magistrados no que respeita à abrangência da fundamentação de suas decisões pode ser classificada como minimalista ou maximalista⁴¹⁷. As decisões *minimalistas* são aquelas em que o juiz se atém a apreciar as questões estritamente necessárias para justificar a solução do caso concreto, firmando-se sobre seus fatos e evitando recorrer a formulações teóricas muito genéricas e ambiciosas. As decisões *maximalistas*, ao contrário,

⁴¹⁵ VERMEULE, Adrian. The Supreme Court, 2008 Term. Foreword: system effects and the constitution. Op. cit., p. 69-70. Cf. também: HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, v. 31, p. 215, 2003, p. 220; KIM, Pauline T. Deliberation and strategy on the United States Courts of Appeals: an empirical exploration of panel effects. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, p. 1319, 2009, p. 1368-1374.

⁴¹⁶ CROSS, Frank B. Political Science and the New Legal Realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. Op. cit., p. 273; SPRIGGS, James; HANSFORD, Thomas G. The U.S. Supreme Court's incorporation and interpretation of precedent. *Law & Society Review*, v. 36, n. 1, p. 139, 2002. p. 144.

⁴¹⁷ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001, p. 3-72; THOMAS, E. W. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principals*. Op. cit., p. 265; SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, out./dez. 2008. p. 110-117; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. cit., p. 163-164.

não se limitam à solução da demanda sob análise. Elas se caracterizam por uma abordagem ampla da matéria, pela qual se recorre a argumentos genéricos e principiológicos e definem-se normas e critérios que regerão julgamentos futuros. Assim como no caso do regime jurídico mínimo, a tendência a uma abordagem minimalista ou maximalista pode resultar da cultura predominante nos tribunais de uma determinada comunidade.

A adoção de decisões minimalistas ou maximalistas pode também ser o resultado da atuação estratégica dos magistrados. Eles podem recorrer ao modelo minimalista de decisão quando não se encontram em condições de produzir uma manifestação definitiva e profunda sobre a discussão que lhes é posta, e por isso desejam deixar pontos em aberto para amadurecimento e para exame em casos futuros. Podem utilizar tal modelo no caso de julgamentos sobre questões a cujo respeito não se dispõe de nível adequado de informação técnica, na apreciação de demandas relacionadas a temas que estão em processo de mudança social ou sobre os quais paira uma incerteza moral⁴¹⁸.

A fundamentação minimalista é, ainda, uma solução para situações em que a maioria da corte concorda quanto ao desfecho a ser dado a um determinado caso, mas discorda acerca dos argumentos que devem ser invocados para justificar a decisão⁴¹⁹. É um mecanismo que evita os temas controvertidos nas cortes, permitindo que se obtenha uma decisão majoritária, a despeito da divergência entre os juízes, no que se refere à sua motivação. O minimalismo é utilizado também em situações em que o tribunal está hesitante quanto às consequências de sua decisão e deseja minimizar seu impacto⁴²⁰. Por fim, pode constituir um recurso de que os juízes lançam mão quando se veem obrigados a decidir com base em precedentes com os quais não estão de acordo. Nesse caso, uma construção concisa e restritiva de suas razões de decidir permite que o magistrado limite a incidência de tais precedentes e permaneça livre para eventualmente mudar de entendimento, quando a oportunidade se apresentar⁴²¹.

⁴¹⁸ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, [s.a.], p. 3-72.

⁴¹⁹ O caso *Craig v. Boren*, narrado acima, é um exemplo de convergência da maioria quanto à solução da demanda e de concomitante divergência quanto aos fundamentos do julgado. A maioria pretendia dar vitória a Craig, mas discordava quanto às razões a serem adotadas para tal. Alguns magistrados entendiam que normas que estabeleciam critérios de discriminação com base no sexo deveriam ser analisadas pela corte com base no teste de controle de constitucionalidade mais restritivo (*strict scrutiny*) e outros defendiam que a análise ocorresse com base no teste mais brando (*rationality test*). O impasse, todavia, não conduziu a uma fundamentação minimalista, mas à criação de um teste intermediário de controle da constitucionalidade, outra forma de solução estratégica.

⁴²⁰ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Op. cit., p. 3-72.

⁴²¹ POSNER, Richard. Foreword: a political court. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 45, 2005.

Motivos semelhantes podem levar o juiz a desenvolver argumentos processuais que o eximam de apreciar determinados temas ou a adotar uma atitude de deferência às instâncias majoritárias – como, por exemplo, a alegação acerca da impossibilidade de o Judiciário manifestar-se sobre questões políticas ou a já citada invocação do dogma do legislador negativo. Esse comportamento, segundo alguns autores, corresponderia ao exercício judicial de “virtudes passivas”. O exercício de tais virtudes se configuraria quando uma corte opta por não decidir, invocando obstáculos formais, atitude que ensejaria a manutenção ou a devolução da discussão de determinado tema controvertido ao processo político, para que seja decidido pelas instâncias representativas⁴²².

Já a atitude judicial *maximalista* possibilita a consolidação pelas cortes de entendimentos amplos sobre as matérias que lhes são submetidas, abre caminho à sistematização de seus julgados anteriores sobre determinado tema e constitui um recurso estratégico para influenciar o conteúdo do direito e antecipar as respostas que a corte daria a demandas ainda não ajuizadas, de forma a provocar a sua propositura ou a contê-la. Acredita-se também que a postura maximalista favorece uma maior previsibilidade do direito porque proporciona a definição de regras gerais (desde que, obviamente, as cortes não alterem seus entendimentos com frequência). Segundo a doutrina, o maximalismo pode promover a redução da litigiosidade pelas mesmas razões. Pode gerar maior limitação da discricionariedade judicial em virtude da amplitude dos precedentes⁴²³. E pode promover a isonomia entre os jurisdicionados⁴²⁴. Constata-se, portanto, que a adoção do estilo maximalista ou minimalista é influenciada por aspectos institucionais internos ao Poder Judiciário, de caráter cultural e estratégico.

⁴²² BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Nova Haven: Yale University Press, [s.a.], p. 111-199; POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Constitutional Showdowns*. Op. cit., p. 56-57; SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 127, 135.

⁴²³ A assertiva de que a atitude judicial maximalista sempre favorece a limitação da discricionariedade judicial é discutível. A argumentação maximalista lança mão de formulações genéricas e abstratas, como já mencionado, bem como de argumentos principiológicos. Comandos amplos podem gerar interpretações díspares, quando se trata de fazê-los incidir sobre casos concretos, e deixam margem para que os juízes contornem argumentativamente a aplicação de precedentes dos quais discordam ideologicamente. Assim, o poder de limitação da discricionariedade decorrente da atitude maximalista varia conforme o nível de abstração e generalidade da argumentação desenvolvida, as particularidades do caso concreto e a própria aceitação do precedente pelas cortes inferiores.

⁴²⁴ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, [s.a.]. Op. cit., p. 3-72. Obviamente, tais ponderações procedem desde que a postura maximalista dos juízes seja associada a uma atitude de respeito aos precedentes da corte. Se a atitude é maximalista e a corte muda frequentemente de entendimento, os efeitos serão justamente inversos: menor previsibilidade e isonomia; maior discricionariedade judicial e estímulo à litigiosidade.

3.3.3 Estrutura do processo colegiado de decisão

A estrutura do processo colegiado de decisão também pode interferir sobre o comportamento judicial. Estudos sobre o funcionamento dos tribunais demonstram que o modelo de decisão colegiada adotado por um tribunal pode ser indutor ou limitador da deliberação entre seus membros e pode promover maior transparência e controle sobre o processo decisório. A literatura indica, ainda, que a composição dos órgãos judiciais reforça ou modera as inclinações ideológicas dos juízes e que o procedimento adotado pelas cortes para debater e decidir os casos gera oportunidades de atuações ideológicas e estratégicas que interferem em suas decisões.

3.3.3.1 Modelos de decisão colegiada: agregativo, deliberativo, externo e interno

A análise das cortes no que respeita ao modo de funcionamento de seu colegiado é geralmente efetuada à luz de quatro categorias ou modelos de decisão: i) o sistema agregativo, ii) o sistema deliberativo, iii) o sistema externo e iv) o sistema interno de julgamento⁴²⁵. Embora os ordenamentos jurídicos possuam as mais variadas características e ainda que seja raro que tais modelos se apresentem de forma pura na experiência concreta, as categorias

⁴²⁵ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Op. cit., p. 284 e ss.; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993; FERREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (org.). *Constitutional Justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=9eoyGt-fFmYC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=Constitutional+Courts+as+deliberative+institutions:+towards+institutional+theory+of+constitutional+justice&source=bl&ots=IfbgJ68bUm&sig=3ISS_CICs_rOyFicT56KZAHvn7A&hl=pt-BR&sa=X&ei=svpwUNXpKtLW0gH9j4D4Bg&ved=0CCUQ6AEwAA#v=onepage&q=Constitutional%20Courts%20as%20deliberative%20institutions%3A%20towards%20institutional%20theory%20of%20constitutional%20justice&f=false>. Acesso em: 5 out. 2012; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Op. cit., p. 39-41; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013; e O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (Org.). *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, p. 337-361, 2011; BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 out. 2012.

acima constituem um bom ponto de partida para a compreensão da influência que as normas procedimentais exercem sobre o comportamento dos juízes.

No *sistema agregativo* de julgamento, a corte não se manifesta com uma voz única sobre a solução a ser dada a determinada questão. Cada juiz de um órgão colegiado pode produzir o seu próprio voto sobre a solução a ser dada ao caso concreto (dispositivo) e sobre as razões jurídicas que a justificam (*ratio decidendi* ou *holding*). A decisão final, ou seja, a decisão colegiada corresponderá ao *somatório* das manifestações individuais de seus membros.

O sistema agregativo geralmente é associado ao *sistema externo* de decisão, em que parte das discussões e eventuais divergências entre os juízes são expressas publicamente, por exemplo, através da veiculação de votos divergentes ou franqueando-se ao público o acesso às audiências de julgamento. Entretanto, tal associação pode não ocorrer na prática. Um sistema decisório pode ser agregativo e interno ou deliberativo e externo.

O modelo externo tem o aspecto positivo de conferir maior transparência ao processo decisório e, por conseguinte, de aproximar o Judiciário da sociedade, já que é possível conhecer o comportamento de cada um dos magistrados e as razões que o motivaram. De acordo com Jon Elster, a exposição do processo decisório tem, ainda, o mérito de compelir os juízes a motivar seus entendimentos com base no interesse público ou em valores socialmente aceitos, e por isso torna-os menos vulneráveis a barganhas e a interesses privados. Segundo o autor:

Se o processo de decisão não for exposto ao público, a argumentação com base no interesse público facilmente degenerará em uma aberta negociação de interesses privados. Permitir que o público acompanhe os julgamentos e que observe os votos apresentados pelos magistrados tende a limitar tal postura e, por consequência, a promover o bem público. Como observou Bentham: “Quanto maior o número de tentações às quais o poder político estiver exposto, mais necessário será dar àqueles que o possuem razões para resistir a tais tentações. E não há razão mais constante e mais universal do que o controle pela sociedade”⁴²⁶.

Por outro lado, a maior exposição dos magistrados ao público os torna mais preocupados com seu desempenho individual em cada julgamento. No modelo externo de decisão, os juízes não se dirigem apenas a seus colegas ao expressar seus entendimentos. Eles se dirigem também a todos os eventuais grupos de identificação que possam vir a avaliar ou a reprovar a sua atuação no caso, pois o conhecimento de sua posição individual chegará até

⁴²⁶ O autor observa que a exposição do processo decisório ao público poderia até mesmo produzir a alteração das preferências originais dos juízes, em virtude da “força civilizadora da hipocrisia” (ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 406-408).

eles. Essas circunstâncias podem dificultar mudanças de opinião e limitar o poder persuasivo da argumentação e da troca de pontos de vista entre os membros da corte⁴²⁷.

No *sistema deliberativo* de decisão, os diversos membros de um tribunal buscam, por meio da argumentação, produzir um julgado de consenso que represente o entendimento da corte como instituição. Buscam, portanto, um resultado coletivo – e não um melhor desempenho individual⁴²⁸. Geralmente, o sistema deliberativo é associado ao *modelo interno* de decisão, em que a deliberação ocorre de forma reservada entre os juízes, sem que se confira acesso a membros externos à corte. Nesse caso, os principais interlocutores dos juízes são os seus colegas de tribunal. O caráter privado da deliberação favorece a argumentação, a mudança de opinião e a acomodação de entendimentos. Por outro lado, o processo de decisão é menos transparente, dificultando-se a aproximação do Judiciário com a sociedade e desfavorecendo-se o controle social.

Como já observado, os processos decisórios dos tribunais de diferentes países variam muito e geralmente combinam elementos dos diferentes modelos descritos acima. A predominância de características de um ou de outro modelo passa pela compreensão das tradições de cada país e dos valores que tais tradições consideram sob maior ameaça e aos quais, por essa razão, conferem maior proteção. Como é notório, as instituições são estruturadas estrategicamente visando a determinados fins, e as escolhas sobre processo e sobre procedimentos são decisões produzidas pelo jogo político com base nas mesmas razões instrumentais que orientam escolhas sobre questões substantivas⁴²⁹.

3.3.3.2 Polarização e neutralização ideológica em órgãos colegiados

⁴²⁷ ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 406-409; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*. Op. cit., p. 50 e ss.

⁴²⁸ É o caso da Corte Constitucional alemã. Até 1971, seus membros produziam apenas decisões que representavam o entendimento da Corte como um todo e que, por isso, não indicavam o ministro relator. A partir de 1971, permitiu-se a elaboração de votos divergentes, mas estes últimos ainda são raros (KOMMERS, Donald P. Germany: balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 208).

⁴²⁹ Segundo Rodriguez, entre os objetivos que orientam as decisões sobre a adoção de determinados procedimentos figuram os propósitos de aumentar o poder das instituições e de facilitar seu funcionamento (RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. Op. cit., p. 47-55). Em sentido semelhante: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *University of Chicago Public Law Research Paper*, n. 28, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso em: 12 dez. 2006; SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002. p. 152-153.

A composição dos órgãos judiciais pode provocar a polarização ou a neutralização ideológica de seus membros. Conforme estudos empíricos desenvolvidos por autores norte-americanos, a reunião de juízes com inclinações políticas semelhantes em um mesmo órgão judicial geralmente os conduz à adoção de entendimentos mais radicais e, portanto, a uma *polarização ideológica*. A interação entre mentes semelhantes, segundo tais estudos, conduz a extremos⁴³⁰. Por outro lado, órgãos ideologicamente heterogêneos produzem decisões mais moderadas, já que nestes últimos o juiz dissidente funciona como um antídoto para a adoção de posições radicais pela maioria, tanto por ser porta-voz de diferentes argumentos e de pontos de vista capazes de moderar o entendimento dos demais quanto em virtude do desconforto de muitos juízes que integram a maioria com a apresentação de votos vencidos que questionem o entendimento predominante na corte, aspecto do processo decisório designado *aversão ao dissenso*.

De fato, a apresentação de votos vencidos muito contundentes pode expor inconsistências da tese da maioria, aumentar o risco de reforma da decisão pelos tribunais superiores e inspirar entendimentos conflitantes com o precedente na comunidade jurídica, fragilizando sua força. Em virtude da aversão ao dissenso, a maioria dos magistrados pode optar por acomodar seus entendimentos, com o objetivo de atender a algumas preocupações do juiz dissidente. Por outro lado, o juiz dissidente tende a ser *ideologicamente neutralizado* em tais circunstâncias, deixando de manifestar suas convicções formalmente. A não apresentação de um voto divergente seria a retribuição esperada pela maioria em virtude da moderação de suas convicções. Seria, ainda, uma forma de preservar um bom relacionamento entre o juiz divergente e seus demais colegas.

Os membros de um mesmo colegiado costumam trabalhar juntos por muitos anos e a sistemática produção de votos vencidos pode gerar desgastes entre eles. Por isso, o juiz que deixa de dissentir faz uma análise de custo-benefício, somente divergindo nos casos em que sua convicção é forte o bastante para compensar eventuais rugas em sua relação com os demais colegas, bem como para justificar o aumento de trabalho, decorrente da redação de voto com o propósito de refutar a tese afirmada pela maioria. Ao divergir com autocontenção,

⁴³⁰ SUNSTEIN, Cass R. et al. Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary. Op. cit., p. 8-9; POSNER, Richard A. *How judges think*. Op. cit., p. 31-35; CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistleblowing on the federal courts of appeals. Op. cit., p. 2173-2174; REVESZ, Richard L. Congressional influence on judicial behavior? An empirical examination of challenges to agency action in the D.C. Circuit. Op. cit., p. 1106-1108; FARNHANG, Sean; WAWRO, Gregory. Institutional dynamics on the U.S. court of appeals: minority representation under panel decision-making. Op. cit., p. 308-313. Em sentido contrário, cf. KIM, Pauline T. Deliberation and strategy on the United States courts of appeals: an empirical exploration of panel effects. Op. cit., p. 1368-1369.

o magistrado espera, ainda, a reciprocidade de comportamento por parte de seus colegas, em casos futuros⁴³¹.

Diversos estudos empíricos norte-americanos confirmam a polarização ideológica em órgãos colegiados homogêneos e a moderação ideológica em órgãos heterogêneos. Como mencionado no capítulo anterior, em um trabalho que buscou analisar decisões judiciais sobre a limitação do direito de voto dos afrodescendentes, verificou-se que juízes democratas e juízes afrodescendentes apresentavam maior tendência a votar a favor dos direitos das minorias; e que juízes republicanos e juízes brancos eram mais moderados e, portanto, mais favoráveis às minorias quando integravam órgãos colegiados heterogêneos, também compostos por juízes democratas ou por membros de grupos raciais minoritários⁴³². Constatou-se, em outro estudo, que, em casos de discriminação e de assédio sexual, há maior tendência ao acolhimento do pleito dos autores quando os órgãos judiciais são integrados por ao menos uma juíza⁴³³.

Um estudo de Sunstein e de outros colaboradores, também já citado anteriormente, confirmou a ocorrência dos mesmos efeitos de polarização e de moderação ideológica em demandas versando sobre ações afirmativas, proteção ao meio ambiente, discriminação sexual e discriminação racial nas relações de trabalho, entre outros. Em todas essas matérias, observou-se que os juízes democratas votavam de forma mais progressista quando integravam órgão colegiado de unanimidade democrata e que eram menos progressistas quando se encontravam em órgãos de maioria republicana; e/ou apurou-se que juízes republicanos votavam de forma mais conservadora em órgãos de unanimidade republicana e de forma menos conservadora em órgãos de maioria democrata⁴³⁴.

Nota-se, assim, que as decisões judiciais e o desenvolvimento do direito, em matérias sujeitas a votação ideológica e ao efeito colegiado, podem ser fortemente influenciados pela composição das cortes⁴³⁵. Tal fato não decorre necessariamente de uma atuação estratégica. A

⁴³¹ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. Op. cit., p. 52-53.

⁴³² COX, Adam; MILES, Thomas. Judging the voting rights act. Op. cit., p. 49-50.

⁴³³ PERESIE, Jennifer. Female judges matter: gender and collegial decision-making in the Federal Appellate Courts. Op. cit., p. 1786-1787; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRIS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. Op. cit., p. 1472-1473.

⁴³⁴ SUNSTEIN, Cass R. et al. Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary. Op. cit., p. 8-9; POSNER, Richard A. *How judges think*. Op. cit., p. 24-45. Ver também MILLES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass. Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron. Op. cit., p. 823 e ss.

⁴³⁵ O exame dos efeitos da composição ideológica do colegiado sobre os julgados conduz a uma importante ponderação: se órgãos jurisdicionais ideologicamente heterogêneos evitam a polarização política e ensejam a moderação de pontos de vista, haveria uma forte razão para se defender a diversidade ideológica na

polarização ideológica em colegiados homogêneos e a moderação ideológica em órgãos heterogêneos podem resultar da interação sincera entre seus membros e do encontro de pontos de vista convergentes, no primeiro caso, e divergentes, no segundo caso. Em razão disso, alguns autores chegam a sugerir *a importância de preservar uma heterogeneidade ideológica nos órgãos judiciais colegiados*, de forma a possibilitar uma decisão mais informada e refletida sobre as questões analisadas⁴³⁶.

Por outro lado, há matérias em que a votação ideológica não sofre a interferência da composição do colegiado provavelmente porque se refere a questões muito sensíveis, em que a convicção íntima dos magistrados é forte a ponto de afastar influências externas. No caso norte-americano, isso é o que ocorre em causas sobre aborto e sobre pena de morte⁴³⁷. Assim, dependendo da matéria, a votação de um juiz pode ser antecipada com base em suas inclinações ideológicas exclusivamente ou com base na interação entre estas inclinações e aquelas apresentadas pelos demais membros do órgão jurisdicional.

É válido observar, contudo, que tais considerações são mais ajustadas à compreensão do funcionamento de órgãos colegiados compostos por poucos membros. Na medida em que o grupo aumenta, o juiz dissidente passa a ter menos poder de barganha (porque seu voto tende a possuir menos influência no desfecho do caso)⁴³⁸, e os efeitos decorrentes do processo de decisão colegiada são mais difíceis de identificar, já que demandam a compreensão da dinâmica interativa entre muitos juízes, como é o caso da Suprema Corte norte-americana. Além disso, a aversão ao dissenso é muito baixa nesta última. Os juízes têm menos trabalho e o custo do dissenso se justifica, em alguma medida, porque proporciona visibilidade⁴³⁹.

Estudos empíricos dão conta de que a interação entre os magistrados da Suprema Corte ocorre geralmente em blocos, integrados por juízes que se identificam ideologicamente com inclinações progressistas ou conservadoras. Dentro de tais blocos um juiz pode influenciar o voto de seu colega. Fora de tais blocos a influência é mais rara e branda

composição dos tribunais. Cf. sobre essa discussão: SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Op. cit., p. 149; e WALD, Patricia M. *A response to Tiller and Cross*. Op. cit., p. 235 e ss.

⁴³⁶ SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Op. cit., p. 149; e WALD, Patricia M. *A response to Tiller and Cross*. Op. cit., p. 235 e ss.

⁴³⁷ SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Op. cit., p. 10-13.

⁴³⁸ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Op. cit., p. 57; ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 413.

⁴³⁹ SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Op. cit., p. 43-45. Em sentido semelhante, cf. HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. *Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals*. Op. cit., p. 220.

especialmente em casos difíceis e ideologicamente divididos, em que ambos os lados têm muita dificuldade para transigir⁴⁴⁰. Por outro lado, nos casos difíceis, sobretudo naqueles em que se espera uma votação por 5 a 4, o voto de um único juiz da Suprema Corte – daquele cujo entendimento ainda se encontra incerto – ganha muito poder de barganha porque o relator depende da sua adesão para obter a decisão majoritária. Este juiz terá um considerável poder de negociação sobre a opinião final da maioria⁴⁴¹.

3.3.3.3 Estratégia e negociação na Suprema Corte norte-americana

O funcionamento da Suprema Corte norte-americana é orientado por uma série de regras e de procedimentos que abrem aos juízes diversas oportunidades de negociarem entre si o teor das decisões judiciais e/ou de atuarem de forma estratégica. A forma mais comum de acesso dos jurisdicionados à Suprema Corte corresponde ao *writ of certiorari*, por meio do qual as partes requerem que a Corte conheça e reforme um julgado proferido pelas instâncias inferiores, à semelhança do recurso extraordinário no Brasil⁴⁴². No entanto, diferentemente do caso brasileiro, no *writ of certiorari*, a Corte seleciona as causas que deseja apreciar discricionariamente, ou, em outras palavras, *a Corte é livre para definir a sua agenda e os temas que a integrarão* e apenas excepcionalmente produz arrazoados justificando sua escolha. Tal escolha é efetuada com base na “regra dos quatro” (*rule of four*), segundo a qual o *writ* é admitido desde que quatro de seus nove juízes votem em tal sentido⁴⁴³.

Sabe-se, a partir de levantamentos empíricos, que há maior probabilidade de que a Suprema Corte aceite casos em que haja conflito jurisprudencial nas instâncias inferiores, bem como demandas que envolvam interesses do governo ou de grupos organizados, estes últimos

⁴⁴⁰ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 381-405.

⁴⁴¹ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 388-389.

⁴⁴² Os demais instrumentos pelos quais se pode provocar a manifestação da Suprema Corte norte-americana, segundo Epstein e Knight, são: i) a apelação (*appeal as matter of right*) e a certificação (*certification*). Nos casos em que cabe apelação, a apreciação do recurso pela Suprema Corte é obrigatória. No entanto, em 1988, as hipóteses de seu cabimento foram muito reduzidas pelo Congresso e, atualmente, a Corte só é obrigada a decidir, segundo esse regime, os recursos interpostos contra decisões proferidas por órgãos judiciais compostos por três membros e pertinentes à Lei de Voto (*Voting Rights Act*). Já através da certificação, as cortes de apelação requerem aos juízes da Suprema Corte que respondam a questionamentos que têm o propósito de esclarecer a interpretação a ser conferida a alguma norma federal. Somente juízes podem usar essa medida e os juízes da Suprema Corte podem, discricionariamente, aceitá-la ou não. Trata-se, igualmente, de competência raramente exercida. Em razão do caráter excepcional desses instrumentos, a análise realizada neste trabalho se aterá ao *writ of certiorari*, que, por ser predominante, possibilita uma ilustração adequada do funcionamento da Suprema Corte (EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Op. cit., p. 26). Ver também: BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Op. cit., p. 88.

⁴⁴³ BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 9. ed. Washington: CQ Press, 2007, p. 89.

expressos pela presença de *amicus curiae* no processo⁴⁴⁴. É notório, ainda, que a Corte tende a admitir os *writs* de cujos julgamentos ao menos a minoria de quatro juízes discorda, já que o percentual de reforma das decisões apreciadas pela Suprema Corte é maior do que o percentual de confirmação, bem como porque, sendo finita a sua capacidade de julgamento, é natural que ela seja alocada para os assuntos que merecem correção⁴⁴⁵. Mas o critério que orienta a seleção efetuada por cada juiz da Suprema Corte quanto aos casos que deseja julgar é predominantemente ideológico. Juízes democratas votam pela admissão de *writs* referentes a causas julgadas de forma conservadora, na intenção de dar tratamento mais progressista à matéria, e juízes conservadores se interessam pela revisão de matérias decididas de modo progressista⁴⁴⁶. Segundo Caldeira e Wright:

Como se imaginava, os juízes parecem ter agendas políticas pessoais e estas agendas se concretizam, em parte, com base nas decisões sobre os assuntos que vão apreciar. A Suprema Corte tem maior inclinação a admitir casos decididos de forma progressista pelo tribunal imediatamente inferior a ela. De fato, após a indicação da juíza [Sandra Day] O'Connor, em 1981, a Corte adotou uma orientação ideológica moderadamente conservadora. A clara tendência da Corte em selecionar os precedentes decididos de forma progressista [para reapreciação] confirma a hipótese de que as preferências políticas dos juízes afetam as suas decisões judiciais da mesma forma pela qual as preferências políticas de outros atores políticos de elite interferem sobre a conduta destes atores.⁴⁴⁷

O comportamento ideológico do magistrado quanto a apreciar ou não uma matéria pode se manifestar, ainda, de forma estratégica. O juiz pode entender que o caso foi julgado de forma incorreta pela instância inferior e ainda assim recusar a sua revisão, se acreditar que não obteria maioria na Suprema Corte para fazer prevalecer o tratamento que entende mais adequado para o assunto. Nesse caso, ele buscaria o segundo melhor resultado (*second best decision*) ou o melhor resultado possível: não permitir a formação de um precedente da Suprema Corte sobre o tema, fazendo com que as instâncias inferiores continuem a discutir a questão; e/ou manter a decisão da corte inferior, com a qual não concorda, mas que é menos gravosa para as suas convicções do que a que acredita que a Suprema Corte viria a proferir.

⁴⁴⁴ CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 82, 1988, p. 1120-1123; CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. Op. cit., p. 308.

⁴⁴⁵ De acordo com Epstein e Knight, a Suprema Corte reformou 61,3% das decisões que apreciou (EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Op. cit., p. 26-27). Cf., ainda, BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Op. cit., p. 96).

⁴⁴⁶ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Op. cit., p. 27.

⁴⁴⁷ CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 1120-1121.

Por isso, os estudos sobre comportamento judicial devem considerar não apenas as razões que levam o juiz a optar por decidir, mas igualmente aquelas que o levam a optar por não decidir⁴⁴⁸. Em qualquer hipótese, a escolha entre admitir ou não o *writ* é uma decisão tomada à luz do comportamento que o juiz acredita que a Corte terá no julgamento do mérito. Trata-se, assim, de uma atitude ideológica, tomada de forma interdependente quanto à postura que se acredita que os demais membros da Corte terão, constituindo, por isso, um comportamento estratégico⁴⁴⁹.

Ultrapassada a etapa de admissão, a Suprema Corte define o tipo de análise que o caso receberá, podendo lhe conferir exame pleno (*full consideration*) ou exame sumário (*summary consideration*)⁴⁵⁰. Os casos mais importantes são apreciados através do exame pleno⁴⁵¹. Neste, após a argumentação oral, o processo é objeto de uma reunião privada (*conference*) entre os juízes da Suprema Corte para uma primeira discussão a seu respeito. Esta reunião ocorre a portas fechadas, não é acessível às partes ou aos seus advogados e nela os juízes expressam as suas opiniões e a forma como decidiriam o assunto⁴⁵².

Abrem-se, então, diversas possibilidades de atuação estratégica. O magistrado pode simplesmente declarar aos demais suas verdadeiras preferências quanto ao mérito da ação; pode não revelar tais preferências, por acreditar que elas seriam rejeitadas pela maioria, e manifestar-se de forma moderada, a fim de conquistar tal maioria; pode tentar inserir na discussão outras questões jurídicas, a exemplo de obstáculos processuais ao julgamento do mérito do *writ*, como alegações de ilegitimidade da parte ou de perda superveniente do interesse de agir; pode abster-se de se manifestar em tal oportunidade⁴⁵³.

A atitude do Juiz Brennan em *Craig v. Boren*, caso já relatado, é um bom exemplo de atuação estratégica durante a conferência. Naquela oportunidade, Brennan optou por não afirmar as suas verdadeiras preferências – pela adoção do *strict scrutiny test* – para propor um

⁴⁴⁸ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Op. cit., p. 293.

⁴⁴⁹ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Op. cit., p. 87.

⁴⁵⁰ Como já esclarecido, no exame pleno, a Corte abre às partes a oportunidade para apresentação de novo arrazoado e de sustentação oral, ao passo que, no exame sumário, as causas são decididas com base no material já produzido.

⁴⁵¹ BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Op. cit., p. 86-88.

⁴⁵² BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Op. cit., p. 109-110.

⁴⁵³ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Op. cit., p. 79-98; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*. Op. cit., p. 17 e ss.; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 358 e ss.

critério intermediário de controle da constitucionalidade das normas que criam distinção de tratamento com base no sexo, critério este que teria mais chances de obter apoio da maioria.

Após a discussão do caso na reunião privada, definem-se as questões jurídicas a serem enfrentadas e a conclusão ou o tratamento que a maioria entende que deve ser dado a elas. Se o juiz presidente da Corte integrar a maioria, ele determinará a quem caberá redigir a decisão. A redação da decisão constitui uma função semelhante àquela desempenhada pelo juiz relator no julgamento dos tribunais brasileiros. Como a definição do relator do caso pode influenciar o seu desfecho, não é incomum que o presidente da Suprema Corte vote de forma estratégica, aproximando-se da maioria em seu discurso, ainda que intimamente divirja dela, com o propósito de não abrir mão do poder de indicar aquele que elaborará a decisão⁴⁵⁴.

Embora vigore na Suprema Corte uma regra não escrita segundo a qual cada juiz deve receber o mesmo número de casos, é possível para seu presidente distribuir os casos mais relevantes para os membros com os quais seja ideologicamente afinado e compensar os demais juízes com distribuições de assuntos menos importantes⁴⁵⁵. A depender de suas preocupações quanto a controlar o resultado da decisão, o juiz presidente poderá atribuir a redação a si mesmo. Estudos empíricos confirmam que os presidentes da Suprema Corte valem-se muito desta faculdade, distribuindo uma quantidade desproporcional de casos relevantes para si mesmos⁴⁵⁶. No caso de o juiz presidente não integrar a maioria, a definição do relator caberá ao juiz mais sênior que a compuser. O juiz mais sênior distribuirá o caso segundo os mesmos critérios ideológicos e estratégicos antes narrados, não sendo incomum que também se auto atribua a redação da decisão dos casos relevantes⁴⁵⁷.

A definição do relator é uma escolha delicada. A decisão judicial só gerará um precedente vinculante para as demais instâncias se a maioria dos juízes que integram a Suprema Corte concordar não apenas acerca de como solucionar o caso concreto, mas, sobretudo, acerca das razões jurídicas que justificam tal solução. Por isso, a definição do relator deve ser, em primeiro lugar, um caminho para se obter ou preservar o entendimento

⁴⁵⁴ Como relatam Epstein e Knight: “É de conhecimento público, por exemplo, que o Juiz Presidente [da Suprema Corte] Burger ocasionalmente votava de forma estratégica, com o propósito de controlar a indicação do relator do caso e, por consequência, influenciar, em alguma medida, o teor político da decisão emanada da Corte” (EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 18).

⁴⁵⁵ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 367, 372-378.

⁴⁵⁶ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 377 e 403.

⁴⁵⁷ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Op. cit., p. 291.

majoritário quanto aos fundamentos que justificam a decisão. O relator tem de ser capaz de construir um voto que garanta a adesão da maioria. Nessas condições (e diferentemente do que ocorre no STF), ele não escreve por si mesmo e sim pela Corte, podendo vir a produzir votos com os quais não concorda plenamente⁴⁵⁸.

Por isso, em casos que suscitam muita divergência, em que há dificuldade de formar uma maioria sobre as razões que justificam um entendimento ou em que a maioria obtida na reunião de voto é frágil e pode perder votos até a conclusão do julgamento, a literatura indica que é comum que o juiz presidente opte estrategicamente por atribuir a redação da decisão ao membro da maioria que for o juiz ideologicamente menos distante da minoria – uma espécie de *juiz limítrofe (marginal justice)*⁴⁵⁹. A lógica dessa escolha está em entregar a relatoria a um juiz moderado, para que construa seu voto de forma a eventualmente conquistar a adesão de alguns minoritários, sem, ao mesmo tempo, descontentar os juízes majoritários⁴⁶⁰. Há estudos da Warren Court que demonstram que o juiz ideologicamente limítrofe recebeu uma carga maior de casos para relatar⁴⁶¹.

A opção pelo juiz limítrofe pode, ainda, diminuir a tensão entre a maioria e a minoria. Pode produzir decisões mais moderadas, que facilitem a adesão ao precedente em casos futuros, e reduzir a probabilidade de redistribuição da relatoria, em caso de dissolução da maioria. A dissolução da maioria ocorre quando alguns de seus membros mudam de opinião entre a reunião para discussão do caso e a conclusão do julgamento. Levantamentos estatísticos demonstram que, em tais circunstâncias, o juiz ideologicamente limítrofe se mantém na relatoria e redige o voto da Corte, poupando tempo e trabalho, ao passo que os juízes mais extremados ideologicamente resistem a fazê-lo, forçando uma redistribuição⁴⁶².

⁴⁵⁸ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 381.

⁴⁵⁹ A expressão limítrofe é utilizada neste trecho com o sentido de juiz próximo ou confinante ideologicamente com o entendimento do grupo minoritário.

⁴⁶⁰ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 381-383; FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Op. cit., p. 291-292.

⁴⁶¹ A eficácia da entrega da relatoria de casos difíceis aos juízes ideologicamente limítrofes como medida voltada à ampliação da maioria em casos difíceis é questionada por alguns autores, que alegam que as ações que suscitam grande divergência se caracterizam pela inabilidade dos juízes de resolverem suas diferenças e que, nessas condições, os magistrados exercem pouca influência um sobre o outro, salvo quando se trata de juízes que possuem convicções semelhantes, e por isso votam em bloco, como já mencionado (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 381-405).

⁴⁶² SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 381-398.

Ao concluir a redação do primeiro rascunho da decisão, o relator circula a sua minuta geralmente para todos os demais membros da Suprema Corte. Nada o impede, todavia, de encaminhá-la primeiramente a um ou dois membros da maioria que tenham se manifestado de forma mais recalcitrante quanto a algum ponto específico, a fim de verificar se a redação proposta atende às preocupações desses membros. Como já mencionado, a missão do relator é, antes de mais nada, manter a adesão ao entendimento tido como majoritário na reunião para a discussão do caso⁴⁶³.

Uma vez recebida a minuta da decisão, os juízes poderão adotar uma das seguintes atitudes: i) concordar plenamente com seu teor e aderir ao voto preparado pelo relator; ii) concordar com seu teor, mas mesmo assim apresentar voto próprio, manifestando uma concorrência simples (*regular concurrence*); iii) concordar com o desfecho dado ao caso, mas discordar dos fundamentos da decisão, por meio de uma concorrência especial (*special concurrence*); iv) discordar da decisão, apresentando um voto divergente; v) aderir a uma concorrência regular, a uma concorrência especial ou a um voto divergente elaborado por outro colega⁴⁶⁴.

A apresentação de votos concorrentes especiais e de votos divergentes tem importantes repercussões para o desenvolvimento do direito. Em ambos os casos, tais votos não são computados como majoritários, já que apresentam entendimentos alternativos quanto às razões de decidir ou quanto à própria solução do caso. No entanto, os mencionados votos podem indicar inconsistências no entendimento da maioria, estabelecendo as bases para a sua superação no futuro; permitem que os juízes divergentes deem ciência de suas convicções a colegas com inclinações ideológicas semelhantes às suas; influenciam julgamentos futuros; e podem trazer visibilidade e prestígio para o magistrado⁴⁶⁵.

Os juízes podem, ainda, *negociar alterações ao teor ou à linguagem da minuta com o relator*, tanto como condição para continuarem a integrar a maioria quanto para passarem a compô-la⁴⁶⁶. A negociação geralmente é feita em relação a alguns pontos da decisão e, eventualmente, gera a produção de memorandos pelos negociadores, com a exposição de suas

⁴⁶³ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Op. cit., p. 31.

⁴⁶⁴ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 384 e ss.

⁴⁶⁵ HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. Op. cit., p. 216-222.

⁴⁶⁶ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 23-27.

razões. *Craig v. Boren* constitui, novamente, um bom exemplo de como ocorre a interação entre os juízes na Suprema Corte.

Imediatamente após Brennan [relator do caso] circular seu primeiro rascunho: (1) Rehnquist informou a Brennan e aos demais juízes que apresentaria um voto divergente; (2) Blackmun redigiu um memorando, encaminhado exclusivamente a Brennan, solicitando alterações em seu voto; e (3) Burger disse a Brennan e aos demais: “– Eu achei que poderia aderir a um entendimento pela reforma da decisão recorrida neste caso, e talvez eu ainda venha a fazê-lo no que respeita à sua solução concreta. Entretanto, o seu ‘teste’ [*standard* proposto para a análise de normas que discriminam com base no sexo] vai além daquilo que eu poderia aceitar. Novas considerações mais tarde.”

Como os juízes decidem a atitude que adotarão? Nós acreditamos que eles levam em conta muitos fatores, incluindo suas próprias preferências, as preferências do relator, as respostas que esperam dele, normas institucionais, bem como o contexto político e social [...]. Em outras palavras, acreditamos que se trata de uma decisão intrinsecamente interdependente.⁴⁶⁷

Como se verifica pelo trecho transcrito acima, a negociação constitui o processo pelo qual os juízes eventualmente chegarão a um acordo quanto ao teor de um voto, através de promessas (de adesão) e de ameaças (de divergência). O resultado final dependerá, em parte, da credibilidade de tais ameaças e promessas para os negociadores⁴⁶⁸. O relator tem o desafio de acomodar o teor de seu voto a tais aspectos. Este processo de negociação constitui a regra, e não a exceção, na Suprema Corte. Para demonstrá-lo, Epstein e Knight examinaram um conjunto de casos decididos durante o período em que Burger foi o presidente da Suprema Corte e verificaram que em 53% dos julgados houve uma importante alteração no texto do voto majoritário, tomando-se por referência a primeira minuta circulada na Corte. Verificou-se, ainda, que alterações de conteúdo ocorreram em 62% das minutas de decisão de casos muito relevantes apreciados pela Corte e em 45% daqueles considerados de média relevância. Além disso, nos 282 casos examinados pelos autores, somente em 19,1% deles não ocorreu qualquer troca de memorandos entre os juízes⁴⁶⁹.

Nota-se, assim, que o processo decisório da Suprema Corte norte-americana nos casos sujeitos a exame pleno apresenta características híbridas. A primeira reunião para discutir um caso é reservada, como no modelo deliberativo e interno. Entretanto, os advogados podem fazer argumentações orais, os juízes podem inquiri-los e cada magistrado pode redigir o seu voto, ao qual se confere publicidade, aspectos que se aproximam do modelo agregativo e

⁴⁶⁷ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 21.

⁴⁶⁸ Esse conceito de negociação foi extraído de ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Op. cit., p. 419.

⁴⁶⁹ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. Op. cit., p. 31-34.

externo. Apesar disso, consolidou-se na Suprema Corte a prática de atribuir ao relator a redação do voto da maioria, através da negociação de seus termos. O voto preparado pelo relator não necessariamente traduz o seu entendimento, mas sim o entendimento consensual da maioria dos juízes.

A fase de troca de minutas da decisão e de memorandos entre os juízes tem características deliberativas e, em alguma medida, internas, já que o que é publicado é apenas a decisão final, resultante da negociação que se estabelece entre os magistrados, ainda que o acesso aos memorandos não seja proibido. A sistemática pela qual a maioria subscreve o voto do relator e a minoria se aglutina geralmente em torno de um voto dissidente comum, em lugar de cada juiz proferir o seu voto, também indica a ocorrência de deliberação dentro de cada bloco ideológico e demonstra que *a diversidade ideológica dos juízes da Suprema Corte pode induzir ao debate e ensejar a moderação dos julgados*, como ocorreu em *Craig v. Boren*. Entretanto, segundo alguns autores, o nível de interação entre os juízes da Suprema Corte, ressalvados tais aspectos, é baixo e estes funcionariam como “escritórios de advocacia autônomos” a maior parte do tempo, havendo, por isso, predominância de elementos do modelo agregativo e externo⁴⁷⁰.

3.3.4 Cortes inferiores

A atitude das cortes inferiores também pode influenciar o comportamento dos juízes da Suprema Corte. Quando uma matéria chega à última, em regra já foi objeto de discussão pelos demais órgãos judiciais, trazendo informações sobre o posicionamento das instâncias inferiores, sobre os diferentes pontos de vista existentes e sobre o nível de conflito que o assunto desperta. A Corte tem, em razão disso, uma percepção sobre o tipo de resistência que uma decisão sua em determinado sentido poderá despertar e considerará tal aspecto ao tomar sua decisão⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Neste sentido: FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Op. cit., p. 285 e ss.; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 357-405. Friedman ressalta, contudo, que a fase de negociação do teor do voto aproximaria o processo decisório da Suprema Corte de um bazar ou de um foro legislativo, no qual os agentes trocam votos por ajustes de linguagem no texto a ser adotado. Dadas as particularidades já descritas, Friedman observa que a melhor qualificação para o modelo decisório da Suprema Corte não seria a de um modelo agregativo ou deliberativo, mas sim de um modelo de “acomodação” (*The politics of judicial review*. Op. cit., p. 286-287).

⁴⁷¹ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of judicial interpretation*. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=9eoyGt-fFmYC&oi=fnd&pg=PA21&dq=ferejohn+pasquino+constitutional+courts+as+deliberative+institutions&ots=l>>

A adequada interação entre a Suprema Corte e as instâncias inferiores é um elemento relevante para o desenvolvimento e para a estabilidade do direito. Cabe à Suprema Corte dar a palavra final sobre a interpretação da Constituição em cada processo judicial que aprecia. Ao julgar um caso, sua decisão gera um precedente, cujo teor vinculante é materializado através de um comando genérico, extraído da decisão por indução, tendo como base os fatos do caso, as questões de direito debatidas, a fundamentação e o que restou decidido. No entanto, a definição do teor de tal comando genérico e de sua amplitude constituirá, inicialmente, tarefa das instâncias inferiores. Estas instâncias deverão interpretar o julgado da Suprema Corte e verificar se suas conclusões são aplicáveis a uma nova demanda. É a Suprema Corte que gera o precedente, mas é uma descrição do que ela decidiu, produzida pelos órgãos inferiores em primeira mão, que regerá os casos subseqüentes, até que sua apreciação seja devolvida (ou não) à Suprema Corte, através de novos *writs*, em causas diversas.

As instâncias inferiores têm consideráveis poderes para a identificação dos fatos relevantes para a solução de uma nova demanda. Podem desconsiderar ou ocultar eventos que atrairiam a aplicação do precedente e valorizar argumentativamente ocorrências que justificariam a sua não aplicação. O processo de determinação do direito, no sistema norte-americano, pressupõe um diálogo contínuo entre a Suprema Corte e os demais órgãos judiciais. Por meio dele, a primeira produz julgados cuja aplicação é ampliada ou limitada pelas demais cortes. As decisões destas últimas serão ou não reexaminadas por novos julgados da Suprema Corte, que gerarão novos precedentes, que novamente serão interpretados pelos órgãos inferiores, e assim sucessivamente.

Nota-se, assim, que as cortes inferiores podem resistir à aplicação dos entendimentos produzidos pela Suprema Corte ou, ao menos, reduzir seu âmbito de aplicação; podem levantar uma série de particularidades para justificar a não incidência dos seus precedentes e fazer distinções inconsistentes entre eles e as novas ações apreciadas. Esse tipo de postura por parte dos juízes pode gerar um substancial enfraquecimento da força dos julgados produzidos pela Suprema Corte. O acesso a esta última é caro e restrito. Os jurisdicionados muitas vezes não podem aguardar por anos, até que a Corte corrija as decisões proferidas pelas outras instâncias. Assim, o reiterado descumprimento de precedentes pelas instâncias inferiores pode produzir uma situação de incerteza que é desorientadora para todos os envolvidos e gera uma pressão sobre a Suprema Corte que pode levá-la a superar seu próprio precedente.

Todos os juízes desejam expressar suas preferências ideológicas e a situação descrita acima – de insubordinação das demais instâncias judiciais – coloca em xeque o poder da Corte superior⁴⁷². Por isso, a ameaça de descumprimento em massa de um julgado por outros órgãos pode levá-la, por autopreservação, a moderar seus entendimentos ou a produzir decisões que deixem maior margem de apreciação para as demais instâncias, a fim de garantir seu cumprimento. Por outro lado, se a Suprema Corte se acreditar capaz de impor suas convicções e vislumbrar o risco de desrespeito a seus precedentes por grupos isolados de magistrados, sua tendência poderá ser construir o comando da decisão de forma restrita e concisa, com o propósito de deixar pouco espaço para um descumprimento que não seja ostensivo⁴⁷³.

3.4 Elementos institucionais internos ao STF e ao Poder Judiciário brasileiro

3.4.1 Regime interpretativo mínimo. Academicismo e beletrismo

O capítulo 1 teve por objeto os diferentes elementos hermenêuticos levados em conta pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação das normas constitucionais. Os critérios mais tradicionais de interpretação são responsáveis pela definição de referências homogêneas mínimas sobre o que deve ser considerado para o julgamento de questões constitucionais, mas não as esgota. As práticas adotadas pelos juízes, o “modo de fazer” consolidado no STF, a visão predominante sobre a forma de agir de um bom juiz ou sobre a missão e os limites da atuação do poder Judiciário também integram o regime interpretativo mínimo, que é cultural e transitório, e corresponde à forma de atuar e de decidir predominantemente aceita em determinado momento. Não se pretende descrever tal regime de forma exaustiva aqui. Talvez, ao final do trabalho, o leitor possa ter uma imagem mais definida sobre seus contornos. Entretanto, essa imagem requer ao menos uma alusão às

⁴⁷² Do ponto de vista dos juízes de instâncias inferiores, o risco de reversão de suas decisões, o desejo de obter promoção e a possibilidade de uma avaliação negativa de sua capacidade como profissional poderiam constituir elementos indutores do respeito aos precedentes da Suprema Corte. No entanto, o risco de reversão é baixo porque poucas causas chegam à Suprema Corte. As possibilidades de promoção no judiciário federal são pequenas, dado o número de magistrados que o integram. E, por fim, a avaliação negativa que realmente atinge o juiz é aquela proveniente dos colegas com os quais tem mais contato.

⁴⁷³ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Op. cit., p. 304-306; POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 69-70, 198; BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Op. cit., p. 34.

influências do direito romano, do academicismo e do beletismo sobre o comportamento judicial.

O direito brasileiro tem suas raízes no sistema romano-germânico, herdado da colonização portuguesa. Após o declínio do Império Romano, no século V, o estudo do direito romano foi retomado pelas universidades europeias, nos séculos XII e XIII⁴⁷⁴, com o renascimento do comércio, em razão da necessidade de produzir um direito que pudesse dispor sobre as novas demandas geradas por tal renascimento. O direito romano foi adotado, então, como um modelo de justiça substancial e constituiu, por obra das universidades, a base do ensino jurídico em toda a Europa. Tal ensino tinha por objeto o “dever ser”, as regras mais justas, e não o que realmente era feito na prática, já que esta era dominada por um direito local fragmentado e inadequado à nova realidade⁴⁷⁵. Descrevendo as universidades da época, René David esclarece:

As universidades não são escolas práticas de direito. O professor dedica-se a ensinar um método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. Não concebe a sua função como sendo a de descrever práticas existentes, nem de dizer como na prática se poderá dar eficácia às regras que declarou conformes à justiça.

O direito, nas universidades, é considerado como um modelo de organização social. Não se volta para o contencioso nem para os julgamentos: processo, provas, execução são negligenciados, abandonados à regulamentação administrativa e ao estilo dos práticos. O direito, ligado à filosofia, à teologia, à religião, indica aos juízes como, segundo a justiça, devem estatuir; estabelece as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social. O direito é, tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática).⁴⁷⁶

Sucederam-se, nas universidades europeias, diversas escolas que procuraram conhecer e adaptar o direito romano às novas necessidades, como a escola dos glosadores, que buscou explicar seu sentido original, e a escola dos pós-glosadores, que buscou atualizá-lo para a sociedade de seu tempo; até que, nos séculos XVII e XVIII, a escola do direito natural passou a dominar a cena. Esta última escola, muito influenciada pelo desenvolvimento das ciências naturais, pretendeu proclamar as regras de um direito universal, imutável, comum a todos os tempos e povos, passível de conhecimento através da observação empírica e da razão. A

⁴⁷⁴ Tal estudo havia sido interrompido com o declínio do Império Romano, no século V, mas foi preservado pela Igreja, que nele se inspirou para o desenvolvimento do direito canônico.

⁴⁷⁵ Segundo René David, o regresso à ideia de que a sociedade devia ser regida pelo direito, e por um direito justo, ocorrido no século XII, foi tão revolucionário quanto o movimento que, no século XIII, pretendeu substituir o poder pessoal pela democracia. A eclosão do direito romano não se deveu à afirmação de um poder político centralizado, diferentemente do *common law*. Foi fundada no trabalho das universidades e em uma comunidade de cultura (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40-41).

⁴⁷⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Op. cit., p. 41-42.

organização e a sistematização do direito promovidas em virtude de tal aspiração prepararam o caminho para a codificação moderna⁴⁷⁷.

Com a codificação, a partir do século XIX, passou-se a acreditar que o direito se identificava às normas codificadas e atribuiu-se à academia um papel mais restrito, de mera interpretação dos textos. Adotou-se, então, a atitude de positivismo legislativo e de nacionalismo jurídico que daria ensejo à elaboração dos códigos nacionais, produto da vontade do Estado soberano. Apesar disso, *tais códigos foram estabelecidos sobre uma base semelhante, que foi obra das universidades e dos juristas*. O direito e o próprio ensino jurídico foram divididos em alguns ramos fundamentais, comuns a todos os países da família romano-germânica, tais quais: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito internacional, o direito criminal, o direito processual, o direito civil, o direito comercial, o direito do trabalho etc. Cada uma dessas disciplinas se caracteriza por regras, conceitos, princípios gerais e demais categorias abstratas que são relativamente semelhantes em cada um dos aludidos países e foram desenvolvidas pela academia.

Nota-se, assim, que a história do direito romano é profundamente identificada com o pensamento acadêmico e com a sistematização e a interpretação de normas gerais e abstratas por “doutores” ou por “homens letrados”. Apenas em um período mais recente da história desse sistema, a lei adquiriu primazia como fonte do direito. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes:

[...] é o caráter transnacional do ensino jurídico que acrescenta à cristandade uma familiaridade a mais: o *ius commune*, que é o direito romano interpretado pelos doutores. [...]. A universidade promoveu o surgimento dos juristas e eles se identificaram com ela. Desde então, exceto na Inglaterra, os juristas serão letrados.
478

Em Portugal, o direito romano, desenvolvido pelos letrados, prestou-se a justificar e a dar forma ao domínio do clero e da nobreza pelo rei, bem como a possibilitar a ascensão de um quadro administrativo burocrático de suporte ao soberano, legitimando o estabelecimento

⁴⁷⁷ RENÉ, David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Op. cit., p. 46.

⁴⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *O direito na história – lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 121-122. Segundo Donald Kommers: “A doutrina tem tanto ou mais peso na interpretação da Constituição alemã do que os precedentes judiciais. A Corte constitucional alemã confere expressivo peso aos trabalhos produzidos pela comunidade jurídica, devendo-se salientar que, nos países de origem romano-germânica, o direito foi produto dos trabalhos de acadêmicos, historiadores e teóricos. Assim, não é surpreendente que se confira à doutrina um papel de destaque na interpretação da Constituição alemã (KOMMERS, Donald P. Germany: balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 193, tradução nossa). No mesmo sentido: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Op. cit., p. 39-41; HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia – síntese de um milênio*. 3. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 2003, p. 94 e ss.

do Estado patrimonial português⁴⁷⁹. Os bacharéis e juristas, provenientes de famílias ligadas, em maior ou menor grau, por laços de parentesco, tornaram-se os titulares dos grandes cargos da burocracia, artífices da afirmação do poder soberano e integrantes de uma espécie de estamento, a quem caberia aparelhar e governar o Estado⁴⁸⁰.

A ciência e a universidade voltavam-se para as necessidades dos letrados, servindo de base à organização política e de meio para a ilustração dos “doutores”, em lugar de voltarem-se para as necessidades práticas da nação⁴⁸¹. Adotava-se, então, um ensino jurídico abstrato, teórico, literário, sujeito à influência do pensamento metafísico da Companhia de Jesus, que predominou em Coimbra nos séculos XV a XVII⁴⁸². Tais traços combinaram-se a uma espécie de “cultura da personalidade”, caracterizada pela valorização das virtudes individuais, do talento, dos atributos intelectuais e da inteligência inata dos bacharéis (em detrimento do trabalho braçal)⁴⁸³.

As mesmas referências reproduziram-se no Brasil. Os juristas constituíam, aqui, a elite intelectual da colônia. Destinavam-se aos altos cargos da burocracia estatal e prestavam-se à manutenção do poder colonizador da metrópole⁴⁸⁴. O diploma de bacharel substituía o título de nobreza e proporcionava um *status* social diferenciado. Os bacharéis correspondiam a uma espécie de novo poder aristocrático: a “aristocracia togada”⁴⁸⁵. O conhecimento tinha uma função personalista e decorativa de destacar seu titular e de elevá-lo acima dos demais⁴⁸⁶. As alusões a obras literárias, a trabalhos acadêmicos, a teorias estrangeiras e o “falar difícil” qualificavam os juristas e lhes conferiam maior prestígio, alimentando um *comportamento*

⁴⁷⁹ O patrimonialismo se caracteriza pela confusão entre o público e o privado e por uma falta de ordenação impessoal, de que resulta uma percepção distorcida de que o Estado ou o cargo público estão a serviço de seus titulares e não o inverso. Sobre o tema, cf., adiante, item 5 deste capítulo.

⁴⁸⁰ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012, p. 29-32 e; VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 2-3.

⁴⁸¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Op. cit., p. 26 e 83.

⁴⁸² VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 5 e ss.

⁴⁸³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 13-38.

⁴⁸⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Op. cit., p. 64.

⁴⁸⁵ VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 275 e ss.

⁴⁸⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 84 e 163 e ss.

academicista, de citação e de exaltação do pensamento científico, e *beletrista*, de cultivo às “belas-letas”⁴⁸⁷.

[...]. O móvel dos conhecimentos não é, no caso, tanto intelectual quanto social, e visa primeiramente ao enaltecimento, à dignificação daqueles que os cultivam. De onde, por vezes, certo tipo de erudição sobretudo formal e exterior, onde os apelidos raros, os epítetos supostamente científicos, as citações em língua estranha se destinam a deslumbrar o leitor como se fossem uma coleção de pedras brilhantes e preciosas.

O prestígio de determinadas teorias que trazem o endosso de nomes estrangeiros e difíceis, e pelo simples fato de o trazerem, parece enlaçar-se estreitamente a semelhante atitude.⁴⁸⁸

Os primeiros bacharéis brasileiros se formaram na Universidade de Coimbra. As primeiras universidades criadas no Brasil – as Universidades de São Paulo e de Olinda – foram igualmente marcadas pela influência da Companhia de Jesus, tendo ambas, inclusive, estabelecido suas primeiras sedes em conventos⁴⁸⁹ e empregado clérigos como professores, estando nitidamente ligadas ao poder eclesiástico⁴⁹⁰. A busca por cursos de direito tinha por base o gosto pelo título de bacharel e a aspiração à cultura geral e metafísica provida pelas universidades⁴⁹¹. Ser estudante de direito significava dedicar-se ao jornalismo, à literatura, ao teatro, à oratória, à participação em grêmios literários e políticos⁴⁹².

Em meados do século XVIII, deu-se a ruptura com a Companhia de Jesus tanto na metrópole quanto na colônia. No século XIX, ganharam corpo novas ideias como o positivismo, o cientificismo, a crença na liberdade humana e na liberdade de ensino e tentou-se realizar a primeira reforma do ensino no Brasil⁴⁹³. Já se reconhecia, então, a inadequação

⁴⁸⁷ De acordo com o Dicionário Aurélio, chama-se academicismo: a mentalidade de quem faz parte de academia, o espírito acadêmico, relacionado a estabelecimento de ensino ou a sociedade de caráter científico, literário ou artístico. Caracteriza-se como beletrista aquele que cultiva as belas-letas (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Op. cit., p. 21 e 285).

⁴⁸⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 164-165.

⁴⁸⁹ Em São Paulo, o curso jurídico funcionava no Convento de São Francisco e em Olinda, no Convento de São Bento (VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 36 e ss).

⁴⁹⁰ VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 4 e ss.

⁴⁹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 155 e ss.

⁴⁹² VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 136 e ss.

⁴⁹³ Trata-se da conhecida Reforma do Ensino Livre, cujas particularidades não se abordará neste trabalho, por fugirem a seu escopo. Para exame desta e das demais reformas empreendidas nos cursos de direito, cf.

do curso de direito às necessidades concretas. A tal respeito, é ilustrativa a discussão travada entre Silvio Romero, candidato ao doutoramento, e seu examinador, transcrita abaixo:

[Examinador] – Pois admira-me, torna o primeiro, que tendo-se mostrado o senhor tão contrário ao método metafísico, na epígrafe das suas teses [...], recusa agora um argumento *a posteriori*.

[Silvio Romero] – Nisto não há metafísica, Sr. Doutor; há lógica, diz o arguido.

[Examinador] – A lógica, replicou o arguente, não exclui a metafísica.

[Silvio Romero] – A metafísica, treplica o doutorando, não existe mais, Sr. Doutor. Se não sabia, saiba!

[Examinador] – Não sabia, retruca aquele.

[Silvio Romero] – Pois vá estudar e aprender para saber que a metafísica está morta, replica este.

[Examinador] – Foi o senhor que a matou?, pergunta-lhe o Dr. Coelho Rodrigues.

[Silvio Romero] – Foi o progresso, foi a civilização, responde-lhe o bacharel Silvio Romero, que, a contínuo, se ergue, toma dos livros que estavam sobre a mesa e diz: não estou aqui para aturar esta corja de ignorantes que não sabe nada!, e retira-se vociferando pela sala afora⁴⁹⁴.

Diversas reformas do ensino jurídico foram tentadas desde então, com o propósito de voltá-lo para as necessidades contemporâneas, de aproximá-lo da prática e de torná-lo menos abstrato, conceitual e verborrágico⁴⁹⁵. Algumas alterações de currículo foram introduzidas, mas o fato é que se chegou aos tempos atuais sem grandes mudanças. A formação jurídica, no Brasil, como regra, ainda é marcada por um caráter dogmático e teórico, distanciado das necessidades econômicas e sociais⁴⁹⁶. As aulas são geralmente expositivas, baseadas em institutos jurídicos e em dispositivos legais e divididas conforme a disciplina, em direito civil, direito processual civil, direito comercial, direito constitucional, direito administrativo, direito ambiental, direito urbanístico, direito penal, direito processual penal, direito tributário etc. As

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

⁴⁹⁴ VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 98.

⁴⁹⁵ VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 323.

⁴⁹⁶ Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, era notória a desconformidade entre o ensino jurídico e “as injunções da vida profissional. O recém-graduado sente-se desarmado diante da complexidade da chamada ‘vida prática’, porque lhe falta, em contraste com sua apuração sensorial, a mais positiva ‘prática da vida’. Então, é de ver-se o grande número de valores sumamente aproveitáveis intimidados ante a gravidade dos problemas ambientes” (apud VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. Op. cit., p. 316).

faculdades de direito brasileiras não proporcionam aos alunos uma experiência prática, de forma crítica e coordenada com o ensino jurídico⁴⁹⁷. É o que retrata o trecho abaixo:

No cotidiano do estudante de direito, em geral – ainda que nosso esboço etnográfico venha se centrar em nossa experiência específica junto à UFPR [Universidade Federal do Paraná] –, as aulas são expositivas, centradas na figura do docente, em espaços com grande quantidade de estudantes (que chegam a 100 pessoas). O espaço acadêmico, desde a forma do traje, é extremamente formalista, estando presente uma relação verticalizada entre estudantes e professores, o que em suma representa uma formatação dos alunos a um determinado padrão. O conteúdo programático das ementas do bacharelado em direito é vinculado diretamente aos códigos legislativos, que representam um olhar tecnicista da realidade. [...].

De fato, a tendência é um estudo dos mecanismos normativos legais, tomados em conceitos abstratos e categorias gerais, os quais são passados como sínteses finais, manifestadas em institutos, em artigos e em parágrafos, abstraídos da compreensão das relações sociais das quais advêm, ou seja, caracterizados por aquilo que Paulo Freire denominaria *cultura livresca*. No que se refere à aplicabilidade da teoria dogmática, a mesma situa-se apenas nos momentos finais do curso, nos “núcleos de prática jurídica”, ou, o que mais comumente vem ocorrendo, nos estágios não obrigatórios, realizados em diversos períodos do curso, sob as mais diversas condições materiais, sem que as universidades consigam promover uma efetiva coordenação pedagógica. Por conseguinte, o estudante além de absorver uma sistematização da ordenação social, não possui respaldo que o permita correlacionar com a prática o que lhe é transmitido, empobrecendo a sua compreensão acerca do seu futuro profissional.

.....
Ademais, salienta-se o reduzido diálogo do ensino jurídico com outros campos das ciências humanas, operando-se assim um isolamento científico. Este pode ser percebido pelo isolamento geográfico das faculdades de direito, que em geral, situam-se em prédios (*campi*) à parte da estrutura universitária, em muitos casos distanciados fisicamente das demais faculdades⁴⁹⁸.

Uma vez concluído o curso de direito, o bacharel, no Brasil, pode optar por diversos caminhos profissionais, que incluem: a política, a advocacia privada, a advocacia pública, a defensoria pública, o Ministério Público, a magistratura e a academia. De modo geral, nos países da família romano-germânica, a magistratura constitui uma carreira que se abraça no início da vida profissional, e o Brasil não foge a essa regra⁴⁹⁹. O ingresso na magistratura brasileira se dá mediante concurso público de provas e títulos, pelo qual, mais uma vez, o

⁴⁹⁷ Situação semelhante ocorre com a educação jurídica na Alemanha, sendo atribuída à origem romano-germânica do ordenamento jurídico alemão (KOMMERS, Donald P. *Germany: balancing rights and duties*. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 208).

⁴⁹⁸ PAZELLO, Ricardo P.; MASO, Tchenna F.; KOBORA, Igor Augusto L. Entre antropologia e direito: perplexidades no ensino jurídico. *Revista Direito e Práxis*, v. 3, n. 2, 2011. p. 71-87, grifou-se. No mesmo sentido, cf. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria dos direitos*, 2009, p. 43.

⁴⁹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Op. cit., p. 155. Nos países do *common law*, ao contrário, os juízes são geralmente escolhidos entre advogados que alcançaram grande reputação.

elemento predominante a ser avaliado é o conhecimento teórico do candidato, figurando a experiência prática, de três anos, apenas como um requisito a ser cumprido, sem que haja avaliação quanto à sua efetividade⁵⁰⁰. Tanto é assim que a comprovação da prática jurídica para tais fins pode ocorrer, exemplificativamente, através da participação anual em apenas cinco atos privativos de advogados em causas ou questões diferentes ou até mesmo pelo exercício da atividade de magistério superior que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico⁵⁰¹.

No concurso, avaliam-se os conhecimentos dos candidatos sobre noções gerais de direito e de formação humanística, abrangendo-se, em regra, conteúdos sobre sociologia do direito, psicologia judiciária, ética e estatuto jurídico da magistratura, filosofia do direito e teoria geral do direito e da política, bem como sobre direito civil, direito comercial, direito processual civil, direito penal, direito processual penal, direito constitucional, direito eleitoral, direito empresarial, direito tributário, direito ambiental, direito administrativo etc.⁵⁰². O melhor candidato é aquele que demonstra dispor de maior conteúdo dogmático. Não raramente, apenas após o ingresso na magistratura o bacharel será realmente confrontado com a necessidade de utilizar o conhecimento adquirido para atuar em demandas reais. É a partir de então, de forma atomizada e acidental, que logrará (ou não) reunir o instrumental necessário a fazer face às necessidades concretas.

3.4.2 Maximalismo no STF

Nas condições institucionais descritas acima, não é surpreendente a constatação de uma tendência dos ministros do Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos casos mais relevantes, a valer-se de categorias abstratas, de princípios gerais e de amplas citações

⁵⁰⁰ O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os concursos para a magistratura, conferindo-lhes um regime mais homogêneo, através da Resolução 75/2009, que exige, em seu art. 23, §1º, alínea “a”, que o candidato comprove três anos de prática jurídica após a conclusão do bacharelado e até a data da inscrição definitiva no certame. Essa resolução foi parcialmente alterada pelas Resoluções 118/2010 e 122/2010 do CNJ.

⁵⁰¹ Cf. art. 59 da Resolução 15/2009 do CNJ.

⁵⁰² Nos termos do art. 5º da Resolução 15/2009 do CNJ: “O concurso [para ingresso na magistratura] desenvolver-se-á sucessivamente de acordo com as seguintes etapas: I – primeira etapa - uma prova objetiva seletiva, de caráter eliminatório e classificatório; II – segunda etapa - duas provas escritas, de caráter eliminatório e classificatório; III – terceira etapa - de caráter eliminatório, com as seguintes fases: a) sindicância da vida pregressa e investigação social; b) exame de sanidade física e mental; c) exame psicotécnico; IV – quarta etapa - uma prova oral, de caráter eliminatório e classificatório; V - quinta etapa - avaliação de títulos, de caráter classificatório”. As provas objetivas e as provas escritas têm seu conteúdo mínimo definido conforme a carreira objeto do concurso (juiz federal, juiz estadual, juiz militar etc.). Sobre tal conteúdo mínimo, cf. arts. 47 e 49 da aludida resolução.

acadêmicas e até mesmo literárias com o propósito de produzir considerações genéricas e abrangentes sobre os temas que são chamados a decidir⁵⁰³. Afinal foram formados e avaliados com base em tais atributos. A capacidade de dissertar à exaustão e de demonstrar conhecimentos foi o que os destacou como estudantes, como candidatos a cargos públicos ou como juristas detentores de “notável saber jurídico”. Foi essa aptidão que os valorizou como profissionais⁵⁰⁴.

Ao lado de tais condicionantes institucionais, é possível, ainda, que a própria estrutura do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro seja, em parte, indutora de reflexões abstratas e teóricas por parte do STF. Como esclarecido no capítulo I, o Brasil combina duas espécies de controle da constitucionalidade: i) o controle difuso e incidental e ii) o controle concentrado e principal. No *controle difuso e incidental*, a discussão constitucional emerge de um litígio concreto, como questão prejudicial ao julgamento do mérito. No entanto, no *controle concentrado e principal* a ação é proposta com o fim de discutir a compatibilidade de uma norma com a Constituição *em abstrato*. Essa segunda modalidade de controle é um convite a considerações genéricas e abrangentes justamente porque não é deflagrada por uma demanda entre partes que disputam um determinado direito em concreto.

Ocorre que o controle abstrato, concentrado e principal da constitucionalidade das normas vem se expandindo nos últimos anos no Brasil e tem sido a sede de julgamentos de grande relevância. Os votos proferidos por alguns ministros nos casos de grande repercussão são carregados de referências literárias, religiosas, filosóficas, históricas e acadêmicas. São diversos os exemplos deste padrão nos casos já examinados. Apenas a título de ilustração, vale resgatar as manifestações proferidas por três ministros – os ministros Ayres Britto, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski – no julgamento sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510).

- i) O ministro Ayres Britto fez remissões em seu voto a Tom-Zé e a Ana Carolina, compositores nacionais; à poesia “Tabacaria”, de Fernando Pessoa; à conhecida afirmação de Descartes: “*cogito, ergo sum*”; ao perigo de se instalar no coração “o

⁵⁰³ Em sentido semelhante, cf. MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. Op. cit., p. 359.

⁵⁰⁴ Comentário semelhante é feito sobre o trabalho dos membros da Corte Constitucional alemã, afirmando-se que o típico voto destes juízes é “um exercício de academicismo enciclopédico” escrito “menos para o público em geral e mais para a comunidade jurídica”. (KOMMERS, Donald P. Germany: balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 210, tradução nossa). No original: “the typical german opinion is an exercise in encyclopedic scholarship” [...] “written less for the general public than for the academic legal profession”.

monstro da indiferença”, segundo expressão de Otto Lara Resende; à observação de Charles Fourier de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher”; a Santo Agostinho e a Santo Tomás de Aquino, no que respeita à discussão sobre o momento do surgimento da alma; a obras científicas sobre células-tronco; à doutrina de Ronald Dworkin e de Hans Kelsen entre outros juristas.

ii) O ministro Menezes Direito aludiu a obras teológicas de Santo Tomás de Aquino; ao diálogo epistolar entre o cardeal Carlo Maria Martini e Umberto Eco, sobre o início da vida; às posições de Tertuliano, de Santo Agostinho e de Aristóteles sobre o tema; a filósofos como Kant, Schopenhauer, Hume, Wittgenstein; a obras literárias, a exemplo de *Shikasta*, da autoria de Doris Lessing, prêmio Nobel de literatura. Elencou diversos eventos relevantes para o desenvolvimento da ciência, tais como a descoberta das bactérias pelo dono de armarinho Antony Van Leeuwenhoek; a descoberta do ponto gerador de óvulos, por Regnier de Graaf, médico anatomista; a criação dos antibióticos, a partir de experiências de Alexander Fleming; a descoberta do código genético, a partir do cientista Ross Granville Harrison. Mencionou obras científicas sobre o processo da fertilização *in vitro* e sobre métodos de extração de células-tronco com ou sem a destruição do embrião. Aludiu à regulamentação da pesquisa com células-tronco na Alemanha, na Grã-Bretanha, na Suécia, na Espanha, na Bélgica, em Portugal, nos Estados Unidos, no Canadá, no Japão, na China, na Coreia do Sul, em Cingapura e na Austrália. Fez remissões a diversos constitucionalistas nacionais e a casos julgados pela Suprema Corte norte-americana.

iii) O ministro Ricardo Lewandowski apresentou, em seu voto, um capítulo intitulado “Reflexões epistemológicas acerca da ciência”, em que fez alusões a Voltaire, D’Alembert, Diderot, Rousseau, D’Holbach, Spencer, Darwin, Comte, Heidegger, Jaspers, Merleau-Ponty, Sartre, Kierkegaard, Edmund Husserl, entre outros, aparentemente com o propósito de registrar os malefícios que decorreram do uso indevido das ciências, exemplificando com as Guerras Mundiais, o efeito estufa, o buraco da camada de ozônio, os danos ambientais decorrentes da “industrialização desenfreada”, o acidente nuclear de Chernobyl e as deformidades causadas pelo anti-inflamatório Talidomida. Mencionou a obra *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, e os riscos relacionados à manipulação genética. Abordou o tratamento dado à bioética no plano internacional, a regulação da pesquisa em países estrangeiros, mencionou

autores e filósofos que se debruçaram sobre a discussão do momento em que tem início a vida etc.

A abordagem dos ministros no que respeita especificamente à questão de direito que lhes é submetida nos casos relevantes e de repercussão tende a ser ampla, abrangente, a fazer uso de princípios e, muitas vezes, a afirmar entendimentos que excedem os limites da matéria em exame e/ou que antecipam como decidiriam casos futuros. Mais uma vez, os casos examinados no capítulo anterior fornecem alguns exemplos que confirmam essas assertivas e demonstram que a abordagem maximalista pode ser empregada como um recurso estratégico para fazer avançar o direito em determinada direção:

i) No RE 397762/BA, em que figurava como recorrida “Joana da Paixão Luz”, o ministro Ayres Britto defendeu que a “companheira” de um homem casado, que vivera por toda a vida duas relações estáveis e concomitantes, teria direito a dividir a pensão com a esposa oficial, uma vez que tal relação se caracterizaria como união estável e que não caberia ao direito fazer um juízo de valor sobre escolhas sentimentais. Ao defender essa tese, o ministro fez questão de frisar, como já observado, que a discussão se assemelhava ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, antecipando que reconheceria a união estável entre casais homoafetivos e os pertinentes direitos previdenciários. Ocorre que se tratava, no caso concreto, de uma relação heteroafetiva.

ii) Na ADIn 3510, o ministro Gilmar Mendes, ao examinar a constitucionalidade da norma que dispôs sobre o uso de células-tronco embrionárias humanas para fins de pesquisa e terapia, dissertou longamente sobre a legislação de outros países como Alemanha, Austrália, França, Espanha e México, demonstrando que a regulação prevista na Lei de Biossegurança brasileira era insuficiente. Valeu-se, ainda, de decisões do Tribunal Constitucional alemão para defender a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade da norma, em razão do tratamento deficiente dado ao assunto. No entanto, ao final, declarou a validade da lei impugnada, desde que houvesse prévia autorização e aprovação das pesquisas e terapias por órgão central da administração.

iii) Na ADIn 3105, o ministro Joaquim Barbosa, ao reconhecer a constitucionalidade da contribuição previdenciária de servidores públicos inativos, sustentou a inexistência de direito adquirido contra a não tributação. Este argumento bastava para fundamentar suas conclusões. Mas o ministro foi além e defendeu, ainda, que as cláusulas pétreas previstas na Constituição deveriam receber interpretação restritiva, sob pena de limitarem o direito do povo à sua autodeterminação e de consagrarem entendimento conservador voltado à manutenção de privilégios⁵⁰⁵.

Não se pode deixar de mencionar, por fim, neste rol meramente exemplificativo de manifestações maximalistas, os votos proferidos pelo ministro Celso de Mello, considerado por alguns o expoente do modelo maximalista no STF, por suas manifestações amplas e pelo esforço de “deixar tudo decidido”⁵⁰⁶. Também ele, ao afirmar a impossibilidade de conhecimento da ADIn 3300 MC/DF, por razões de índole formal, sugeriu a viabilidade de discutir as uniões estáveis homoafetivas em sede de uma futura arguição de descumprimento de preceito fundamental, antecipando seu entendimento favorável ao reconhecimento de tais uniões, com base no princípio da dignidade humana e nos direitos à liberdade, à autodeterminação, à igualdade, ao pluralismo, à intimidade, à não discriminação e à busca da felicidade. Apesar de não admitir a ADIn 3300, por razões formais, o ministro antecipou suas conclusões quanto a seu mérito⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ ADIn 3105.

⁵⁰⁶ SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. Op. cit., p. 132.

⁵⁰⁷ A ementa da decisão, após esclarecer a inviabilidade da ação por razões de índole formal, observava: “NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?” No corpo da decisão, o ministro registrou ainda: “Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais” (Informativo 414, STF, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>, acesso em 27 nov. 2012).

Ainda que se reconheça que o comportamento dos ministros pode variar, adotando-se uma atitude minimalista aqui e acolá⁵⁰⁸, a inclinação do Supremo Tribunal Federal para o maximalismo, sobretudo nos casos relevantes, é notória, havendo, ainda, entre os ministros, a prática de ler, durante as sessões plenárias, algumas vezes, por horas a fio, os longos votos produzidos⁵⁰⁹. Tal inclinação possivelmente é produto da combinação das múltiplas referências já citadas⁵¹⁰, reforçadas pela visibilidade e pela reputação que um “bom desempenho” pode proporcionar, tendo em conta a ampla publicidade dada pela imprensa a alguns casos, bem como o fato de serem televisionadas as sessões do pleno do STF⁵¹¹.

A exceção apontada pelos autores é a ministra Ellen Gracie, cujo comportamento judicial apresentaria uma tendência a votos mais objetivos e concisos, sobretudo no que respeita a questões científicas complexas⁵¹², como a nocividade do amianto e as pesquisas com células-tronco, casos em que chamou a atenção de seus colegas para o fato de que o

⁵⁰⁸ SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. Op. cit., p. 107-142, em especial p. 139.

⁵⁰⁹ Sobre tais leituras, Luís Roberto Barroso já observou: “A leitura de votos extremamente longos, ainda quando possa trazer grande proveito intelectual para quem os ouve, torna os tribunais disfuncionais. Com o respeito e o apreço devidos e merecidos – e a declaração é sincera, e não retórica –, isso é especialmente verdadeiro em relação ao Supremo Tribunal Federal. Registro, para espantar qualquer intriga, que o tribunal, sob a Constituição de 1988, vive um momento de virtuosa ascensão institucional, com sua composição marcada pela elevada qualificação técnica e pelo pluralismo. Todos os meus sentimentos, portanto, são bons, e o comentário tem natureza construtiva. O fato é que, nas sessões plenárias, muitas vezes o dia de trabalho é inteiramente consumido com a leitura de um único voto. E a pauta se acumula. [...] Não há problema em que a versão escrita do voto seja analítica. A complexidade das questões decididas pode exigir tal aprofundamento. Mas a leitura em sessão deveria resumir-se a vinte ou trinta minutos, com uma síntese dos principais argumentos. Ou, em linguagem futebolística, um compacto com os melhores momentos” (BARROSO, Luís Roberto. A revolução da brevidade. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 17 jul. 2008). Cf., ainda, sobre a predominância do maximalismo no Supremo Tribunal Federal: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 163-168.

⁵¹⁰ Em sentido semelhante, Conrado Hübner Mendes observa: “Não se pode deixar de mencionar uma certa tendência de estilo [dos ministros do STF] que foge aos padrões mais desejáveis de uma boa fundamentação constitucional. Cada voto é geralmente pensado como uma peça de erudição individual, quando não escorrega para exercícios beletristas fora de lugar, ou quando não reproduz o estilo de um manual didático enciclopédico, perdendo qualquer contato com o caso concreto. Há um apego evidente à autoria individual, e não à autoria institucional. Decisões são frequentemente prolixas e apelam para um grande volume de argumentos de autoridade, em prejuízo da formulação de uma posição coesa e transparente, simples e objetiva. Em suma, tudo isso mostra a prevalência do caráter agregativo do tribunal, e é sinal de seu baixo grau de institucionalidade (Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359).

⁵¹¹ Este último aspecto será aprofundado adiante, no capítulo 5.

⁵¹² SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. Op. cit., p. 138.

Supremo Tribunal Federal não era “uma academia de ciências”⁵¹³. No entanto, essa inclinação da ministra não parece ser percebida de forma muito positiva pela imprensa, que coleciona referências ao seu “mutismo” e não a inclui entre os ministros do STF capazes de discutir uma questão “com profundidade e desenvoltura”⁵¹⁴. A cultura jurídica brasileira, dos técnicos aos leigos, parece sofrer a influência de mecanismos institucionais que favorecem, quando não compelem, à adoção de uma atitude maximalista. Em outras palavras, o que se espera de um bom ministro são exposições teóricas amplas, profundas e de preferência lançadas em muitas laudas.

3.4.3 Cosmopolitismo judicial

As considerações acima indicam, ainda, que os ministros do Supremo Tribunal Federal fazem uso recorrente do direito internacional e do direito estrangeiro na fundamentação de suas decisões. Valem como exemplo, entre os casos listados no item anterior, os votos dos ministros Ayres Britto, Menezes Direito, Lewandowski e Gilmar Mendes na ação que versou sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, votos esses repletos de alusões à legislação e às decisões judiciais de países estrangeiros.

Uma multiplicidade de fatores contribui para a permeabilidade entre o direito constitucional brasileiro, o direito internacional e os direitos estrangeiros. Como já observado, o direito brasileiro possui origem romano-germânica. Esse sistema foi desenvolvido por universidades situadas em diversos países europeus, como um modelo de direito e de justiça comum a toda a Europa. Portanto, o recurso a reflexões “transnacionais” não é estranho aos países de raiz romano-germânica. Do mesmo modo, a colonização portuguesa inspirou, entre os juristas brasileiros, uma atitude “beletrista”, que valorizava experiências e conteúdos produzidos no estrangeiro, particularidade que também contribuiu para o estudo e para as referências feitas ao direito internacional e ao direito comparado⁵¹⁵.

⁵¹³ ADIn 3510, p. 212, e ADIn 3937, p. 137. Cf., ainda, as manifestações da ministra Ellen Gracie no RE 353657 (sobre o crédito prêmio presumido de imposto sobre a produção industrial), em que alterou seu entendimento anterior acerca da questão com fundamentação bastante sintética, e nas ADIns 1351 e 1354, em que apenas aderiu ao entendimento da maioria sobre a inconstitucionalidade da cláusula de barreira criada pela Lei 9096/1995.

⁵¹⁴ CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. Revista Piauí, São Paulo, Op. cit., p. 41.

⁵¹⁵ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Op. cit., p. 29 e ss. e; VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

Diversos institutos do direito constitucional brasileiro têm inspiração no direito estrangeiro. O sistema difuso de controle da constitucionalidade foi baseado no modelo norte-americano. O sistema concentrado teve por ponto de partida o modelo austríaco-europeu. Os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade foram construídos pela jurisprudência, a partir da formulação que receberam nos Estados Unidos da América e na Alemanha. Novas técnicas do controle de constitucionalidade, como a interpretação conforme a constituição e a utilização de decisões manipulativas aditivas ou substitutivas, se baseiam em institutos desenvolvidos na Alemanha e na Itália.

A própria Constituição de 1988 confere destaque ao direito internacional em matéria de direitos humanos, prevendo que as relações internacionais do Brasil observarão a prevalência de tais direitos (art. 4º, II); estabelecendo que o país buscará a integração com os demais povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, par. único); dispondo que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais em que o país seja parte (art. 5º, § 2º); e determinando a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Por fim, a Emenda Constitucional 45/2004 conferiu *status* de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados como tal (art. 5º, § 3º, CF).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em julgamento histórico, realizado no ano de 2008, modificou seu entendimento quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos. Durante muitos anos, predominara no Tribunal a tese de que os tratados tinham o mesmo *status* de leis ordinárias, podendo ser revogados por estas, a despeito do compromisso assumido pelo país em âmbito internacional. Ao apreciar o RE 466.343, o STF decidiu que os tratados não aprovados como emenda à Constituição possuem *status* infraconstitucional, porém *supralegal*. Em razão disso, a norma ordinária que conflite com tais tratados deve ter a sua eficácia paralisada⁵¹⁶.

Os debates travados sobre o tema, durante o julgamento antes aludido, levaram o ministro Cezar Peluso, relator do feito, a aditar seu voto, sustentando que os tratados de direitos humanos, no campo jurídico, são responsáveis por fenômeno semelhante à globalização em matéria econômica, tendo os direitos humanos se tornado “um valor fundante de interesse de toda a humanidade”.

⁵¹⁶ RE 466.343, j. 03 dez. 2008, DJ 05 jun. 2009, Pleno, rel. min. Cezar Peluso.

Eu estava até recentemente algo hesitante em relação à taxinomia dos tratados em face da nossa Constituição, mas estou seguramente convencido, hoje, de que [o que] a globalização faz e opera em termos de economia no mundo, a temática dos direitos humanos deve operar no campo jurídico. Os direitos humanos já não são propriedade de alguns países, mas constituem valor fundante de interesse de toda humanidade.⁵¹⁷

A utilização argumentativa do direito internacional e do direito comparado pelo Supremo Tribunal Federal é tão presente em sua jurisprudência que alguns autores propõem a adoção do “princípio do cosmopolitismo” como princípio específico da interpretação constitucional brasileira. Segundo este princípio, ainda que o direito estrangeiro em matéria de direitos humanos não vincule, de modo absoluto, os intérpretes da Constituição, o STF deve lhe conferir o devido “peso argumentativo” sobretudo em tema de direitos fundamentais. A experiência estrangeira se prestaria, neste caso, a oferecer diversos pontos de vista sobre tais direitos, cuja incorporação ao debate constitucional é relevante e permite um aprendizado recíproco. Além disso, consensos globais em torno de ideias como democracia e direitos humanos viabilizariam o diagnóstico de entendimentos locais inconsistentes⁵¹⁸.

Tais autores ressaltam, contudo, a necessidade de evitar a importação acrítica de institutos e de argumentos que “se manifesta em nossa cultura jurídica, de imitar modelos e modismos alienígenas, muitas vezes visivelmente imprestáveis para o nosso contexto”, devendo-se rejeitar certa “postura de deslumbramento servil com tudo o que vem de fora”⁵¹⁹.

520

⁵¹⁷ RE 466.343, p. 1305.

⁵¹⁸ Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “Existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias ‘migram’. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas no diálogo. Esse é um lado bastante positivo da globalização. [...]. Com isso, ampliou-se a possibilidade real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também ‘discursiva’: não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 450-455). Em sentido semelhante, cf. MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. Op. cit., p. 351.

⁵¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 454.

⁵²⁰ Na prática norte-americana, o cosmopolitismo judicial suscita resistências em parte da comunidade jurídica. Afirma-se que a citação de decisões estrangeiras constitui uma tentativa de mistificar o processo decisório, como se ele se baseasse em critérios objetivos; que a utilização do direito estrangeiro desrespeita a soberania do país e violaria o processo democrático, ao fazer uso de decisões produzidas por magistrados que não foram eleitos ou indicados por autoridades eleitas pelo povo norte-americano; que o alcance da tutela dos direitos fundamentais sujeita-se a contingências culturais, históricas e sociais; e que decisões

3.4.4 Estrutura do processo colegiado de decisão no STF

Como já apontado acima, as duas principais vias de acesso ao Supremo Tribunal Federal para a discussão de matéria constitucional são: i) o recurso extraordinário, no caso do controle difuso e incidental; e ii) as ações diretas, típicas do controle concentrado e principal⁵²¹. Recebido o recurso ou protocolada a ação, os casos são distribuídos por sorteio e, portanto, aleatoriamente, para a relatoria de um dos ministros. A exceção está na distribuição por prevenção, nos casos em que houver conexão ou continência com recurso ou ação já distribuídos⁵²², ou, ainda, nas ações diretas, quando houver coincidência total ou parcial de objeto entre elas⁵²³.

O Supremo Tribunal Federal é composto pela presidência, por duas turmas, cada qual integrada por cinco ministros, e pelo plenário, órgão em que todos os onze ministros têm assento. A declaração da constitucionalidade de uma norma no controle difuso e incidental pode ser proferida pelas turmas. Cabe, todavia, ao plenário o julgamento de todas as ações diretas que integram o controle concentrado e principal, bem como a declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso e incidental. Por isso, na prática, os ministros encaminham ao plenário os casos em que consideram presente uma arguição de inconstitucionalidade que seja relevante⁵²⁴. O plenário concentra, portanto, as decisões mais

estrangeiras são produzidas em realidades sociais, políticas e institucionais complexas, sendo difícil verificar a sua legitimidade. No entanto, segundo outros autores, a Suprema Corte atribui aos julgados estrangeiros mera autoridade persuasiva e, geralmente, os utiliza como argumento de reforço e não como o principal fundamento das suas decisões, havendo um certo exagero nas críticas dirigidas ao cosmopolitismo judicial (TUSHNET, Mark. *The United States: eclecticism in the service of pragmatism*. Op. cit., p. 7-55; TUSHNET, Mark. *When is knowing less better than knowing more? Unpacking the controversy over Supreme Court reference to non-U.S. Law*. *Minnesota Law Review*, v. 90, 2006, p. 1277 e ss.; SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 189-209; WALDRON, Jeremy. *Foreign law and the modern ius gentium*. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129, 2005; POSNER, Richard A. *Foreword: A political court*. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 41, 2005. p. 85 e ss; POSNER, Richard A. *How judges think*. Op. cit., p. 350-353).

⁵²¹ Interessa a este trabalho o comportamento judicial do STF no exercício do controle de constitucionalidade. As suas competências, entretanto, são mais amplas, estando previstas no artigo 102 da Constituição Federal.

⁵²² De acordo com os arts. 103 e 104 do Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir; e haverá continência entre duas ou mais ações sempre que houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, e o objeto de uma, por ser mais amplo, abranger o das outras.

⁵²³ Art. 69 e art. 77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RI/STF).

⁵²⁴ Art. 22, RI/STF.

importantes em matéria constitucional. Por essa razão, a presente análise se centrará neste órgão.

O processo decisório no plenário do Supremo Tribunal Federal segue o seguinte rito. Uma vez distribuído o recurso ou a ação ao relator, este examinará o processo, lançará o seu relatório, distribuirá cópia deste aos demais ministros⁵²⁵ e pedirá ao presidente a designação de dia para julgamento⁵²⁶. Cabe ao presidente do Tribunal a determinação dos processos que integrarão a sua pauta⁵²⁷. Na sessão de julgamento, após a apresentação do relatório, é facultada aos advogados a realização de sustentação oral. Concluído o debate oral, o presidente toma os votos do relator e de todos os outros ministros, na ordem inversa de antiguidade⁵²⁸, podendo, ainda, qualquer dos ministros requerer vista dos autos, hipótese em que se suspende o julgamento⁵²⁹.

O *quorum* para a votação de matéria constitucional e para a declaração de inconstitucionalidade é de oito ministros⁵³⁰. Se o relator for vencido, a redação da decisão caberá ao ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente. Geralmente, sobretudo nos casos de maior repercussão, todos os ministros produzem votos escritos. Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal incluem o relatório, a transcrição da discussão da causa e os votos fundamentados de cada um dos ministros, cujo inteiro teor consta dos autos dos respectivos processos e é disponibilizado no site do Tribunal. As conclusões e a ementa do acórdão são publicadas no *Diário da Justiça*.

As sessões de julgamento do plenário são públicas e, mais do que isso, televisionadas. A Lei 10.461/2002 previu um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à justiça. Segundo a justificação do projeto de lei que lhe deu origem, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo já dispunham de um canal para a divulgação de suas atividades, e a adoção da mesma providência para o STF permitiria que os cidadãos aumentassem seus conhecimentos sobre o modo de operar da justiça no Brasil, aproximando o Judiciário da sociedade.

⁵²⁵ Art. 87, RI/STF.

⁵²⁶ Art. 172, RI/STF.

⁵²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Op. cit., p. 41. Segundo o autor: “A pauta das sessões plenárias é elaborada pelo presidente da Corte, que seleciona, com razoável grau de discricção, as prioridades. A própria ordem de inserção de um processo na pauta pode ter repercussão sobre o resultado do julgamento”.

⁵²⁸ Art. 135, RI/STF.

⁵²⁹ Art. 134, RI/STF.

⁵³⁰ Art. 97, CF; art. 22, Lei 9.868; art. 143, parágrafo único, RI/STF.

3.4.4.1 Modelo agregativo e externo no STF

O processo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal constitui um caso extremo de adoção do *modelo agregativo e externo* de decisão⁵³¹. O STF não se pronuncia por um julgado único, de consenso, proferido como o entendimento do Tribunal como instituição. Suas decisões correspondem, ao contrário, à *agregação*, ao *somatório das conclusões* dos votos individuais de cada um dos ministros, sequer se adotando a prática norte-americana pela qual os entendimentos dos juízes são agrupados em um voto que representa o entendimento majoritário, um voto que representa o entendimento minoritário e, eventualmente, em voto(s) concorrente(s)⁵³².

Além disso, no caso brasileiro, como regra, a proclamação do resultado do julgamento abrange apenas o *dispositivo* adotado pela maioria. Não se define, na mesma oportunidade, a tese jurídica ou a razão de decidir vencedora, que serviu de base para a decisão. Nessas condições, a determinação da *ratio decidendi*, essencial para a compreensão do julgado, passa a competir aos demais atores que interagem com o STF – como os órgãos jurisdicionais inferiores, a administração pública e os jurisdicionados de modo geral. Tais atores é que deverão confrontar os votos dos ministros com o propósito de identificar a tese jurídica adotada em comum pela maioria.

A tarefa não é nada fácil. Em primeiro lugar, todo e qualquer texto escrito depende de interpretação para a sua exata compreensão. Não raramente, os ministros adotam múltiplos fundamentos para chegar a uma determinada conclusão, não ficando claro se cada fundamento, autonomamente, teria o condão de sustentar o julgado. Além disso, como já demonstrado, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm uma tendência ao maximalismo,

⁵³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013; e O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Op. cit., p. 197-227; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Op. cit., p. 39-41; BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto. Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Op. cit., p. 5-7; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. cit., p. 265-271; SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A3, Maio 11, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. Op. cit., p. 337-361.

⁵³² Como já esclarecido, há dois tipos de votos concorrentes no modelo norte-americano. Há a *concorrência simples*, pela qual um juiz que integra a maioria, sem prejuízo de concordar com a decisão, opta por produzir uma manifestação escrita. Já no caso da *concorrência especial*, o magistrado concorda com o desfecho do caso, mas discorda das razões de decidir.

produzindo fundamentações extensas, genéricas e abrangentes sobre as questões que são chamados a examinar. Por conseguinte, identificar a razão de decidir em comum em seus votos pressupõe o exame, em detalhe, de centenas de páginas, para cada assunto levado a debate no STF, e nem sempre se chega a conclusões unívocas.

Não é incomum, ademais, que a ementa do julgado e o voto proferido pelo relator não representem com exatidão os argumentos adotados pelo colegiado como um todo, uma vez que, pelos motivos já expostos, os ministros, em suas manifestações, falam por si mesmos individualmente e não pelo Supremo Tribunal Federal como instituição. Assim, aqueles que procuram compreender os precedentes do STF a partir da ementa e do voto do relator muitas vezes são induzidos em erro⁵³³.

Ocorre que a *ratio decidendi* (ou *holding*) de um julgado tem uma função relevantíssima, que consiste justamente em definir o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, de modo a orientar os julgamentos das instâncias inferiores, bem como a conduta da administração pública e dos jurisdicionados em geral. No caso de um sistema de precedentes vinculantes, uma clara determinação da *ratio decidendi* é essencial para que tal entendimento efetivamente vincule os tribunais e a administração pública. Em qualquer situação e mesmo quando não for o caso de atribuir à *ratio decidendi* caráter vinculante, sua indefinição compromete a força da decisão como precedente e dificulta a compreensão do pensamento do STF.

A adoção de uma Constituição prolixa, composta por mais de duas centenas de artigos, emendada tantas vezes, associada a tal sistema decisório é, ainda, inibidora de uma cultura de participação popular na definição do significado da Constituição. Para que o cidadão comum possa compreender o que está sendo debatido ou decidido pelo Supremo Tribunal Federal é necessário que este último se comunique de forma clara e concisa.

⁵³³ Um exemplo marcante de tal assertiva está na ementa do acórdão que julgou a ADPF 130. Nessa ação, como já relatado no capítulo anterior, seu relator, o ministro Ayres Britto, manifestou entendimento pessoal segundo o qual a Lei de Imprensa produzida durante a ditadura deveria ser declarada incompatível com a Constituição de 1988, quer porque seu conteúdo a violava expressamente, quer porque não seria cabível qualquer lei que, a pretexto de regular, estabelecesse restrições à liberdade de expressão. Este foi o entendimento que constou da ementa do acórdão e do voto do relator. Entretanto, o Supremo não o acolheu integralmente. Embora a maioria tenha reconhecido a inconstitucionalidade da norma, seus integrantes ressaltaram o não acolhimento da tese perfilhada pelo relator no sentido da impossibilidade absoluta de regulação da liberdade de imprensa por lei. Cf. BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto. Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Op. cit., p. 5; e BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. cit., p. 267-268.

Duas providências poderiam minimizar as dificuldades identificadas acima com o modelo agregativo. A primeira delas consiste em estabelecer um procedimento pelo qual o voto do relator, ou uma minuta dele, circule para os demais ministros anteriormente à sessão. Essa medida poderia ensejar alguma reflexão e troca de opiniões sobre o caso antes do julgamento e permitiria que aqueles que estivessem de acordo com tal voto simplesmente aderissem a ele ou, através de uma manifestação concorrente, lhe fizessem acréscimos. Com isso, evitar-se-ia a produção de extensos votos por cada juiz que integrará a maioria.

A segunda providência seria atribuir ao relator do caso a função de redigir – em nome do Supremo Tribunal Federal e não em nome próprio – uma ementa que sintetizasse as questões debatidas e decididas pelo Tribunal, com a definição expressa da tese jurídica ou da razão de decidir adotada pela maioria. A redação da referida ementa poderia ser proposta na própria sessão de julgamento ou posteriormente, devendo ser aprovada pelos ministros que aderiram à tese vencedora. Esta segunda providência não excluiria a apresentação de votos individuais, mas facilitaria a compreensão pelo público do que efetivamente restou decidido pelo colegiado do STF⁵³⁴. Teria, ainda, a virtude de induzir o Tribunal a fazer um esforço para produzir um precedente de autoria institucional e, mesmo que nesta estreita medida, provocaria maior interação entre os ministros.

A mera agregação de votos desconsidera o valor do processo colegiado para a obtenção da “melhor decisão”. Este processo pressupõe, em primeiro lugar, a efetiva troca de pontos de vista entre os membros do Tribunal e a disposição destes para considerar novos argumentos, para enfrentá-los em seus votos e para alterar seus entendimentos quando for o caso. Essa postura é essencial para confrontar as pré-compreensões e, portanto, a subjetividade dos juízes com percepções diversas das suas, a fim de que não julguem aprisionados por seu próprio *background*. Em alguma medida, a deliberação pode minimizar a influência da subjetividade em casos difíceis⁵³⁵.

O modelo decisório do Supremo Tribunal Federal é, ainda, *externo*. As audiências de julgamento são públicas, as manifestações de voto e os debates travados entre os ministros são transcritos, anexados ao processo e disponibilizados na internet. As ementas e conclusões

⁵³⁴ BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto. Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Op. cit., p. 5-7; BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: As ruas, a opinião pública, a Constituição e o Supremo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opiniaopublica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

⁵³⁵ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. Op. cit., p. 337-361.

de julgamento são publicadas no *Diário de Justiça* e, por fim, o que se considera o traço distintivo mais original de nosso sistema, os julgamentos do plenário são transmitidos ao vivo, por uma televisão oficial, o que os torna plenamente acessíveis à imprensa e a uma parcela substancial da população.

As repercussões do modelo externo de votação sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal serão analisadas à frente, quando do exame da relação do Tribunal com a opinião pública, mas, como é intuitivo, esse modelo torna os ministros mais preocupados com seu desempenho individual, sobretudo em julgamentos de grande repercussão. Este fato pode dificultar a deliberação no STF.

3.4.4.2 Polarização e neutralização ideológica no STF

Como já mencionado anteriormente, a polarização e a neutralização ideológica em um órgão colegiado constituem fenômenos decorrentes da aversão ao dissenso e esta é menos comum em colegiados maiores, como é o caso do pleno do Supremo Tribunal Federal. Nos colegiados maiores, o poder de barganha de um juiz é menor porque seu entendimento, isoladamente, é pouco determinante da decisão final. Além disso, em um modelo externo de votação, dissentir traz o benefício de dar visibilidade ao juiz e de estabelecer a sua comunicação com os demais atores que pensam como ele.

Entretanto, a jurisprudência do STF apresenta alguns casos de neutralização ideológica. Mais uma vez, as ações diretas em que se examinou o reconhecimento das uniões homoafetivas constituem um exemplo do fenômeno. Em seu julgamento, o Tribunal se dividiu em dois blocos. O bloco progressista, favorável ao amplo reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, foi capitaneado pelo relator do processo, ministro Ayres Britto. Este bloco considerava que tais uniões se enquadravam como entidades familiares, tal como previstas constitucionalmente, e deveriam se submeter ao mesmo regime jurídico aplicável às uniões estáveis. O bloco conservador compunha-se pelo ministro Gilmar Mendes, pelo ministro Cezar Peluso e pelo ministro Ricardo Lewandowski, que resistiam a conferir às uniões homoafetivas o mesmo tratamento dado às uniões estáveis entre homem e mulher.

Ao final das manifestações de voto, estava claro que o pensamento dominante no Supremo Tribunal Federal era aquele do bloco progressista. O entendimento do bloco conservador não se sagraria vencedor, quer adotando uma argumentação mais conservadora, quer adotando uma argumentação moderada. Chegou-se, então, a uma decisão de acomodação que evitou uma divergência mais contundente por parte do bloco conservador. Ainda que este

último recusasse às uniões homoafetivas regime jurídico idêntico àquele aplicado às uniões estáveis heteroafetivas, entendeu-se que a decisão do STF, favorável a tais uniões, era proferida pela unanimidade de seus membros, já que o bloco conservador também reconhecia a sua relevância jurídica.

Acomodou-se, então, a divergência, consignando-se na ementa do acórdão que tal bloco divergia apenas da possibilidade de “ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas”, o que, na prática, significava a recusa de aplicação de regime jurídico idêntico àquele incidente sobre as uniões heteroafetivas. Os juízes divergentes entendiam que os casais homoafetivos compunham uma família semelhante, porém não necessariamente igual às famílias heteroafetivas, e que a matéria deveria ser tratada pelo legislador.

A acomodação do teor da ementa permitiu uma sutil neutralização ideológica do bloco conservador. Uma decisão unânime convinha ao Supremo, pois o reconhecimento das uniões homoafetivas constituía uma decisão histórica, acompanhada por amplos setores da imprensa e da comunidade jurídica. A neutralização ideológica, em tais termos, provavelmente convinha também ao bloco conservador, pois moderava a reação dos mesmos atores ao entendimento deste bloco, ao mesmo tempo em que a ressalva inserida na ementa mantinha os membros divergentes fiéis às suas convicções e às convicções de seus grupos de identificação⁵³⁶.

Por outro lado, a diversidade ideológica e sua manifestação expressa podem ser importantes para prover os órgãos colegiados de diferentes pontos de vista e para provocar a moderação dos julgados. A atuação do ministro Joaquim Barbosa é um exemplo deste fato. Quando de seu ingresso no STF, o ministro declarou à imprensa que pretendia levar ao Tribunal sua própria visão de mundo, marcada por suas experiências de vida⁵³⁷. Essas

⁵³⁶ Virgílio Afonso da Silva observa, ainda, que o sistema agregativo e externo de decisão do Supremo Tribunal Federal e a ordem de votação adotada no Tribunal ensejam resultados subótimos do ponto de vista do pensamento efetivamente dominante no Tribunal. Quando os juízes desconhecem o entendimento dos demais colegas com precisão, é possível que deixem de votar pela decisão que consideram a ideal e votem estrategicamente pela decisão que consideram de mais fácil aprovação. Quando a maioria concorda quanto à decisão ideal, mas desconhece o voto sincero de cada integrante, a maioria alcançará decisão divergente daquela que constituía a sua primeira opção (SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. Op. cit., p. 570-572).

⁵³⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Vivi muita pobreza até os 17 anos*. *Estado de São Paulo*. São Paulo, 8 maio 2003, p. A9, Nacional. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2003_maio_08_002.pdf>. Acesso em: 30 mar 2012.

experiências incluíam uma origem humilde, a luta contra a superação do preconceito racial, uma educação de alto nível e a experiência como membro do Ministério Público.

Desde então, o ministro Joaquim Barbosa deu entrevistas declarando sua preocupação com a monopolização da agenda do STF pelas elites. Defendeu o não trancamento de ação penal contra magistrado, apesar das imperfeições da denúncia, afirmando a necessidade de moralização da máquina pública. Mostrou-se avesso a entendimentos garantistas no julgamento de operações da polícia federal. Afirmou que o mandato pertence ao deputado e não aos partidos, em razão da preocupação de dominação dos partidos pelas elites. Votou contra a não recepção parcial da Lei de Imprensa, a fim de preservar o direito de resposta e a proteção a grupos minoritários, reforçando que essa liberdade também pressupõe uma imprensa não concentrada nas mãos de algumas poucas empresas, como ocorreria em algumas unidades da federação. Manifestou-se pela aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa, afirmando que o princípio da moralidade pública deveria prevalecer sobre os direitos políticos individuais de candidatos que pretendiam concorrer nas eleições. Por fim, relatou o julgamento do Mensalão, caso que resultou na condenação penal de diversas autoridades públicas.

Em muitos julgados, o ministro Joaquim Barbosa ficou vencido, mas trouxe um importante contraponto aos entendimentos dominantes no Supremo Tribunal Federal e provocou debates (muitas vezes acalorados) entre os ministros, embora nem sempre tais debates tenham despertado uma postura deliberativa. Ao contrário, em alguns momentos, a rispidez das discussões expunha ministros fechados em suas próprias convicções e refratários à diversidade. Mesmo assim, a atuação do ministro Joaquim Barbosa tem proporcionado ao STF – ambiente no qual possivelmente predominam membros de uma elite social – uma visão de mundo contestadora, que demonstra como o comportamento do próprio Supremo pode reforçar as desigualdades sociais. As colocações do ministro seguramente enriquecem o processo decisório do Tribunal e demonstram a importância da diversidade ideológica e da consideração abrangente dos mais diversos argumentos para os julgamentos do STF.

3.4.4.3 Estratégia e negociação no STF

As normas que regulam o julgamento dos recursos extraordinários e das ações diretas pelo Supremo Tribunal Federal são muito diferentes daquelas que regem o processo decisório da Suprema Corte norte-americana, a começar pela designação do relator, que, diferentemente do que ocorre na última, segue a regra da distribuição aleatória e por sorteio, traduzindo um

critério que pretende evitar as interferências ideológicas nesta etapa. O STF goza, ainda, de uma liberdade menor do que aquela experimentada pela Suprema Corte para escolher os assuntos sobre os quais julgará.

Os recursos extraordinários deverão ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal sempre que versarem sobre matéria constitucional e desde que atendam ao requisito de repercussão geral⁵³⁸. A repercussão geral será considerada presente quando o recurso versar sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, prevendo-se que haverá repercussão geral sempre que se impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF. O *quorum* mínimo para decisão em favor da existência de repercussão geral é de quatro votos.⁵³⁹

O requisito de repercussão geral deu ao Supremo Tribunal Federal alguma margem para inadmitir recursos que veiculem discussões de pequena relevância para a coletividade, mas não se trata de uma decisão puramente discricionária. Na apreciação de tal requisito, assim como nos casos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados em geral, haverá uma zona de certeza positiva quanto à presença da repercussão geral, uma zona de certeza negativa e uma zona cinzenta, quando o STF estará relativamente mais livre para decidir sobre a admissão ou não do recurso.

Por outro lado, anteriormente à introdução do requisito de repercussão geral no sistema, por meio da Lei 11.418/2006, o Supremo Tribunal Federal já havia desenvolvido uma jurisprudência defensiva, que ensejava a redução do número de recursos extraordinários admitidos a julgamento. Assim, alguns enunciados publicados pelo STF previam, exemplificativamente, o *não cabimento* de recurso extraordinário: para simples reexame de prova (Súmula 279, STF); por ofensa a direito local (Súmula 280, STF); quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada (Súmula 282, STF); quando a deficiência na fundamentação do recurso comprometesse a compreensão da controvérsia (Súmula 284, STF); quando não tivessem sido opostos embargos declaratórios contra o ponto omissis da decisão (Súmula 356, STF); para simples interpretação de cláusulas contratuais (Súmula 454, STF); e para a apreciação de violação meramente reflexa à Constituição Federal (Súmula 636, STF). A invocação formal desta jurisprudência defensiva, em algumas hipóteses, prestava-se

⁵³⁸ Cf. art. 102, inc. III, CF, que prevê o cabimento de recurso extraordinário contra decisões que: i) contrariarem dispositivo da Constituição; ii) declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; iii) julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; iv) julgarem válida lei local contestada em face de lei federal.

⁵³⁹ Cf. art. 2º da Lei 11.418/2006, que inseriu no Código de Processo Civil o art. 543-A.

ou presta-se, estrategicamente, a evitar o julgamento de mérito de matérias pouco relevantes ou inconvenientes para o Supremo.

Situação muito semelhante pode ser verificada quanto à jurisprudência pertinente ao cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. As decisões do Supremo Tribunal Federal foram reduzindo seu escopo, ao prever, defensivamente, o seu não cabimento: contra ato normativo já revogado ou cuja eficácia já se tenha exaurido; contra ato de efeitos concretos; contra lei ou ato normativo distrital, no exercício de competência municipal; contra lei ou ato normativo anterior à Constituição federal de 1988; contra decreto meramente regulamentador de lei⁵⁴⁰. Ainda que alguns desses entendimentos possam ser inferidos do teor literal da Carta, como, por exemplo, o não cabimento da ação contra atos concretos (ou seja, atos não normativos), a sua efetiva aplicação aos casos trazidos a julgamento pode suscitar muita controvérsia e ocultar motivações políticas para a inadmissão de certas causas. Basta lembrar que o STF entendeu, durante muito tempo, que a constitucionalidade das leis orçamentárias não poderia ser aferida em ação direta de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que se tratava de leis de efeitos concretos, entendimento atualmente superado por sua própria jurisprudência⁵⁴¹.

Outros exemplos de jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle concentrado da constitucionalidade são: a exigência de pertinência temática, no caso de ações propostas pela mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo governador do estado ou do distrito federal, por confederações sindicais e por entidades de classe de âmbito nacional⁵⁴²; e o não reconhecimento da legitimação das “associações de associações” – entidades de classe compostas por pessoas jurídicas – para a propositura de ação direta, outro entendimento também já superado pelo próprio Supremo. A aplicação de tais precedentes, que restringem a legitimidade ativa para a propositura de tais ações, na prática, pode ser orientada por critérios “políticos” e permitir que argumentos de

⁵⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Op. cit., p. 128-139. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁵⁴¹ Cf. ADIn 2484, j. 19 dez 2001, e ADIn 2925, j. 19 dez 2003, correspondendo a última ação àquela em que o entendimento do STF foi revisto.

⁵⁴² A pertinência temática corresponde à relação entre o interesse específico do legitimado e o objeto da ação. Por exemplo: o governador do Estado do Rio de Janeiro deve demonstrar que a norma atacada através da ação direta interfere nos interesses do Estado do Rio de Janeiro; a confederação sindical dos metalúrgicos deve comprovar que a lei objeto da ação interfere nos interesses da categoria que representa. O STF não reconhece aos dois legitimados um caráter amplo, que lhes permita discutir a constitucionalidade de qualquer norma, como ocorre, exemplificativamente, com os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos quais se atribui legitimação universal.

ordem formal justifiquem a não apreciação de temas pouco confortáveis. Um típico caso de exercício das “virtudes passivas” pelo STF. No entanto, trata-se de um quadro bem diverso daquele de ampla liberdade de que dispõe a Suprema Corte norte-americana para selecionar os assuntos que apreciará.

A interação entre os juízes parece ser menor no Supremo Tribunal Federal do que na Suprema Corte norte-americana, em razão das particularidades de nosso modelo agregativo e externo. A Suprema Corte segue uma espécie mais branda deste modelo. Isso fica claro quando se verifica que há uma etapa da discussão dos casos entre os *justices* que ocorre em uma reunião interna e reservada, e que o relator precisa acomodar os diversos entendimentos de modo a redigir um voto que obtenha a adesão da maioria. Além disso, a negociação do teor final da decisão da Suprema Corte ocorre, geralmente, pela troca de memorandos entre os juízes, que não chega a ser plenamente pública e, para o bem ou para o mal, é facilitada pela ausência de transmissão ao vivo por televisão.

Ainda assim, o processo decisório brasileiro contempla oportunidades de atuação estratégica. A título de ilustração, o art. 12 da Lei 9868/1999 prevê que, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações e a manifestação do advogado-geral da União e do procurador-geral da República, submeter o processo *diretamente* ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. Hipoteticamente, esta seria uma forma de produzir mais rapidamente uma decisão de mérito sobre um processo importante.

No entanto, na prática, a invocação do artigo tem permitido que, em algumas oportunidades, o relator do processo deixe de apreciar de imediato a liminar requerida na ação, sem necessariamente conferir prioridade a seu julgamento, mantendo-se inerte e, por consequência, devolvendo, na prática, a discussão ao processo político. A título de exemplo, a ADIn 1842, em que se debate se o poder concedente em matéria de saneamento pertence aos estados ou aos municípios, foi ajuizada em 1998. A liminar ali requerida, que envolvia interesses relevantíssimos para toda a federação, não foi apreciada, sob a invocação do art. 12 da Lei 9868/1999, sem que o mérito fosse efetivamente julgado de forma célere⁵⁴³.

⁵⁴³ A referida ação só foi efetivamente decidida no ano de 2013, quinze anos depois de sua propositura, quando o Supremo Tribunal Federal concluiu que o poder concedente e a titularidade do serviço pertencem “ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado”, esclarecendo que devia-se evitar “a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente”. A decisão em tais termos mantinha a superação de eventuais impasses na arena da política majoritária. Cf. ADIn 1842, j. 06 mar. 2013, *DJ* 16 set. 2013, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Gilmar Mendes.

Em outras oportunidades o não enfrentamento do pedido de liminar ocorre tacitamente, mas com o mesmo efeito indicado acima: a devolução da matéria à arena da política majoritária. A ADPF 139, que discute o marco regulatório portuário, é um bom exemplo disso. A discussão sobre as normas que regem a exploração de portos e de terminais portuários atrai o interesse e a divergência de importantes grupos econômicos, bem como de entidades e órgãos do governo federal. A pertinente ação, em que se pretende questionar a validade de algumas de tais normas, foi protocolada em 2008. Discutiu-se a existência de prevenção para relatoria do feito, ouviram-se autoridades, admitiram-se diversas entidades como *amicus curiae*, e o pedido de liminar, passados diversos anos, não foi apreciado, entregando-se a questão, na prática, mais uma vez, à arena política⁵⁴⁴.

A inclusão de uma ação em pauta para julgamento, por sua vez, depende da solicitação dessa providência pelo relator. Diversos são os eventos que podem alongar o exame e postergar a produção do relatório, como a complexidade do caso, a necessidade da produção de prova, a realização de audiência pública para a oitiva de terceiros ou, ainda, a percepção, pelo relator, de que a composição do Supremo Tribunal Federal, em determinado momento, é desfavorável à afirmação do entendimento que considera mais adequado no que respeita ao mérito da ação.

No caso da ação direta que versou sobre a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, exemplificativamente, a ação foi protocolada em maio de 2004. Em julho do mesmo ano, o relator, ministro Marco Aurélio, deferiu liminar autorizando a interrupção da gravidez por tal fundamento. Entretanto, a medida foi revogada três meses mais tarde pelo plenário. Diante desse quadro, o mérito da ação somente foi levado a julgamento pelo relator em 2012, após o ingresso de quatro novos ministros no STF⁵⁴⁵ e depois da apreciação favorável das ações diretas que versavam sobre a constitucionalidade das células-tronco (em 2008) e sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas (em 2011), ambas indicativas da prevalência de um momento mais progressista no Tribunal. Então, oito anos após a propositura da pertinente ação, a interrupção da gravidez em caso de anencefalia foi julgada constitucional.

⁵⁴⁴ Então, em 2013, o Poder Executivo, através de medida provisória, aprovou um novo marco regulatório portuário, posteriormente convertido na Lei 12.815/2013, sob calorosa discussão no Congresso Nacional.

⁵⁴⁵ Os quatro novos ministros que ingressaram no STF, que não participaram da decisão sobre o deferimento/confirmação da liminar e que participaram do julgamento do mérito da ação, foram: a ministra Carmen Lúcia, a ministra Rosa Weber, o ministro Luiz Fux e o ministro Ricardo Lewandowski. Apenas o último ministro votou contra a interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

É válido lembrar, ainda, que a presidência do Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pela elaboração da pauta do plenário, assistindo ao presidente um razoável grau de discricção para a seleção dos processos que a integram⁵⁴⁶, o que, em uma realidade como a brasileira, de absoluta sobrecarga do funcionamento da justiça, constitui um grande poder, *quase* correspondente, em termos práticos, à faculdade de selecionar os casos a serem (ou não) admitidos pelo Tribunal. Por fim, o julgamento de uma ação pode ser suspenso e postergado pelo pedido de vista dos autos por qualquer dos ministros, sem grande ônus argumentativo, e este recurso pode impedir desfechos que contrariem as suas convicções.

3.4.5 Instâncias inferiores

Seguramente, o cumprimento dos precedentes do Supremo Tribunal Federal pelas instâncias inferiores importa ao primeiro. E esse Tribunal dispõe de poderosos instrumentos para impor as suas decisões. Primeiramente, a Constituição federal atribui ao Supremo a competência para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a garantia da autoridade de suas decisões⁵⁴⁷. Esse instrumento permite que a jurisdição do STF seja diretamente provocada pelos cidadãos, em hipótese de descumprimento de julgados com efeitos vinculantes e gerais, como é o caso daqueles produzidos no controle concentrado de constitucionalidade. No que respeita à observância dos entendimentos fixados no controle difuso e incidental, embora não sejam dotados de efeitos vinculantes e gerais, aqueles que foram parte no processo podem ingressar com reclamação no STF, em caso de desrespeito à decisão. Além disso, a criação da súmula vinculante⁵⁴⁸ e do procedimento especial para julgamento de recursos repetidos, quando reconhecida a sua repercussão geral⁵⁴⁹, possibilitaram a ampliação da eficácia dos julgados do Supremo Tribunal Federal proferidos em sede difusa.

A prática demonstra, ainda, que o STF pode ser bastante reativo ao descumprimento de suas decisões pelas instâncias inferiores. Um exemplo disso foi o conhecido embate travado entre o então presidente do STF, o ministro Gilmar Mendes, e um juiz de primeiro grau, nos autos do *Habeas Corpus* 95.009, com o propósito de impor ao último o

⁵⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Op. cit., p. 41.

⁵⁴⁷ Cf. art. 102, inc. I, alínea I, CF.

⁵⁴⁸ Cf. art. 103-A, CF, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004.

⁵⁴⁹ Cf. art. 543-B, CPC, inserido pela Lei 11.418/2006.

cumprimento da decisão do STF que determinava a soltura do paciente preso. O caso envolvia a investigação de um conhecido banqueiro por uma operação da polícia federal (Operação Satiagraha) que tinha o propósito de apurar eventual desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro⁵⁵⁰.

O ministro Gilmar Mendes, durante o plantão, revogara a prisão temporária decretada pelo juízo de primeiro grau, por entender que não estavam presentes os requisitos legais que a autorizariam. O respectivo alvará de soltura foi expedido pelo Supremo às 23h30 do dia 9 de julho de 2008. O cumprimento do alvará, com a liberação do paciente pela polícia federal, ocorreu apenas às 5h30 do dia 10 de julho de 2008, quando este foi intimado a comparecer no mesmo dia ao estabelecimento policial para interrogatório. Então, na mesma data, o mesmo juízo decretou novamente a prisão do mesmo cidadão (desta vez, prisão preventiva), tendo esta decisão sido interpretada pelo Supremo Tribunal Federal como um artifício para mantê-lo preso, em descumprimento da determinação de soltura. Em razão disso, o ministro Gilmar Mendes deferiu nova liminar, revogando a segunda prisão e assinalando que o encarceramento do paciente, em tais condições, constituía um desrespeito à decisão anterior do STF.

O caso foi amplamente noticiado pela imprensa, em todas as suas etapas. Diversas matérias foram veiculadas sobre o objeto da operação policial, sobre os indícios de delito já encontrados, sobre a decretação da primeira prisão, sua revogação pelo presidente do Supremo, a decretação da segunda prisão, sua nova revogação pelo Supremo e a imputação ao juiz de primeiro grau de desrespeito à decisão do Tribunal. Em virtude do interesse da mídia, o embate entre o juiz de primeiro grau e o ministro Gilmar Mendes acabou por tomar grandes proporções, mobilizando 134 juízes a produzir um manifesto de apoio ao juízo de primeiro grau, em defesa do livre convencimento e da independência judicial⁵⁵¹.

Por outro lado, quando o caso foi levado ao pleno do Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do mérito do *habeas corpus*, seus ministros manifestaram, de forma contundente, a sua indignação com a conduta do magistrado de primeira instância. O relator do caso, ministro Eros Grau, chegou a afirmar que contra “bandidos” o Estado e seus agentes não podiam atuar “como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo mossa da

⁵⁵⁰ HC 95.009, j. 06 nov. 2008, DJ 19 dez. 2008, Pleno, rel. min. Eros Grau.

⁵⁵¹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-14/associacoes-saem-defesa-juizes-notificados-causa-sanctis>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

Constituição.”⁵⁵² Ainda tratando do caso e lembrando da suspeita de grampo no gabinete da própria presidência do STF na mesma época, o relator observou:

Querem nos intimidar e não se intimidam de mostrá-lo às claras. [...]. As baionetas da ditadura não conseguiram vergar esta Corte. Não o logrará o discurso autoritário denunciado pelo Ministro CELSO DE MELLO. Pior do que a ditadura das fardas é a das togas, pelo crédito de que dispõem na sociedade. A nós cabe, no entanto, o dever de, exercendo com sabedoria nosso poder, impedi-la.⁵⁵³

Entendeu-se, ainda, que o magistrado de primeiro grau havia se negado a prestar informações completas ao STF nos autos do *habeas corpus*, sob a alegação de que o próprio magistrado teria decretado regime de sigilo no processo. Segundo consta do acórdão, o juiz teria oposto o sigilo ao Supremo, recusando, portanto, ao órgão judicial da mais alta hierarquia o integral conhecimento do caso. Este último fato foi enfatizado pelo ministro Celso de Mello, que qualificou a atitude do magistrado como “insolente” e “insólita”, fazendo questão de frisar que, em quarenta anos de profissão, jamais teria presenciado comportamento semelhante.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O surpreendente comportamento desse juiz federal, presente o contexto que ora se examina, parece justificar a avaliação de que tal magistrado, com referida conduta, teria pretendido transformar em um pequeno feudo a Vara Criminal que dirige, colocando-a à margem da autoridade da Constituição e da força das leis da República, subvertendo, assim, as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, sob cuja égide se expõem a controle todos os atos estatais, inclusive aqueles praticados por magistrados e Tribunais, que não se mostram imunes a essa fiscalização jurisdicional..

.....
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A recusa do magistrado, de qualquer magistrado ou Tribunal, em prestar informações, quando a ele requisitadas, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede “*habeas corpus*”, representa comportamento insolente e insólito, além de constituir um gesto absolutamente inaceitável, que eu jamais presenciei em 40 anos de atuação na área jurídica, seja como membro do Ministério Público paulista, seja agora, como juiz desta Suprema Corte.⁵⁵⁴

Registrou-se, então, que cabia ao pleno uma “reação imediata, uma reação dura” contra o descumprimento da decisão, observando-se que “o prestígio das instituições judiciárias começa pelo respeito às decisões da Suprema Corte do Brasil”⁵⁵⁵. Consignou-se que a segunda prisão decretada configurava fraude à lei, que as manifestações de apoio ao juiz

⁵⁵² HC 95.009, p. 1316.

⁵⁵³ HC 95.009, p. 1323-1324.

⁵⁵⁴ HC 95.009, p. 1363-1364.

⁵⁵⁵ HC 95.009, p. 1355-1357.

de primeiro grau por outros juízes representavam violação à Lei Orgânica da Magistratura, que vedava qualquer manifestação depreciativa de decisões de órgãos judiciais⁵⁵⁶, e sugeriu-se que se expedisse ofício ao Conselho Nacional de Justiça, requerendo informações sobre o estado em que se encontravam os procedimentos destinados a apurar o comportamento do juízo de primeiro grau e de todos os demais juízes que se solidarizaram com ele⁵⁵⁷.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal admite algum nível de divergência por parte das instâncias inferiores, quando estas declaram inconstitucional, em sede de controle difuso, norma considerada constitucional, pelo STF, no controle concentrado de constitucionalidade. De fato, o Tribunal firmou entendimento de que o reconhecimento da validade de uma norma em sede abstrata não impede a sua invalidação, em concreto, caso o magistrado verifique que a causa tem particularidades que autorizam tratamento diferenciado.

A título de ilustração, o Supremo, ao apreciar a ADC 4⁵⁵⁸, deferiu liminar para afirmar a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, norma que vedara o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, caso esta tivesse por escopo a concessão de aumentos, a extensão de benefícios, o pagamento de vencimentos ou vantagens a servidores. A liminar suspendia quaisquer decisões “que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/97”⁵⁵⁹.

Após a aludida decisão, o juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre deferiu antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, para determinar o pagamento de complementação do valor de pensão à viúva de um servidor público. Entre outros argumentos, observava-se que a autora tinha oitenta e seis anos e que poderia não viver até o trânsito em julgado da decisão. Argumentava-se também que a complementação tinha suporte em jurisprudência maciça do próprio Supremo Tribunal Federal⁵⁶⁰.

A decisão foi, então, alvo de reclamação movida pelo Instituto de Previdência perante o STF. No entanto, o Supremo confirmou o entendimento divergente, em lugar de cassá-lo,

⁵⁵⁶ Art. 36, inc. III, LOM.

⁵⁵⁷ HC 95.009, p. 1374.

⁵⁵⁸ ADC-MC 4, j. 11 fev. 1998, DJ 21 maio 1999, Pleno, rel. min. Sydney Sanches.

⁵⁵⁹ Trecho extraído da ementa do acórdão que julgou a ADC-MC 4.

⁵⁶⁰ De fato, o STF entendia que o art. 40, § 5º, CF, na redação anterior à Emenda Constitucional 20/1998, impunha que o valor da pensão correspondesse à integralidade dos vencimentos ou proventos percebidos em vida pelo *de cujus* e revistos na mesma data e proporção em que fosse modificada a remuneração dos servidores em atividade e este era o fundamento da complementação de pensão objeto da antecipação de tutela.

esclarecendo que a lei que vedava o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública realmente não deveria ser aplicada em tal situação. Entendeu-se que a espera por uma decisão de mérito definitiva poderia frustrar a fruição do benefício, em virtude da idade avançada da pensionista, e observou-se que o seu recebimento realmente tinha amparo em diversas decisões proferidas pelo STF. A parte final da ementa do julgado tinha o seguinte teor⁵⁶¹:

Não se justifica a concessão de medida liminar, em sede de reclamação, se a decisão de que se reclama – embora não observando a eficácia vinculante que resultou do julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º) – ajustar-se, com integral fidelidade, à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da questão de fundo (auto-aplicabilidade do art. 40, § 5º, da Constituição, na redação anterior à promulgação da EC nº 20/98, no caso).

A eventual outorga da medida liminar comprometeria a efetividade do processo, por frustrar, injustamente, o exercício, por pessoa quase nonagenária, do direito por ela vindicado, e cuja relevância encontra suporte legitimador na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A abertura do Supremo Tribunal Federal aos argumentos apresentados pelo juízo de primeiro grau permitiu que a decisão original, proferida em controle concentrado, fosse aperfeiçoada, explicitando-se argumentos que poderiam configurar uma exceção à sua incidência. Essas considerações demonstram, ainda, como a operação com precedentes está longe de ser uma atividade meramente mecânica ou legalista.

3.5 Juiz cordial e patrimonialismo judicial

Desenvolveu-se no Brasil, em virtude de sua colonização, uma cultura personalista, de acentuação de vínculos afetivos e de amizades, pela qual se reproduziram no espaço público relações e atitudes características dos círculos familiares, tratando-se a sociedade civil e política como uma espécie de prolongamento da comunidade doméstica. Segundo Sérgio Buarque de Holanda, os grupos políticos apresentavam, aqui, uma tendência a se constituírem à semelhança das famílias patriarcais. Seus membros se sentiam associados uns aos outros por sentimentos e deveres e não por ideias, e cabia ao chefe do grupo prover e apoiar a todos⁵⁶².

No âmbito estatal, essas influências dariam ensejo à assimilação de dois traços fortemente enraizados na cultura brasileira: o cordialismo e o patrimonialismo. A “autoridade

⁵⁶¹ AgR. na Rcl. 1132, j. 23 mar. 2000, DJ. 04 abr. 2003, Pleno, rel. min. Celso de Mello.

⁵⁶² HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 39 e ss.; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Op. cit., p. 33 e ss.

cordial” é aquela influenciada pelo afeto (ou desafeto) que nutre pelo cidadão e procura acolher e amparar aqueles que lhe são caros. Para bem acessar tal autoridade, é necessário tornar-se seu amigo e estabelecer com ela uma relação de intimidade⁵⁶³. Este estado de coisas, segundo o autor, conduz à tomada de decisões públicas com base em relações pessoais, procurando-se prestar favores a amigos e parentes. No Estado patrimonial, falta a ordenação impessoal. A gestão política é assunto de interesse particular e os cargos devem atender às expectativas e às necessidades de seus ocupantes e não o inverso, confundindo-se, por consequência, o que é público e o que é privado⁵⁶⁴.

As referidas características influenciaram de tal forma o trato da coisa pública no Brasil e encontram-se tão enraizadas culturalmente, em virtude de sua colonização, que foi necessário incluir expressamente na Constituição de 1988 a previsão de que a administração pública deveria ser regida pelos princípios da moralidade e da impessoalidade. Como observado por Luís Roberto Barroso:

Muitas são as causas que conduzem ao texto espichado [da Constituição]. Algumas legítimas, outras patológicas. Em primeiro lugar, no caso brasileiro de 1988, como já observado, a ânsia de participação de uma sociedade longamente marginalizada do processo político. Em segundo lugar, pela razão constatada pelo grande jurista M. Seabra Fagundes, que ainda estava vivo e atuante quando do nascimento da Carta: “no Brasil é preciso dizer tudo *tintim* por *tintim*, senão não se cumpre”. Por traz do prosaísmo do autor potiguar, a constatação inafastável: diz-se muito na Constituição por desconfiança de seus intérpretes. [...].

A terceira causa dos textos longilíneos é patológica, dramaticamente patológica: o atávico patrimonialismo da formação social brasileira. [...].

.....
 Não sem certa ironia, o combate ao patrimonialismo também é responsável pelo alongamento do texto constitucional. O capítulo dedicado à Administração Pública esparrama-se por muitas dezenas de dispositivos nos quais se procura impedir, de forma detalhada e expressa, o que em outras sociedades prescinde de normas: o uso do poder público em proveito próprio. Ali estão, por exemplo, os preceptivos que visam a impedir o favorecimento pessoal e o nepotismo, dentre outros males crônicos, [...] ⁵⁶⁵.

⁵⁶³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 148.

⁵⁶⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., p. 134 e ss; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Op. cit., p. 38 e ss.

⁵⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 42-44. Em sentido semelhante, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto ressaltam: “Infelizmente, nossas relações sociais e políticas ainda mantêm características profundamente antirrepublicanas: o patrimonialismo, o clientelismo, o ‘jeitinho’ e a cultura de privilégios para governantes e elite. Não é incomum que governantes tratem a ‘coisa pública’ como bem particular, e que ponham os seus interesses, ou os do seu grupo ou partido político, à frente do interesse da coletividade. A desigualdade na submissão à lei persiste: é ainda raro que governantes e integrantes da elite sejam responsabilizados no Poder Judiciário pelos seus atos ilícitos” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 219).

A despeito da expressa inclusão dos princípios da moralidade e da impessoalidade na Constituição, encarou-se com certa naturalidade o emprego de amigos e parentes por autoridades públicas, inclusive no âmbito do Judiciário, até que, no ano de 2005, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução 7/2005, vedando o exercício de cargo em comissão ou de função gratificada, no âmbito judicial, por cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive dos juízes e demais membros do tribunal, prática que ficou conhecida como nepotismo⁵⁶⁶. A norma determinou, ainda, que os presidentes dos tribunais deveriam exonerar, no prazo de noventa dias, os atuais ocupantes de cargos em comissão e de funções gratificadas que se enquadrassem na referida vedação⁵⁶⁷.

Obviamente, a medida encontrou substancial resistência em alguns tribunais, que alegavam que a resolução era inconstitucional, por violação ao princípio da legalidade, já que não havia lei (infraconstitucional) proibindo o emprego de parentes. Entretanto, o combate ao nepotismo foi apoiado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entidade de classe de âmbito nacional, que ajuizou uma ação direta requerendo ao Supremo Tribunal Federal que declarasse a constitucionalidade da vedação. Ao apreciar a ação, o STF reconheceu a validade da Resolução 7/2005 do CNJ, observando que ela apenas concretizava os princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade⁵⁶⁸.

Tal decisão se harmonizava com julgados anteriores do próprio STF que já haviam afirmado a inconstitucionalidade do nepotismo em casos concretos⁵⁶⁹. Então, em reforço a tal entendimento, o Supremo editou, ainda, a Súmula Vinculante 13, explicitando que o nepotismo era vedado pela Constituição e que a vedação se estendia a todos os Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. A atuação harmônica entre o CNJ e o STF na matéria, apoiada pelos meios de comunicação, ensejou a demissão de dezenas de parentes de magistrados na ocasião e teve um forte impacto em alguns tribunais⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Art. 2º, Resolução 7/2005, CNJ.

⁵⁶⁷ Art. 5º, Resolução 7/2005, CNJ.

⁵⁶⁸ ADC 12/MC, j. 16 fev. 2006, *DJ* 01 set. 2006, Pleno, rel. min. Ayres Britto; ADC 12, j. 20 ago. 2008, *DJ* 18 dez. 2009, Pleno, rel. min. Ayres Britto.

⁵⁶⁹ Petição 1576, j. 24 set. 1998, *DJ* 18 fev. 2000, Pleno, rel. min. Nelson Jobim; MS 23.780, j. 28 set. 2005, *DJ* 03 mar. 2006, Pleno, rel. min. Joaquim Barbosa.

⁵⁷⁰ Outros casos com semelhante expressão podem ser encontrados no julgamento em que se declarou a inconstitucionalidade da concessão de remuneração mensal vitalícia aos ex-governadores de Estado (ADIn 3853, j. 12 set. 2007, *DJ* 26 out. 2007, Pleno, rel. min., Cármen Lúcia), bem como na afirmação da validade da divulgação dos vencimentos dos servidores públicos em sítio eletrônico oficial, sob o fundamento de que

Assim, o caso sobre o nepotismo teve um conteúdo simbólico importante de ruptura com a cultura do cordialismo e do patrimonialismo, mas, obviamente, a manifestação destes dois fenômenos na vida pública brasileira vai muito além da prática do nepotismo. Como já demonstrado no capítulo 2, a seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal se dá com base em critérios que deixam ampla margem de discricção ao presidente da República, sendo, eventualmente, influenciada por grupos de interesse, por “padrinhos políticos” e por pessoas que integram as esferas mais íntimas de relacionamento de tal autoridade⁵⁷¹. Por conseguinte, a própria seleção dos ministros pode ser impregnada de “personalismos”, em lugar de se voltar para as qualidades dos candidatos.

Por outro lado, em tal contexto, a autoridade nomeante e os demais atores que interferiram na escolha do ministro podem nutrir expectativas de obter, como contrapartida à nomeação, votos convergentes com seus interesses pessoais. Mais do que isso, podem se sentir legitimados a exercer forte pressão em tal sentido, circunstância que possivelmente comprometeria a independência e/ou a imparcialidade do novo ministro em uma ampla gama de casos a serem julgados⁵⁷². Em atenção a tal problema, há quem defenda, *de lege ferenda*, que se estabeleça a vedação à atuação do novo ministro nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade que envolvam interesse direto do presidente da República que o nomeou, enquanto este permanecer no exercício de seu mandato, atribuindo-se ao pleno a decisão sobre a existência (ou não) do aludido interesse. Essa medida teria, defende-se, a virtude de favorecer a despersonalização da escolha dos integrantes do STF e de garantir a sua imparcialidade⁵⁷³.

a gestão da máquina estatal deve se pautar pela publicidade, em respeito ao princípio republicano (SS 3902-AgR, j. 9 jun. 2011, DJ 03 out. 2011, Pleno, Ayres Britto). Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 220.

⁵⁷¹ De acordo com Luís Roberto Barroso: “Convertida a nomeação [para ministro do Supremo Tribunal Federal], de fato, em uma competência discricionária e unipessoal, a maior ou menor qualidade dos integrantes da Suprema Corte [brasileira] passa a ser tributária da sorte ou da visão de estadista do presidente da República, que, como se sabe, nem sempre existe ou, ao menos, sucumbe eventualmente a circunstâncias da política, da amizade e de outras vicissitudes do crônico patrimonialismo da formação nacional” (BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, n. 214, 1998, p. 14). Cf., ainda, BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 145-149.

⁵⁷² Neste sentido, Martonio Lima assevera que as nomeações para os tribunais superiores são “produto de um jogo político inteiramente clandestino, cuja transparência simplesmente inexistente”. Ainda segundo o autor: “as notícias da quitação das promessas de nomeação existem desde o início da formação de nossas cortes superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal” (LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Judicialização da política e Comissões Parlamentares de Inquérito – um problema da teoria constitucional da democracia*. Op. cit., p. 20).

⁵⁷³ Cf., neste sentido: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Op. cit., p. 145-149.

O próprio tratamento dado aos institutos do impedimento e da suspeição dos ministros, em matéria de controle concentrado da constitucionalidade, está a merecer uma revisão pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De fato, muito embora o art. 277 do Regimento Interno do STF preveja que os ministros declarar-se-ão impedidos ou suspeitos nos casos previstos em lei, a jurisprudência do Tribunal assentou que as hipóteses de impedimento e de suspeição não seriam aplicáveis aos julgamentos proferidos em sede de controle concentrado da constitucionalidade, sob o fundamento de que nesta não se trataria de direito subjetivo de uma parte, mas sim do confronto, abstrato e em tese, do comando de uma norma com a Constituição⁵⁷⁴.

No entanto, as ações objeto do controle concentrado da constitucionalidade versam sobre temas de extrema relevância política, social e econômica, podendo atingir direitos de um rol amplíssimo de jurisdicionados, já que suas decisões são aplicáveis inclusive àqueles que não foram parte no processo, em virtude de seus efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*). Basta lembrar que a ação direta que apreciou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco poderia ter proscrito tais pesquisas, comprometendo o trabalho de cientistas, suas verbas de pesquisa e os muitos possíveis avanços científicos. A decisão sobre as uniões homoafetivas poderiam ter contribuído para reforçar o estigma sobre tais uniões, em lugar de lhes conferir tratamento jurídico adequado. O julgamento sobre a antecipação do parto de fetos anencefálicos poderia ter configurado a conduta como crime, comprometendo a vida e a saúde das gestantes e a autonomia dos médicos na matéria.

Do mesmo modo, é indiscutível que as ações diretas sobre a reforma da previdência, sobre a definição de cotas raciais e sociais, sobre cláusulas de barreira a partidos políticos menores, sobre a constitucionalidade da formação de municípios ou sobre a Lei da Ficha Limpa produziram decisões da maior importância, que repercutiram na esfera de direitos – inclusive políticos, em alguns casos – de grande número de brasileiros, decisões estas que são (ou não) de interesse de determinadas autoridades e cuja imparcialidade precisa ser preservada.

Por fim, o patrimonialismo, o cordialismo e a conseqüente personalização das relações profissionais podem levar uma autoridade, mesmo que de forma inconsciente, a ser mais simpática a uma causa, menos disposta a receber um advogado, mais inclinada a deferir uma liminar, a incluir um feito em pauta ou a dar provimento a um recurso, em virtude das relações privadas, de amizade ou de coleguismo, travadas com suas partes ou com seus

⁵⁷⁴ Ver, exemplificativamente, as decisões sobre o tema na ADIn 3345, na ADIn 2321 e na ADIn 55.

representantes. Como, geralmente, as elites são bem representadas em juízo, as tendências antes aludidas, afirma-se, podem conduzir a uma elitização da justiça ou à captura de parte substancial da agenda do Supremo Tribunal Federal para a apreciação de interesses corporativos. A advertência é do ministro Joaquim Barbosa:

[...]. Quem é recebido nos tribunais pelos juízes são os representantes das classes mais bem-situadas. Eu não posso avalizar inteiramente essa frase [de que o Supremo favorece as elites], mas acho que um país em que a Justiça está completamente abarrotada tem que ter atenção muito grande para esse perigo de que a agenda dos tribunais seja monopolizada por certos segmentos sociais. Basta prestar atenção, durante cada ano, no tempo que o STF gasta julgando questões de interesse corporativo. É enorme.⁵⁷⁵

Nota-se, portanto, que o cordialismo e o patrimonialismo constituem aspectos institucionais muito presentes na relação estabelecida entre os brasileiros e a coisa pública. Trata-se de fenômenos tão enraizados culturalmente que algumas práticas deles decorrentes não chegam sequer a ser percebidas de forma consciente pelos envolvidos e são tidas, muitas vezes, como um fato natural e apolítico. Por isso, apesar da aridez do tema, a compreensão de tais fenômenos tem um papel a cumprir na análise do comportamento judicial e no aprimoramento do Poder Judiciário e reforça, mais uma vez, a importância da exposição do processo decisório do Supremo Tribunal Federal à heterogeneidade ideológica e a pontos de vista dissonantes dos entendimentos da maioria.

⁵⁷⁵ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Enganou-se quem esperava um negro submisso no STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 ago. 2008. p. A16, Brasil. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2008_ago_25.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

3.6 Considerações finais

As instituições são responsáveis pela definição de um conjunto de normas, valores e aspirações que interferem na visão de mundo dos membros que as integram ou que com elas interagem. Um juiz lida, em seu dia a dia, com diversas instituições. Lida, em primeiro lugar, com o próprio Poder Judiciário e com seus integrantes. Lida, ainda, com os demais poderes e com a opinião pública. O contato com cada uma de tais instituições limita e modela o comportamento judicial.

No âmbito do Judiciário, diversos são os elementos que interferem no processo decisório dos juízes. São exemplos deles: o regime jurídico mínimo validado pela instituição e correspondente a referências homogêneas sobre os aspectos que podem pautar uma decisão; a concepção predominante do que é ser um bom juiz; as normas que dispõem sobre o funcionamento dos tribunais e sobre a distribuição de competências; a forma de apuração do entendimento da maioria; o nível de publicidade conferido ao processo decisório; a composição e a diversidade ideológica dos membros que integram os órgãos jurisdicionais.

Tais elementos institucionais internos ao Judiciário podem gerar dois tipos de atitudes em seus integrantes. Podem, primeiramente, provocar um comportamento sincero, resultante da assimilação das diversas normas, de valores e convicções nutridas pela instituição, a ponto de se considerarem convicções inatas e espontâneas dos próprios magistrados. Podem, ainda, provocar comportamentos estratégicos, com o propósito de superar obstáculos internos à projeção das preferências dos juízes sobre os julgados. Nesse caso, o juiz abrirá mão de manifestar suas convicções, se este for um caminho para aproximar a decisão do colegiado daquela que considera adequada, moderando seu entendimento e sacrificando o julgado ideal pelo julgado possível, conforme as suas circunstâncias.

Identificaram-se como elementos institucionais internos ao Poder Judiciário que podem interferir nas decisões do Supremo Tribunal Federal, entre outros: o gosto por citações científicas e acadêmicas (academicismo) e por referências literárias e filosóficas (beletrismo) que demonstram o conhecimento técnico e a cultura geral dos ministros; a tendência a produzir decisões muito abrangentes, calcadas em argumentos principiológicos e expressas em longos votos (maximalismo); o recurso ao direito estrangeiro e ao direito internacional na fundamentação de suas decisões (cosmopolitismo); a resistência dos ministros a se engajarem, efetivamente, em um processo deliberativo de decisão ou a alterarem seus pontos de vista pessoais. Verificou-se também a importância da heterogeneidade e da divergência ideológica para o enriquecimento do processo decisório do STF.

Constatou-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal adotam, em algumas circunstâncias, comportamentos estratégicos que podem ter por propósito levar a julgamento temas em momentos que sejam mais favoráveis às conclusões que gostariam de ver proferidas, adiar julgamentos que conflitarão com as suas convicções ou devolver discussões inconvenientes ao processo político. Observou-se que o STF tem grande preocupação com o respeito às suas decisões pelas demais instâncias e que pode ser bastante reativo em caso de descumprimento, mas que também pode dialogar com os demais órgãos judiciais e validar exceções à incidência de seus próprios precedentes.

Por fim, demonstrou-se que o patrimonialismo e o cordialismo constituem heranças brasileiras com profundas raízes históricas que interferem na interação dos cidadãos com as instituições públicas de modo geral, provocando a personalização de relações profissionais, a ação das autoridades com base em uma “lógica do afeto” e a conseqüente confusão entre o público e o privado. Tais aspectos foram tão absorvidos culturalmente que, por vezes, podem dar vazão a atitudes involuntárias que interferem na formação da convicção dos magistrados. Essas considerações reforçam a importância da exposição do processo decisório do STF a contrapontos ideológicos que possam apresentar visões críticas sobre sua atuação.

4 A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO JUDICIAL II: INTERAÇÃO ENTRE PODERES

4.1 Elementos institucionais externos ao Poder Judiciário

Demonstrou-se, no capítulo anterior, que a ação dos juízes de uma Suprema Corte é moldada por elementos internos ao Judiciário, como, por exemplo, as normas processuais que disciplinam o acesso à Corte, bem como aquelas que dispõem sobre seu funcionamento, sobre a interação entre seus membros e sobre a relação com as instâncias inferiores. Entretanto, estes não são os únicos elementos institucionais que interferem no comportamento judicial. O processo decisório das Cortes Constitucionais também é influenciado por agentes externos com os quais essas interagem. Dois deles – o Poder Executivo e o Poder Legislativo – serão objeto de exame nas linhas que se seguem.

4.1.1 Princípio da separação dos poderes

De acordo com o princípio da separação dos poderes, cada um dos poderes do Estado possui uma função precípua: cabe ao Legislativo editar leis, cabe ao Executivo governar e cabe ao Judiciário dirimir os conflitos de interesse, segundo o entendimento mais popular, com base no direito pré-existente. A distribuição de tarefas entre poderes distintos tem o propósito de limitar abusos e de estabelecer um sistema de controle recíproco. Aos dois primeiros poderes, compostos por representantes eleitos pelo voto popular, seriam atribuídas decisões predominantemente políticas. Já ao Judiciário, integrado por juízes não eleitos, conferir-se-ia a função técnica de aplicar a lei de forma neutra e imparcial.

A neutralidade e a vinculação dos magistrados ao direito positivo constituem fatores essenciais à sua legitimação perante a população em geral⁵⁷⁶. Para assegurá-las e para resguardar o Judiciário de pressões externas, as Constituições geralmente asseguram a seus membros algumas garantias institucionais, como, por exemplo: a vitaliciedade de seus cargos

⁵⁷⁶ DEUTSCH, Jan G. Neutrality, legitimacy, and the Supreme Court: some intersections between law and political science. *Stanford Law Review*, v. 20, p. 169, jan. 1968, p. 196.

e a irredutibilidade da sua remuneração⁵⁷⁷. Os cargos vitalícios permitem que os magistrados decidam sem preocupação com a sua recondução a novos mandatos ou com a sua destituição. E a irredutibilidade dos vencimentos os protege de represálias financeiras⁵⁷⁸.

Além disso, no caso de membros de uma Corte Constitucional, o comportamento judicial não é influenciado por ambições de promoção, pois trata-se do tribunal de mais alta hierarquia. E dificilmente os membros de tal Corte almejam outros cargos, uma vez que poucas posições gozam de maior prestígio para um juiz do que o assento em uma Suprema Corte. A autonomia e a liberdade de convencimento desses juízes são reforçadas, ainda, pelo fato de não estarem obrigados a respeitar precedentes antigos, já que as Cortes Constitucionais podem rever suas próprias decisões. Por fim, os julgados proferidos pelas aludidas Cortes não são passíveis de reversão por órgão judicial hierarquicamente superior⁵⁷⁹.

Assim, acredita-se, as compensações que podem influenciar o comportamento dos membros de uma Corte Constitucional são geralmente pouco relevantes, como, a título de ilustração, a preservação de tempo para a obtenção de receitas não judiciais, provenientes de atividades acadêmicas, e compensações não pecuniárias, tais quais popularidade, prestígio, reputação, deferência, redução do volume de trabalho, maximização de seu tempo para lazer etc.⁵⁸⁰. Observadas as condições antes descritas, segundo a teoria da separação dos poderes, esses juízes seriam praticamente imunes a ingerências políticas e à pressão de agentes externos.

4.1.2 Interação com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo

⁵⁷⁷ Tratar-se-á, neste trecho, de algumas garantias conferidas ao Judiciário e/ou aos integrantes de cortes constitucionais em geral, de forma meramente introdutória e não exaustiva. As garantias conferidas pela Constituição Federal de 1988 ao Poder Judiciário brasileiro serão objeto de exame específico mais adiante.

⁵⁷⁸ POSNER, Richard. *How judges think*. Op. cit., p. 125-157; ROMERO, Francine Sanders. The Supreme Court and the protection of minority rights: an empirical examination of racial discrimination cases. Op. cit., p. 293; SEGALL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal modal revisited*. Op. cit., p. 18-27.

⁵⁷⁹ POSNER, Richard. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1 ss., 1993, p. 1 e ss.; SCHAUER, Frederick. Incentives, reputation and the inglorious determinants of judicial behavior. Op. cit., p. 615 e ss.; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. Op. cit., p. 1392 e ss.; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court, p. 10 e ss.

⁵⁸⁰ Naturalmente, os juízes, como as pessoas em geral, se movimentam também com base em interesses privados de carreira.

A prática, entretanto, não confirma tal teoria e a história é repleta de exemplos memoráveis em sentido contrário. O caso *Marbury v. Madison*, já citado, confirma esta última assertiva e não é o único. A Suprema Corte norte-americana manteve, por exemplo, por décadas, um entendimento bastante conservador acerca da regulação da economia, invalidando leis que restringiam a jornada de trabalho dos padeiros⁵⁸¹, anulando normas que regulavam o trabalho infantil⁵⁸² ou que estabeleciam remuneração mínima para o trabalho feminino⁵⁸³, sob o fundamento de que tais medidas constituiriam uma indevida restrição à liberdade de contrato. O período ficou conhecido como *Lochner Era*, em alusão ao primeiro dos precedentes antes mencionados, proferido no caso *Lochner v. New York*, que versou sobre a jornada de trabalho dos padeiros.

No fim da década de vinte, sobreveio uma crise econômica de graves proporções, denominada Grande Depressão, que persistiu por toda a década de trinta e atingiu o ápice nos Estados Unidos da América em 1933. O então presidente Franklin Roosevelt aprovou, na época, uma série de providências conhecidas como *New Deal*, que objetivavam recuperar a economia. Entretanto, diversas leis que implementavam tais medidas foram anuladas pela Suprema Corte, com base nos precedentes da *Lochner Era*. Em reação às decisões da Corte, o presidente Roosevelt propôs, em 1937, uma reforma na organização judiciária federal, que ficou conhecida como *Court-Packing Plan*, pela qual o próprio presidente poderia indicar seis novos juízes para compor a Suprema Corte, os quais, obviamente, teriam a missão de superar o antigo entendimento e de viabilizar as pretensões do Executivo.

Apesar da crise econômica, esse plano não obteve o apoio da opinião pública, que o percebeu como um atentado à independência da Suprema Corte. Também não foi aprovado pelo Congresso, que acabou votando a favor de uma norma de incentivo à aposentadoria dos *justices* mais idosos, providência muito mais branda do que aquela proposta pelo Executivo⁵⁸⁴. Mas o fato é que, ainda em 1937, a Corte julgou *West Coast Hotel v. Parrish* e, por uma votação apertadíssima, reconheceu a validade de uma nova norma, pela qual se buscava estabelecer um salário-mínimo em favor das mulheres. Essa decisão não apenas superou o precedente anterior sobre a (in)constitucionalidade da fixação de salário-mínimo na hipótese, como representou uma ruptura com o entendimento mais restritivo acerca da

⁵⁸¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁵⁸² *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

⁵⁸³ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

⁵⁸⁴ PRITCHETT, C. Herman. *Congress versus the Supreme Court – 1957-1960*. Op. cit., p. 9.

possibilidade de regulação econômica pelo Estado. A atitude foi percebida pelo público, então, como uma capitulação da Corte à pressão exercida pelo Executivo, aludindo-se a ela como “the switch in time that saved nine”⁵⁸⁵.

Duas décadas depois, em 1957, a Suprema Corte proferiu três decisões que entraram para a sua história. Em um momento de preocupação com a segurança pública e de apreensão quanto à ameaça comunista, a Corte garantiu os direitos constitucionais dos acusados de envolvimento em atividades subversivas, afirmando a liberdade de expressão de suas ideias em abstrato, desde que não instigassem a ações subversivas violentas, ilegais, concretas e imediatas destinadas à destruição do governo⁵⁸⁶. Estabeleceu, ainda, que os poderes de investigação do Congresso eram limitados pela 1ª Emenda e que as questões formuladas pelos seus membros aos suspeitos de subversão deveriam ser razoáveis e guardar pertinência com os poderes outorgados aos legisladores⁵⁸⁷. A Corte impôs, ainda, limitações processuais a investigações promovidas pelo Legislativo estadual⁵⁸⁸.

As três decisões antes aludidas foram anunciadas no mesmo dia – popularmente denominado “Red Monday” (“Segunda-feira Vermelha”) – e promoveram uma verdadeira comoção no Congresso⁵⁸⁹. Deu-se início, então, no Legislativo, a uma campanha para reverter tais julgados e para limitar os poderes da Suprema Corte. No entanto, nenhuma iniciativa chegou a ser concluída antes do fim de 1957, dado o curto espaço de tempo remanescente para tal. As tentativas do Congresso para curvar a Suprema Corte foram renovadas, então, no início de 1958, sem que a última recuasse de suas posições. Ao contrário, um novo julgado proferido neste ano estabeleceu que o secretário de Estado não estaria autorizado a negar passaportes a comunistas ou a exigir dos requerentes declarações quanto à sua participação ou não em atividades subversivas como condição para o deferimento de passaportes⁵⁹⁰.

Mais uma vez, a legislatura se encerrou sem que qualquer dos projetos de lei contra a Suprema Corte tivessem sido aprovados. No entanto, em 1959, novas medidas para restrição de seus poderes foram propostas. Finalmente, nesse último ano, ao apreciar *Barenblatt v.*

⁵⁸⁵ Em livre tradução: “a mudança de entendimento que manteve os nove membros” (PRITCHETT, C. Herman. *Congress versus the Supreme Court – 1957-1960*. Op. cit., p. 7-9).

⁵⁸⁶ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

⁵⁸⁷ *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957). No caso, o acusado se recusara a responder a perguntas sobre preferências políticas de pessoas com quem se associara no passado, mas com as quais não mantinha sociedade e as quais acreditava terem se desligado do Partido Comunista.

⁵⁸⁸ *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

⁵⁸⁹ As decisões foram proferidas em 17 de junho de 1957.

⁵⁹⁰ *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958).

United States e *Uphaus v. Wymam*, a Corte reconheceu, por uma votação apertadíssima, a validade de amplos poderes de investigação em favor do Legislativo federal e do estadual, restringindo os entendimentos fixados em seus precedentes anteriores. Os juízes que relataram *Barenblatt* e *Uphaus* foram, ainda, cuidadosos em consignar, de forma expressa, que haviam compreendido a ameaça comunista, bem como a necessidade de conferir amplos poderes ao Legislativo para lidar com ela⁵⁹¹.

West Coast Hotel v. Parrish, *Barenblatt v. United States* e *Uphaus v. Wymam* demonstraram que a Suprema Corte norte-americana não é imune a influências externas. No primeiro caso, as medidas que interferiram no entendimento da Corte foram propostas pelo chefe do Executivo. No segundo e no terceiro caso, vieram do Congresso. Em ambas as situações, a defesa da validade dos atos anulados pela Corte encontrava, ainda, apoio popular, pois os aludidos atos se destinavam a combater uma situação de crise institucional (econômica ou relacionada à segurança pública).

O desfecho dos três casos demonstra a ocorrência de um recuo estratégico por parte da Suprema Corte. Para não ter seus poderes limitados de forma mais ampla, a Corte renunciou a alguns entendimentos anteriores. Seguramente tais casos não foram os primeiros, tampouco os últimos em que isso ocorreu. Como se deve interpretar, então, tais eventos, em que a Suprema Corte cede à pressão dos demais poderes e define o significado das normas constitucionais em desalinho com suas próprias convicções? A independência e a autonomia conferidas ao Judiciário falharam? A separação dos poderes é uma ilusão?

4.1.3 Modelo estratégico externo (a interação com os demais poderes)

A resposta às questões formuladas acima é negativa. A afirmação da independência judicial e da separação dos poderes não pressupõe a adoção de um modelo absoluto, em que todos os poderes sejam infensos a qualquer tipo de influência dos demais. Um sistema com tal natureza só seria possível em tese. Jamais se verificaria na realidade concreta. A possibilidade de interferir no funcionamento do Estado é indissociável do poder de legislar. As escolhas políticas e a gestão da coisa pública, atribuídas ao Executivo, pressupõem uma atuação modificadora do ambiente político. O controle da constitucionalidade dos atos de ambos os poderes pelo Judiciário permite que este anule iniciativas que sejam incompatíveis com a

⁵⁹¹ PRITCHETT, C. Herman. *Congress versus the Supreme Court – 1957-1960*. Op. cit., p. 5-14; FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, p. 255-258.

Constituição. A permeabilidade entre os poderes é intencional e resulta do próprio sistema constitucional de freios e contrapesos.

Com esse objetivo, a Constituição norte-americana (e também a brasileira) atribui ao chefe do Executivo a escolha dos juízes da Suprema Corte e ao Senado a sua aprovação. Trata-se de um processo de escolha que conduz a candidatos alinhados ideologicamente com as forças políticas predominantes no momento de sua seleção⁵⁹². O Congresso pode reduzir os recursos destinados à Corte; pode diminuir ou aumentar o número de membros que a integram; alterar o processo de seleção de seus membros; indeferir reajustes remuneratórios dos juízes e de seus funcionários; ou modificar o *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade.

O Legislativo pode, ainda, aprovar emenda constitucional revertendo os entendimentos da Suprema Corte ou simplesmente descumprir suas decisões, fragilizando a sua capacidade de definir o conteúdo do direito e desmoralizando-a como instituição. Os juízes da Suprema Corte podem sofrer processos de *impeachment*. Por fim, a polícia e o exército, sob o comando do Executivo, podem se negar a impor o cumprimento das decisões judiciais, afastar ministros ou simplesmente fechar as cortes com recurso à força bruta⁵⁹³.

Os juízes têm preocupação de que suas decisões sejam respeitadas e, em situações críticas, possivelmente preferirão moderá-las a verem-nas manifestamente descumpridas⁵⁹⁴. Por isso, Hamilton, em passagem bastante conhecida, mas sempre ilustrativa, chegou a afirmar que o Judiciário seria o menos perigoso de todos os Poderes: porque não teria o controle das “armas”, que pertence ao Executivo, e nem da “bolsa” (poder de aprovar o orçamento), que assiste ao Legislativo, dependendo da boa vontade dos demais Poderes para conferir eficácia às suas decisões⁵⁹⁵.

⁵⁹² De acordo com Robert Dahl, os juízes da Suprema Corte tenderiam a seguir as preferências da coalizão eleitoral que ensinou a sua nomeação não por deferência, mas por possuírem preferências semelhantes. A permanente nomeação de novos membros da Suprema Corte, à média de dois juízes por mandato presidencial na época, segundo o autor, geraria relativa convergência entre o pensamento da Corte e o dos representantes eleitos (DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. *Journal of Public Law*, v. 6, 1957, p. 563-583).

⁵⁹³ WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2014, p. 448 e ss.

⁵⁹⁴ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Op. cit., p. 313-314; CROSS, Frank B.; NELSON, Blake J. *Strategic institutional effects on Supreme Court decision-making*. *Strategic institutional effects on Supreme Court decision-making*. *New York University Law Review*, v. 95, 2001, p. 1437-1467; BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Op. cit., p. 34-39.

⁵⁹⁵ HAMILTON, Alexander. *The Federalist no. 78: The Judiciary department*. Disponível em: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2012.

A ação e a reação de um Poder às ações dos demais produzem o “vai e vem” do jogo político, que depura as pretensões, acomoda os interesses e determina a vontade que deve prevalecer. Para os defensores do modelo estratégico, em sua vertente externa, denominado por alguns “modelo da separação dos Poderes”⁵⁹⁶, também nesta vertente os agentes interagem de acordo com a teoria das escolhas racionais: cada Poder opta por adotar a atitude que melhor viabilize a consecução de suas preferências políticas, considerada a atitude esperada dos demais Poderes.

Assim, quando o Judiciário antevê que a reação a uma decisão que pretende tomar será muito negativa, a ponto de colocar em risco seu cumprimento, possivelmente buscará moderá-la, de forma a produzir um entendimento de equilíbrio, que realize suas preferências na medida do possível. Em algumas circunstâncias mais críticas, como já exemplificado acima, a Suprema Corte pode optar até mesmo por recuar e deixar de afirmar suas convicções, em determinado caso concreto, com o propósito de preservar sua estabilidade institucional e, portanto, sua capacidade de dizer o direito no longo prazo⁵⁹⁷.

Os três Poderes produzem direito, são racionais e sensíveis à interação institucional. O confronto entre eles constitui uma forma espontânea de ordem e desordem⁵⁹⁸, que gera negociações e concessões recíprocas, impedindo que, em um sistema democrático, qualquer de tais Poderes fique em descompasso com o processo político no longo prazo⁵⁹⁹. O conteúdo do direito será o resultado do equilíbrio entre tais forças⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ O modelo estratégico externo é chamado por grande parte da doutrina de “modelo da separação dos poderes” porque explica o comportamento judicial a partir de sua interação com os demais poderes. Essa expressão será evitada porque possui mais de um significado, podendo designar, igualmente, o modelo de distribuição de competências entre os diversos poderes do Estado adotado pela Constituição, sem relação específica com a análise do comportamento judicial.

⁵⁹⁷ SPILLER, Pablo T.; TILLER, Emerson H. Invitations to override: congressional reversals of Supreme Court decisions. *International Review of Law and Economics*, v. 16, p. 503, 1996, p. 503 e ss.; WHITTINGTON, Keith. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. Op. cit., p. 448 e ss.

⁵⁹⁸ MCGINNIS, John O. The spontaneous order of war powers. *Case Western Reserve Law Review*, v. 47, p. 1317, 1997.

⁵⁹⁹ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. The role of the Supreme Court in American society: playing the reconstruction game. Washington: CQ Press, 1995, p. 322-324 e 585-595. Com base nesse argumento, a atuação contramajoritária do Judiciário só ocorreria ou se manteria, no longo prazo, com a aquiescência dos demais poderes.

⁶⁰⁰ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a strategic national policy-maker. *Emory Law Journal*, v. 50, 2001, p. 585; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court, p. 21; EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. The role of the Supreme Court in American society: Playing the reconstruction game. Op. cit., p. 322-324; CROSS, Frank B.; NELSON, Blake J. Strategic institutional effects on Supreme Court decision-making. Op. cit., p. 1437-1438; ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Foreword: law as equilibrium. Op. cit., p. 29-30; HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C.R. Political science and the three new institutionalisms. Op. cit., p. 11; SPILLER, Pablo T.; TILLER, Emerson H. Invitations to override: congressional reversals of Supreme Court decisions. Op. cit., p. 503 e ss.

4.1.4 Críticas ao modelo estratégico externo

Os estudiosos do modelo ideológico observam que os levantamentos quantitativos empíricos raramente confirmam a interação estratégica entre a Suprema Corte e os demais poderes. Ao contrário, tais levantamentos indicariam que o modelo estratégico externo é incapaz de explicar o comportamento judicial em uma grande gama de casos apreciados⁶⁰¹. Por isso, alega-se, o modelo ideológico constituiria a melhor explicação para o processo decisório da Suprema Corte⁶⁰². De fato, é difícil comprovar a atuação estratégica externa através de análises quantitativas. As análises qualitativas se prestam melhor à demonstração de formas de agir mais sofisticadas⁶⁰³.

De acordo com os estudiosos antes aludidos, os juízes da Suprema Corte agem de forma sincera, alinhadamente com suas preferências, a maior parte do tempo, porque a Corte não dispõe, no mundo real, de informações completas sobre as preferências dos demais Poderes ou sobre os respectivos custos de oportunidade. Por isso, havendo incerteza quanto à efetiva reação que um julgado provocará, o caminho mais racional para seus juízes será decidir com base em suas próprias preferências⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Os teóricos do modelo ideológico não se opõem ao modelo estratégico *interno* de decisão, segundo o qual os juízes podem moderar ou reforçar aspectos ideológicos de seus votos, a depender das convicções dos demais juízes com quem interagem em um colegiado. Esses estudiosos entendem que o modelo estratégico interno não é incompatível com o modelo ideológico (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 100-103). A votação sobre admitir ou não um *writ of certiorary*, na qual claramente os *justices* votam a favor ou não da admissão com base na decisão que acreditam que a Suprema Corte produziria sobre a questão de mérito, seria um exemplo de votação ideológica e/ou estratégica interna.

⁶⁰² SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 86-100 e 326-351. Nessa obra, Segal e Spaeth desenvolvem uma análise crítica sobre levantamentos quantitativos e qualitativos do modelo estratégico externo.

⁶⁰³ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court, p. 15-16; VERMEULE, Adrian. The Supreme Court, 2008 term, foreword: system effects and the Constitution. Op. cit., p. 58; REVESZ, Richard L. Congressional influence on judicial behavior? An empirical examination of challenges to agency action in the D.C. Circuit. Op. cit., p. 1102 e ss.

⁶⁰⁴ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Op. cit., p. 86-100 e 326-351; SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-powers games in the positive theory of Congress and Courts. *American political Science Review*, v. 91, n. 1, p. 28, p. 31, 1997.

Ainda segundo tais estudiosos, o Executivo e o Congresso têm agendas próprias, que podem não considerar relevante ou viável a reversão de determinado precedente⁶⁰⁵. O Congresso é um poder disperso em um grande número de representantes, sendo difícil agregá-los em torno de objetivos de menor repercussão. Há um custo institucional e político em investir contra a Suprema Corte ou em regular determinadas matérias⁶⁰⁶. A mobilização do Congresso depende da aquiescência dos líderes políticos e da pressão de grupos de interesses politicamente relevantes⁶⁰⁷. Por isso, a interação estratégica entre os Poderes constituiria a exceção e não a regra. Na maioria dos casos, a Corte gozaria de considerável liberdade para decidir, pois seria improvável e onerosa eventual represália pelo Legislativo.

Mesmo que o modelo da separação dos poderes não explique o comportamento judicial predominante na Suprema Corte, ele apresenta *insights* muito importantes para a compreensão do processo decisório de casos difíceis, que atraíam interesses conflitantes de diversas instituições. Segundo os estudiosos desse modelo, ao examinar tais casos, a Suprema Corte levará em consideração as expectativas dos demais Poderes, quando forem claras e quando o não atendimento dessas expectativas puder ensejar a desestabilização institucional da própria Corte⁶⁰⁸. Se, por outro lado, a Corte não se considerar ameaçada pela divergência ou acreditar que é capaz de impor seu entendimento, provavelmente decidirá com base em suas preferências. A Corte julgará com suas preferências, ainda, quando não lhe for possível antecipar a reação dos demais poderes⁶⁰⁹.

4.2 Elementos institucionais externos ao Supremo Tribunal Federal

⁶⁰⁵ CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistleblowing on the Federal Courts of Appeals. Op. cit., p. 2174.

⁶⁰⁶ SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-powers games in the positive theory of Congress and Courts. Op. cit., p. 30-31; RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. Op. cit., p. 80 e ss; WHITTINGTON, Keith. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. Op. cit., p. 448 e ss.

⁶⁰⁷ ESKRIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 331, 1991, p. 358-359.

⁶⁰⁸ Segundo Eskridge e Frickey, as Cortes são menos deferentes às instituições que não podem reagir de forma eficaz, ou seja, que sejam incapazes de fragilizá-la (ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Law as equilibrium. Op. cit., p. 50).

⁶⁰⁹ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court, p. 5; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Op. cit., p. 312; ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Law as equilibrium. Op. cit., p. 87-88.

O Supremo Tribunal Federal reúne em sua história diversos eventos de ataques institucionais bastante ostensivos por parte dos demais Poderes, sobretudo durante governos autoritários. A título de ilustração, em 1892, dois anos após a sua criação, o presidente Floriano Peixoto declarou, a respeito de certo processo em curso no STF: “Se os juízes do Tribunal concederem *habeas-corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas-corpus* de que, por sua vez, necessitarão”⁶¹⁰. Em 1893, o mesmo presidente deixou de preencher os cargos vagos do STF, limitando a sua capacidade de julgar, por falta de *quorum* mínimo para seu funcionamento⁶¹¹.

Em 1931, o Supremo teve seis ministros aposentados compulsoriamente e os ministros remanescentes tiveram seus vencimentos reduzidos⁶¹². A Carta de 1937 excluiu as “questões políticas” da apreciação do STF e previu a possibilidade de o Congresso reverter as declarações de inconstitucionalidade por ele proferidas. Reduziu-se, ainda, a idade máxima para aposentadoria de 75 para 68 anos, forçando-se a aposentadoria de cinco ministros⁶¹³.

Em 1965, o governo militar, através do Ato Institucional nº 2, ampliou o número de ministros de onze para dezesseis, com o objetivo de garantir a formação de uma maioria favorável ao governo, e suspendeu as garantias da magistratura. Posteriormente, em 1968, por força do Ato Institucional nº 5, excluíram-se da apreciação do Judiciário as ações praticadas com base nos Atos Institucionais, tais como o fechamento do Congresso Nacional, a

⁶¹⁰ O *habeas corpus* em questão, manejado por Rui Barbosa, voltava-se contra prisões determinadas pelo Presidente Floriano Peixoto, entre 10 e 12 de abril de 1892, em razão de manifestações populares contra medidas de seu governo, tais como a deposição de governadores e a reforma dos generais que assinaram um manifesto em favor da convocação de eleições para a Presidência da República, conhecido como o Manifesto dos Treze Generais. O *habeas corpus* foi negado pelo STF por uma maioria de 10 a 1 (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, 1891-1898*. t. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 17-22).

⁶¹¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, 1891-1898*. t. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 3. Segundo a autora: “como a sua irmã do Norte, a Corte Suprema dos Estados Unidos, sofreu o Supremo Tribunal Federal desde os seus anos iniciais, e está sofrendo principalmente hoje, as maiores pressões políticas: lá, há anos, é raro o dia em que elementos reacionários e da extrema direita não pedem o *impeachment* de seu grande Presidente, o *Chief Justice* Earl Warren, e aqui, a partir do Movimento de Abril, o Supremo Tribunal Federal tem estado permanentemente na alça de mira da chamada ‘linha dura’ militar”.

⁶¹² Foram aposentados compulsoriamente, na ocasião, os Ministros Godofredo Cunha (presidente), Edmundo Muniz Barreto, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, Pedro Afonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, 1930-1963*. t. I, v. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 30-31).

⁶¹³ Foram atingidos então os Ministros Edmundo Lins (presidente), Hermenegildo de Barros, Ataulfo de Paiva, Cândido Mota e Carlos Maximiliano (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, 1930-1963*. t. IV, v. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 33-41).

suspensão de direitos políticos e a censura prévia. Suspenderam-se novamente as garantias da magistratura e, em 1969, aposentaram-se compulsoriamente três ministros⁶¹⁴.

Assim, durante um período considerável de sua história, o Supremo Tribunal Federal sofreu violentas interferências – sobretudo da parte do Executivo – e encontrou graves limitações institucionais para exercer suas funções⁶¹⁵. Na avaliação de Oscar Vilhena Vieira:

O cumprimento da função de guarda da Constituição não tem sido realizado sem dificuldades nesses mais de cem anos. O Supremo Tribunal Federal tem sofrido no decorrer de sua história inúmeras pressões e até intervenções. Como foi a aposentadoria compulsória de diversos de seus ministros em 1931 e 1969, por não se submeterem aos regimes de exceção que chegaram ao poder respectivamente em 1930 e 1964. A resistência, no entanto, não é uma marca na história do Supremo, que em algumas circunstâncias foi omissivo ou simplesmente caudatário do poder, como tribunais em outros países⁶¹⁶.

Entretanto, as condições institucionais de funcionamento do Supremo Tribunal Federal alteraram-se substancialmente com o advento da Constituição de 1988 e com a consolidação do regime democrático. A redemocratização do país operou um reequilíbrio de forças entre os poderes, criando condições mais adequadas para a existência de um Judiciário independente.

4.2.1 O princípio da separação dos poderes na Constituição de 1988

De acordo com o art. 2º da Constituição federal de 1988, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, aos quais foram atribuídas as funções precípua já mencionadas – de legislar, de gerir a coisa pública e de julgar, respectivamente. O Poder Judiciário no Brasil dispõe de autonomia funcional,

⁶¹⁴ Desta vez, foram aposentados os Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 116-126). Cf., ainda, CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 16-17; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. cit., p. 260-261.

⁶¹⁵ De acordo com Oscar Vilhena Vieira: “No período Vargas, do padrão de relacionamento que variou, na Primeira República, entre o conflito e a submissão do Supremo em relação ao governo, prevaleceu a submissão”; e mais adiante: “O Supremo colaborou para a transição no ritmo estabelecido pela agenda do Planalto. Em diversos episódios onde se buscou o Supremo, tiveram os litigantes suas pretensões frustradas por um tribunal submisso à vontade dos militares”. O autor afirma, ainda, que a história institucional e política do STF é representativa “da própria fragilidade do direito enquanto instrumento voltado a limitar o poder na sociedade brasileira”. Por outro lado, o mesmo autor reconhece a importância da doutrina brasileira do *habeas corpus*, pela qual o STF ampliou os direitos defensáveis por esse remédio, ensejando decisões de relevância política e de resistência a ações arbitrárias por parte do Poder Público (VIEIRA, Oscar Vilhena. *STF: jurisprudência política*. Op. cit., p. 117-118 e 125).

⁶¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. Op. cit., p. 116-117.

administrativa e financeira⁶¹⁷, cabendo-lhe a organização de suas secretarias, o provimento dos cargos de juiz, a proposta de criação de novas varas, a gestão administrativa dos tribunais, bem como a elaboração de suas propostas orçamentárias (observados os limites estipulados juntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias)⁶¹⁸. No caso do Supremo Tribunal Federal, sua composição é prevista na própria Constituição federal, que determina que o tribunal será integrado por onze ministros⁶¹⁹. A tentativa de alterar tal composição, com o propósito de interferir na autonomia do STF, entraria em choque com a cláusula pétrea que veda propostas de emenda tendentes a abolir a separação dos poderes⁶²⁰. Compete, ainda, aos tribunais a eleição de seus órgãos diretivos⁶²¹, bem como cabe aos ministros do Supremo Tribunal Federal a eleição de seu presidente.

Os juízes não podem ser demitidos injustificadamente, não exercem suas funções em prazo determinado, ocupam cargos vitalícios⁶²², não podem ser removidos de ofício⁶²³ e sua remuneração é irredutível⁶²⁴, muito embora tal irredutibilidade não abranja o direito à correção monetária de seus vencimentos. Além disso, com o propósito de garantir a sua imparcialidade, a Constituição estabeleceu que lhes é vedado exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério. Veda-se, ainda, aos juízes, o recebimento de custas ou de participação em processo; a dedicação à atividade político-partidária; a percepção de auxílios ou contribuições de particulares; ou o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram, antes de decorridos três anos de tal afastamento⁶²⁵.

Entretanto, a independência judicial não é absoluta. A própria Constituição prevê mecanismos de freios e contrapesos que possibilitam alguma interferência dos demais poderes no Judiciário. Primeiramente, compete ao presidente da República a seleção dos ministros e ao Senado a sua aprovação, circunstância que contribui para a escolha de juízes sensíveis a questões políticas em sua atuação profissional, como já mencionado. Além disso, o Executivo

⁶¹⁷ Art. 99, CF.

⁶¹⁸ Art. 99, §1º, CF.

⁶¹⁹ Art. 101, CF.

⁶²⁰ Art. 60, § 4º, 2, CF.

⁶²¹ Art. 96, I, a, CF.

⁶²² Art. 95, I, CF.

⁶²³ Arts. 93, VIII, 95, II e 103-B, § 4º, III, CF.

⁶²⁴ Art. 95, III, CF.

⁶²⁵ Arts. 95, par. único, e 165, CF.

federal detém o poder sobre as forças armadas⁶²⁶ e sobre a polícia federal, e o Executivo estadual sobre a polícia civil e sobre a polícia militar⁶²⁷, órgãos de coerção que podem se tornar necessários para garantir o cumprimento das decisões judiciais e que também podem se opor a tal cumprimento.

Por outro lado, cabe ao Senado Federal processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade⁶²⁸. Compete ao Legislativo aprovar o orçamento do Judiciário, a criação e a extinção de cargos, a remuneração dos servidores e dos juízes, a criação ou extinção dos tribunais inferiores, a alteração da organização e da divisão judiciárias⁶²⁹. Além disso, o Legislativo pode emendar a Constituição com a finalidade de superar decisões do Supremo Tribunal Federal das quais divirja, desde que obtenha o *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, *quorum* este que tem se revelado bastante confortável, dada a profusão de emendas constitucionais aprovadas desde a promulgação da Constituição de 1988⁶³⁰. Por outro lado, o Judiciário pode anular atos do Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de tais emendas. Resulta, portanto, do próprio desenho institucional a possibilidade de influência e de limitação de um Poder sobre o outro. E tal possibilidade se reflete nas decisões do STF.

4.2.2 Interação com o Poder Executivo, governabilidade e economia. Estudo de casos

A análise desenvolvida a seguir se propõe a avaliar a interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo, em matérias que poderiam interferir sobre a governabilidade e/ou sobre a economia do país. Com esse propósito, selecionaram-se, como objeto do estudo, seis casos relevantes, que cobrem o período de 1990 a 2012. O objetivo, aqui, não é afirmar a existência de um padrão de sujeição ou de independência entre tais

⁶²⁶ Art. 84, XIII, CF.

⁶²⁷ Art. 144, IV, CF.

⁶²⁸ Art. 52, II, CF.

⁶²⁹ Art. 96, II, CF.

⁶³⁰ É válido mencionar, ainda, que a Emenda Constitucional 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça, atribuindo-lhe competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes. Este conselho é um órgão de composição mista integrado por quinze membros, a saber: o presidente do Supremo Tribunal Federal, um ministro do Superior Tribunal de Justiça, um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um desembargador de Tribunal de Justiça, um juiz estadual, um juiz de Tribunal Regional Federal, um juiz federal, um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho, um membro do Ministério Público da União, um membro do Ministério Público estadual, dois advogados e dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Poderes. Trata-se de um período muito amplo, em que a atitude de um Poder com relação ao outro variou e amadureceu, como consequência da própria consolidação da democracia no país. Além disso, a amostra de apenas seis casos seria incipiente para se buscar uma conclusão quanto a tal padrão.

O que se pretende, neste ponto, é apenas ilustrar a interação entre Executivo e STF e demonstrar que argumentos relacionados às *consequências* dos julgados sobre a *governabilidade* e sobre a *estabilidade econômica* influenciam as decisões tomadas pelo Tribunal e despertam neste uma atitude de deferência e de autocontenção, caracterizando-se, portanto, tais elementos como fatores extrajurídicos que interferem no seu processo decisório⁶³¹.

4.2.2.1 Plano Collor

Fernando Collor de Mello foi o primeiro presidente do Brasil eleito pelo voto popular após o regime militar e a promulgação da Constituição de 1988 e encontrou o país mergulhado em uma profunda crise econômica, com altos níveis de inflação. Com o propósito de enfrentar essa crise, anunciou, no dia subsequente à sua posse, um plano econômico que ficou conhecido como Plano Collor. O qual foi posto em prática através da edição de diversas medidas provisórias, pelas quais se determinou, entre outras providências, o bloqueio de ativos financeiros superiores a 50 mil cruzados novos constantes dos saldos de depósitos bancários à vista e dos saldos de caderneta de poupança⁶³². Em razão desta disposição, a parcela do patrimônio financeiro dos cidadãos que fosse superior ao mencionado limite foi tornada não disponível para seu titular, medida claramente limitadora de seu direito de propriedade.

Dias depois, o presidente Collor de Mello, antevendo o ajuizamento de ações em massa contra tais providências, editou uma nova medida provisória – a MP 173/1990 – pela qual vedou a concessão de liminares em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e

⁶³¹ Aparentemente, a postura de maior deferência em matéria com repercussão sócio-econômica não é particular ao Supremo Tribunal Federal, verificando-se também na Corte Constitucional alemã e na Suprema Corte norte-americana (KOMMERS, Donald P. Germany: balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University, 2006. p. 203).

⁶³² Esta providência foi determinada pela Medida Provisória 168, publicada em 16 de março de 1990.

168, relacionadas ao plano de estabilização da economia⁶³³. A constitucionalidade da própria MP 173/1990 foi, então, objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIn 223, movida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Nessa ADIn requeria-se a suspensão cautelar da previsão da MP 173/1990, que vedava o deferimento de liminares contra o plano econômico⁶³⁴.

Coube ao ministro Sepúlveda Pertence relatar a decisão aprovada pela maioria. O ministro Pertence observou que muito embora outras normas já houvessem estabelecido limitações ao deferimento de cautelares no passado, nenhuma delas possuía a amplitude e a generalidade da Medida Provisória 173/1990. Ressaltou que muitas vezes o deferimento de liminar constituía a única providência apta a assegurar a eficácia da prestação da tutela jurisdicional. Registrou que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, CF, quando combinado com o princípio da separação dos poderes, constante do art. 2º, CF, configurava uma garantia em favor do Judiciário quanto à universalidade de sua jurisdição, sendo a função cautelar uma forma de assegurá-la. Reconheceu que o caso era institucionalmente preocupante, já que a norma impugnada poderia implicar cerceamento da plenitude do controle jurisdicional e a supressão de competências do Judiciário por mera medida provisória⁶³⁵. Ponderou, contudo, que a situação econômica era séria e poderia ser agravada pela decisão do STF:

Não é preciso enfatizar, estamos num juízo cautelar da maior delicadeza, num momento econômico da maior gravidade, ao qual a suspensão indiscriminada da medida provisória poderia trazer *consequências* da maior seriedade para a política econômica em desenvolvimento⁶³⁶.

O ministro Pertence argumentou, então, que o poder geral de cautela não era absoluto e que poderia ser limitado em circunstâncias específicas, desde que demonstrada a razoabilidade da medida, como, por exemplo, em caso de necessidade de coibir o exercício abusivo de poder. Mas entendeu que a excessiva amplitude e a imprecisão dos limites do âmbito de vedação à concessão de liminares, decorrentes da generalidade da MP 173/1990, dificultavam examinar, em juízo liminar e em controle abstrato e em tese, até onde seriam razoáveis as proibições nela impostas e onde se iniciaria o excesso de tais limitações e a afronta à plenitude da jurisdição. Segundo o ministro, esse tipo de exame seria mais viável no

⁶³³ Para uma síntese do teor de cada uma das medidas provisórias, cf. relatório do ministro Paulo Brossard na ADIn 223, p. 4-5.

⁶³⁴ ADIn 223, j. 5 abr. 1990, *DJ* de 29 jun. 1990, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Sepúlveda Pertence.

⁶³⁵ ADIn 223, p. 39.

⁶³⁶ ADIn 223, p. 49.

âmbito do controle difuso e concreto da constitucionalidade realizado pelos juízes, em todos os graus de jurisdição, à luz de cada caso e de suas particularidades.

[...] creio que a solução estará no manejo do sistema difuso [de controle da constitucionalidade], porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional ou abusiva⁶³⁷.

Entre os votos que integraram a maioria destaca-se aquele proferido pelo ministro Sidney Sanches, pela franqueza com que abordou algumas das razões que motivaram a sua decisão, afirmando sua incerteza quanto aos desdobramentos econômicos que poderiam resultar da suspensão cautelar da MP 173/1990, defendendo que os juízes devem ter em conta considerações políticas ao tomar as suas decisões, registrando que, segundo pesquisas de opinião, a maioria dos brasileiros ainda apoiava o Plano Collor e que as medidas provisórias que o implementaram seriam apreciadas pelo Congresso Nacional, composto por representantes eleitos pelo voto popular, que poderiam aprová-la, rejeitá-la ou emendá-la. Ao se manifestar em tais termos, o ministro Sidney Sanches utilizou uma argumentação típica do exercício de “virtudes passivas” pelo Judiciário, deixando de intervir na matéria, por deferência ao Executivo e ao Legislativo. Confirma-se, abaixo, trecho do voto do ministro Sidney Sanches:

Preciso, também, levar em consideração o requisito do “periculum in mora”. E aqui fico entre dois perigos.

O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da própria Nação, diante da devastação econômica e da decadência moral que a vinham afligindo.

Pode um Juiz da Suprema Corte preocupar-se com aspectos políticos levados em consideração na elaboração das leis, incluídas as medidas provisórias?

Penso que pode e deve.

A preocupação política do Juiz, quando alimentada e exteriorizada com idealismo, sem partidarismos, sem facciosismos, só pode valorizar a sua meditação de conteúdo meramente técnico-jurídico.

Diante desse quadro, pergunto a mim mesmo: qual o mal maior? Permitir expressamente as medidas liminares que porão por terra um plano político-econômico, que, se tem as imperfeições próprias da elaboração humana, não deixa de ter o nobre propósito de tentar um retorno à estabilidade econômica e social e um recomeço de desenvolvimento?

Ou tolerar, temporariamente, que essas medidas não sejam permitidas, ao menos enquanto se desconhecem os efeitos do plano, se vier a ser aprovado pelo Congresso Nacional?

Vou ficar com a solução que, salvo melhor juízo, a mim me parece mais interessante para o País, mais prudente para a Nação, mais atenta ao profundo sentimento de

⁶³⁷ ADIn 223, p. 49.

brasilidade, que ocupa o coração de todo[s] nós. Não desprezo outra circunstância: toda a coletividade brasileira foi, de uma forma ou de outra, atingida pelas Medidas Provisórias de que se trata e, no entanto, segundo pesquisas de opinião pública, ainda as prestigia. Não sei até quando, é verdade.

Essa solução desvela um outro aspecto de conveniência: é que ficará entregue ao Congresso Nacional, formado, apenas e tão somente, por homens e mulheres escolhidos pelo Povo, em eleições livres e soberanas, o poder de acolher, ou não, a medida agora impugnada, de rejeitá-la, até por inconstitucionalidade, se assim lhe parecer, ou de emendá-la segundo as conveniências que encontre. E isso nos próximos dias⁶³⁸.

Por fim, o ministro Sepúlveda Pertence, ao redigir a ementa do julgado, cuidou de deixar explícito seu entendimento pessoal no sentido de que o *indeferimento da cautelar nos autos da ADIn 223 não prejudicava o exame da constitucionalidade da MP 173/1990 pelos juízes de todas as instâncias*, à luz dos casos concretos que viessem a apreciar. Assim, ao mesmo tempo em que, em sede de controle concentrado, indeferiu-se a cautelar que suspenderia a proibição de liminares contra o Plano Collor, sinalizou-se que a questão poderia voltar a ser apreciada no controle difuso de constitucionalidade, abrindo-se caminho para que a medida provisória fosse declarada inconstitucional, caso a caso, pelas instâncias inferiores e, portanto, possibilitando-se o deferimento de medidas cautelares contra o plano econômico, em sede de controle difuso de constitucionalidade⁶³⁹.

A abordagem proposta pelo ministro Sepúlveda Pertence possibilitou, na prática, que as liminares proibidas fossem outorgadas no controle difuso, sem que o Supremo Tribunal Federal assumisse integral responsabilidade política. Dessa forma, o STF dividiu com as demais instâncias o ônus institucional de contrariar o Executivo e evitou um confronto direto com o novo presidente. Aparentemente, a decisão tinha a estratégia de indeferir deferindo.

Por outro lado, o julgado, ao rejeitar a suspensão cautelar da MP 173/1990, impôs a rediscussão da sua constitucionalidade caso a caso, em todos os feitos em que fossem requeridas liminares contra o Plano Collor, se e quando ajuizados. Essa circunstância reduzia, em alguma medida, o número de liminares contra o plano e conferia maior prazo ao Executivo para implementá-lo, favorecendo a *governabilidade* e reduzindo os impactos de eventuais liminares sobre a *estabilidade econômica*. Claramente, a decisão do STF, em tais termos, tinha por pano de fundo a preocupação com as *consequências econômicas e políticas* decorrentes de uma decisão desfavorável ao novo governo, sobretudo em sede de controle

⁶³⁸ ADIn 223, p. 63-64.

⁶³⁹ Esta observação foi feita a título de *obiter dictum*. Não foi objeto de deliberação pelo Tribunal e nem era o assunto em questão, mas era quanto bastava para viabilizar a outorga de liminares nas instâncias inferiores.

concentrado da constitucionalidade, no qual os julgados do Tribunal produzem efeitos normativos (vinculantes e gerais)⁶⁴⁰.

4.2.2.2 Privatização da Companhia Vale do Rio Doce

Ainda durante o mandato do presidente Collor de Mello, foi aprovada a Lei 8.031/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização e deu início ao amplo e conflituoso processo de privatização das estatais brasileiras, que se estenderia até o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso. A referida norma teve a sua constitucionalidade questionada em 1991, através da ADIn 562, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB)⁶⁴¹.

O PSB alegou, então, que o art. 2º da Lei 8.031/1990, ao autorizar, *de forma genérica*, a privatização de toda e qualquer empresa estatal controlada direta ou indiretamente pela União, transferira indevidamente ao Executivo amplos poderes de decisão sobre as sociedades que teriam seu controle alienado. Observou, também, que o art. 37, incs. XIX e XX, da Constituição exigia autorização legislativa específica para a criação de empresa pública e de sociedade de economia mista, e que por isso a alienação do controle estatal de tais entes e/ou a sua extinção deveria, igualmente, ser objeto de *lei específica*.

Com base nesses e em outros argumentos, o PSB pediu, em sede cautelar, a paralisação do processo de privatização das empresas públicas, em especial aquele que tinha por objeto a USIMINAS. A liminar foi indeferida pelo Supremo sob o fundamento de que a regulamentação da privatização de empresas através de lei de caráter geral não era incompatível com a Constituição. Observou-se que a exigência de norma específica para a criação de estatais decorria do comprometimento de vultosos recursos do erário e da

⁶⁴⁰ Em sentido semelhante: cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. Op. cit., p. 154. Ernani Rodrigues de Carvalho observa, ainda, que: “no Brasil, em momentos de grave crise, como na crise de governabilidade que se abateu no final da década de 1980 e início da de 1990, é possível notar uma opção clara do STF pela não-interferência”. Segundo o autor: “Esse comportamento de cautela não é exclusivo do Brasil. Países que passaram do autoritarismo para a democracia, como Espanha e Portugal, também tiveram experiência semelhante. António Araújo (1997) denominou esse fenômeno de ‘prudencialismo’, citando Llorenti, que defendeu que o Tribunal Constitucional espanhol deveria adotar uma postura cautelosa (*self-restraint*) nos momentos iniciais da transição democrática, afastando-se progressivamente dela na medida em que o regime democrático se consolidasse. Em conclusão parecida, Canotilho afirmou que nos primeiros seis anos de funcionamento do Tribunal Constitucional português, ‘a jurisprudência constitucional conseguiu traçar uma linha média de concordância prática, com soluções equilibradas e exequíveis, mesmo se nem todas de aplaudir’” (CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004, p. 120).

⁶⁴¹ ADIn-MC 562, j. 4 set. 1991, DJ 26 mar. 1993, Pleno, rel. min. Ilmar Galvão.

necessidade de fixação dos objetivos das entidades, da forma de sua constituição, dos respectivos órgãos diretores, etc. Tais circunstâncias não estavam presentes na alienação de controle e/ou na extinção das mencionadas entidades⁶⁴².

Seis anos mais tarde, durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, o Supremo Tribunal Federal voltaria a apreciar a mesma questão, nos autos da ADIn 1584.⁶⁴³ Esta ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, impugnando a constitucionalidade da mesma Lei 8.031/1990, com base em argumentos idênticos, mas tendo por pano de fundo a privatização da Companhia Vale do Rio Doce. A ação foi distribuída à relatoria do ministro Ilmar Galvão. Ao apreciar o pedido de liminar, o ministro observou que a situação de fato que motivara o ajuizamento da ADIn 562, referida acima, era substancialmente diversa daquela em exame na ADIn 1584, já que na primeira estava em curso o processo de privatização da USIMINAS e que na segunda pretendia-se evitar a alienação da Companhia Vale do Rio Doce, empresas com importância econômica e com expressão política distintas.

Segundo o ministro Ilmar Galvão, embora a USIMINAS tivesse a sua origem ligada à necessidade de desenvolvimento de setor da economia que não despertara o interesse por parte da iniciativa privada, a empresa já havia cumprido a sua finalidade e não era mais considerada “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. A situação da Companhia Vale do Rio Doce era diversa em seu entendimento, tendo em vista a expressão econômica dessa e sua relevância para o desenvolvimento e para a integração nacional. Nas palavras do ministro:

Realmente, conforme se sabe, não se trata, apenas, de um conglomerado de mais de cinquenta importantes empresas que atuam nos mais diversos campos de atividade econômica, desde o dos minerais metálicos e não-metálicos e da siderurgia até o dos fertilizantes, da celulose e do papel, do transporte ferroviário e marítimo e do comércio exterior. Não se trata unicamente de uma das mais importantes empresas para a balança comercial brasileira; da líder do mercado mundial de minério de ferro e da maior produtora de alumínio e ouro da América Latina; nem tão-só de empresa que administra mais de meio milhão de hectares de florestas replantadas; qualidades que já seriam bastantes para se convencer não só da conveniência, mas da necessidade de exigir-se o pronunciamento do Congresso Nacional sobre qualquer proposta de transferência de seu controle acionário a particulares.

Acontece, no entanto, que além de cuidar-se de uma de nossas principais empresas, o que se tem é uma empresa titular de concessão para pesquisa e exploração de mais de vinte milhões de hectares em território brasileiro, possuindo reservas comprovadas de mais de quarenta bilhões de toneladas de minério de ferro, quase um bilhão de toneladas de minério de cobre, mais de seiscentos milhões de toneladas

⁶⁴² ADIn 562, p. 281.

⁶⁴³ ADIn 1584, j. 23 abr. 1997, DJ 2 abr. 2004, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Nelson Jobim.

de bauxita, além de consideráveis reservas de caulim, manganês, níquel, potássio, zinco, urânio, titânio, tungstênio, nióbio, ouro e outros minerais nobres.

Atua no território de nove estados, detendo a concessão de todas as reservas minerais da Amazônia, localizadas pelo Projeto Radam.

Opera, ainda, a maior frota de navios graneleiros do mundo, além de dois portos e cerca de mil e oitocentos quilômetros das mais modernas ferrovias brasileiras, que transportam dois terços da carga movimentada por este meio, no país.

E, como se não bastasse, desempenha o papel de uma de nossas maiores agências de desenvolvimento, concorrendo, de maneira substancial, para o melhoramento das condições de vida das populações de centenas de municípios onde atua, nos quais aplica até 8% de seu lucro líquido construindo estradas, implantando serviços de água encanada, luz e saneamento, hospitais, escolas, creches, abrigos de meninos de rua, parques ecológicos, áreas de lazer etc.⁶⁴⁴

A privatização de companhia com tal expressão, segundo o relator, não podia prescindir de prévia manifestação do Legislativo, através de lei específica, que expressasse um juízo negativo quanto à necessidade da manutenção de seu controle pelo Poder Público. Entretanto, o ministro ficou vencido na votação.

A maioria dos ministros do STF não conheceu da ação, sob o fundamento de que a matéria já havia sido apreciada quando do julgamento da ADIn 562, relacionada à USIMINAS, bem como de que não havia fato novo capaz de suscitar o reexame da questão. A decisão foi proferida em abril de 1997. Em maio do mesmo ano, uma nova ação direta de inconstitucionalidade, a ADIn 1597, foi ajuizada, conjuntamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o propósito de questionar a constitucionalidade da Lei 8.031/1990 e de impedir a privatização da Companhia Vale do Rio Doce com base nesta norma. Dessa vez, os autores inovaram em sua fundamentação.

Argumentaram que o art. 13 da Lei 8.031/1990 previa, originalmente, que a alienação de ações a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não poderia exceder a 40% do capital votante, tendo sido o dispositivo alterado pela Medida Provisória 1.481/1997, de modo a possibilitar a alienação de 100% do capital votante⁶⁴⁵. No entanto, o art. 176, §1º, da Constituição, com a nova redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 6/1996,

⁶⁴⁴ ADIn 1584, p. 118 e ss.

⁶⁴⁵ O dispositivo previa originalmente: “Art. 13 – Os processos de estatização observarão, além das normas fixadas nos artigos anteriores, os seguintes preceitos: [...]; IV – A alienação de ações de empresas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não poderá exceder a 40% (quarenta por cento) do capital votante, salvo autorização legislativa, que determine percentual superior”. A redação, tal como alterada pela medida provisória, dispunha: “A alienação de ações a pessoas físicas ou jurídicas poderá atingir 100% do capital votante, salvo disposição legal ou manifestação expressa do Poder Executivo, que determine percentual menor”.

previa que a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderiam ser efetuadas por brasileiros ou por empresa constituída sob as leis brasileiras, que tivesse sede e administração no país; e o art. 246, oriundo da mesma emenda constitucional, vedara a adoção de medida provisória na regulamentação de dispositivo da Constituição, cuja redação tivesse sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995. Portanto, não era possível a edição de medida provisória para dispor sobre a pesquisa e a lavra de minério em tais condições⁶⁴⁶.

A ADIn 1597 foi ajuizada em 30 de abril de 1997, requerendo-se o deferimento de liminar que suspendesse a aplicação da Lei 8.031/1990 e, por consequência, impedisse a realização do leilão da Companhia Vale do Rio Doce, com base na aludida norma. No dia 6 de maio, os autores protocolaram nova petição, solicitando que a medida cautelar fosse apreciada de imediato pelo relator, *ad referendum* do plenário, tendo em vista a possibilidade de realização do leilão de privatização da Companhia nesse mesmo dia, às 10 horas.

No próprio dia 6 de maio, o relator, ministro Néri da Silveira, *não conheceu* do pedido de liminar, sob a alegação formal de que a ação direta de inconstitucionalidade seria um processo objetivo e abstrato, no qual não se provê sobre situações concretas e subjetivas eventualmente existentes, como seria o caso do leilão em questão, devendo os autores utilizar-se das “vias processuais adequadas”, a serem apreciadas “nos juízos competentes”. No mesmo dia 6 de maio, realizou-se o leilão de privatização da Companhia Vale do Rio Doce.

Dois dias depois, na sessão plenária de 8 de maio de 1997, o mesmo ministro relator votou pelo *deferimento, em parte, da medida liminar, para excluir do campo de incidência do art. 13 da Lei 8.031/1990 a alienação de ações de sociedades de economia mista que operassem nos setores a que se refere o art. 176, § 1º, CF, com a redação da Emenda Constitucional 06/1995*. Entretanto, o julgamento foi suspenso, em razão do pedido de vista do ministro Nelson Jobim.

A apreciação do pedido cautelar só foi retomada pelo Supremo Tribunal Federal seis meses depois, em 19 de novembro de 1997. Nessa oportunidade, a liminar foi deferida por uma maioria de 6 a 5. Em 3 de outubro de 2006, passados nove anos sem que o mérito da ação direta fosse apreciado, esta foi julgada prejudicada, em razão da revogação das normas

⁶⁴⁶ Os artigos em questão têm a seguinte redação: “Art. 176 – [...]. §1º - A pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”; “art. 246 – É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”.

impugnadas. Sob o prisma estratégico, tais fatos poderiam ser interpretados da seguinte forma:

i) Na decisão monocrática de 6 de maio de 1993, sobre o pedido de liminar, o relator valeu-se de um argumento formal para não conhecer da questão e manter a decisão do conflito na arena política. Valeu-se, portanto, de uma manobra já denominada “virtude passiva”. Ao fazê-lo, evitou assumir o ônus de proferir individualmente uma decisão que ensejaria a suspensão do leilão da Companhia Vale do Rio Doce e que conflitaria com interesse do Executivo. Procurou dividir o ônus da decisão sobre a liminar com os demais ministros do Supremo Tribunal Federal, que a apreciariam em sessão plenária dois dias mais tarde. Procurou, ainda, dividir tal ônus com as demais instâncias judiciais, ao sugerir que os requerentes recorressem às “vias processuais adequadas”. Atuou, aparentemente, de forma estratégica.

ii) Em 8 de maio de 1993, na sessão plenária que apreciou o pedido de liminar, o relator votou, com base em suas convicções sinceras, pelo deferimento de tal pedido. Na oportunidade, a decisão lhe era menos onerosa, já que o leilão da companhia já havia sido realizado. A eventual concessão de liminar (com efeitos prospectivos ou *ex nunc*) não teria o condão de frustrá-lo. Além disso, outros cinco ministros teriam de votar no mesmo sentido para que a liminar fosse efetivamente deferida.

iii) Entretanto, o deferimento da liminar em tais circunstâncias, se, por um lado, não impedia o leilão, por outro, poderia causar embaraços para a ultimação da privatização e eventualmente dificultar a celebração do contrato pertinente. Então, ainda em 8 de maio, o pedido de vista dos autos pelo ministro Nelson Jobim suspendeu a apreciação da cautelar pelos demais ministros e impediu seu eventual deferimento. O pedido de vista pode ter sido produto de uma atuação estratégica do ministro, com o propósito de postergar uma decisão contrária aos interesses então dominantes no Executivo.

iv) Em 19 de novembro de 1993, a retomada do julgamento sobre a cautelar, passados seis meses, possivelmente encontraria situações jurídicas já consolidadas à luz da norma impugnada, e, de todo modo, a liminar então deferida só produziria efeitos prospectivos.

v) Em 3 de outubro de 2006, a extinção da ação, em virtude da revogação dos dispositivos questionados, eliminou o risco de uma decisão de mérito, com efeitos retroativos, pela inconstitucionalidade da Lei 8.031/1990 e, por conseguinte, pela invalidade da privatização da companhia. A demora na apreciação da ação pelo STF, por outro lado, postergava a apreciação de uma ação delicada do ponto de vista político e econômico.

Nota-se, assim, que o adiamento do julgamento da liminar e, posteriormente, do mérito da ação pelo Supremo Tribunal Federal poderia expressar a adoção de um comportamento estratégico. Ao se abster de decidir, o STF dividiu o ônus político que envolvia o destino da Companhia Vale do Rio Doce com as demais instâncias, às quais coube apreciar as muitas ações propostas contra a privatização, e pautou sua decisão, ao menos em parte, por suas consequências, evitando um confronto com o Executivo, favorecendo a “governabilidade” e devolvendo a matéria ao processo político.

4.2.2.3 Foro especial por prerrogativa de função

De acordo com o art. 102, inc. I, alíneas b e c, da Constituição de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente: i) nas infrações penais comuns, o presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, os seus próprios ministros e o procurador-geral da República; ii) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, *os ministros de Estado* e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Tal competência, segundo antigo entendimento do STF, se verificaria ainda que o inquérito ou a ação penal fossem movidos posteriormente ao exercício do mandato ou do cargo, desde que o suposto delito houvesse sido cometido pela autoridade durante o seu exercício. Era o que dispunha a Súmula 394, STF, segundo a qual: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Portanto, na prática, a súmula implicava atribuir ao Supremo Tribunal Federal o processo e o julgamento não apenas dos atuais exercentes de mandatos ou cargos, mas também de ex-exercentes, pela prática de crimes ocorridos durante o respectivo exercício – uma atribuição bastante desconfortável para o Supremo, diante das implicações políticas de

julgar determinadas personalidades, da percepção geral de que a prerrogativa de foro resultava em impunidade e das dificuldades geradas pela sobrecarga de processos no Tribunal.

Então, em 1999, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito 687, em que figurava como indiciado ex-deputado federal, deliberou, por maioria, a revogação da Súmula 394, sob o fundamento de que nem a Constituição de 1946, sob cuja égide a súmula fora elaborada, nem a de 1967, tampouco a Constituição de 1988 haviam previsto, de forma expressa, que a prerrogativa de foro seria extensiva aos ex-exercentes de cargos ou mandato. Defendeu-se, na oportunidade, que o instituto visaria a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a atender aos interesses pessoais de seus ex-ocupantes, bem como que, em se tratando de um privilégio, não deveria sofrer interpretação ampliativa. Observou-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal já se encontrava suficientemente assoberbado com as suas competências explícitas, não estando em condições de ampliá-las⁶⁴⁷.

A divergência foi aberta pelo ministro Sepúlveda Pertence, que observou que muito embora a previsão não se encontrasse expressa na Constituição, o entendimento expresso na Súmula 394, STF, era centenário – a primeira decisão de que se tinha notícia em tal sentido dataria de 25 de janeiro de 1842 –, de modo que, se o teor do texto constitucional quanto à prerrogativa de foro foi mantido pelo Constituinte originário ao elaborar a Carta de 1988, era de se presumir que ele concordava com a interpretação que lhe era conferida pelo Supremo Tribunal Federal. O ministro Pertence argumentou, ainda, que a extensão da prerrogativa de foro aos ex-ocupantes também protegeria o exercício do mandato ou do cargo, evitando que os agentes tivessem temor de tomar decisões pelas quais viessem a ser perseguidos mais tarde, quando já não mais se encontrassem no poder.

Recomendou, contudo, o aperfeiçoamento do verbete, para que se limitasse a prerrogativa de foro, na hipótese, aos crimes praticados “no exercício do mandato ou a pretexto de exercê-lo”. Pelo que se infere do acórdão e de seus debates, um grande número de processos em que se requeria a prerrogativa de foro referia-se a atos praticados por parlamentares ou ex-parlamentares, mas sem qualquer relação com o exercício da função parlamentar⁶⁴⁸. Para exemplificar, o ministro Sepúlveda Pertence citou até mesmo um processo sobre “tiro em boi de fazenda do Acre”⁶⁴⁹. Sua sugestão tinha por propósito,

⁶⁴⁷ Inq. 687, j. de 25 ago. 1999, DJ de 9 nov. 2001, Pleno, rel. min. Sydney Sanches.

⁶⁴⁸ Inquérito 687, p. 282 e ss.

⁶⁴⁹ Inquérito 687, p. 290.

portanto, excluir da prerrogativa de foro delitos que não tinham qualquer relação com o exercício da função pública.

Todavia, o ministro Pertence ficou vencido na decisão e, a partir desta, a prerrogativa de foro passou a ser aplicável apenas àqueles que se encontrassem no poder. Insatisfeito com a interpretação da Corte, o Legislativo editou a Lei 10.628/2002, com o propósito de alterar o art. 84, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP), de forma a estabelecer regime de foro especial semelhante àquele proposto pelo ministro Pertence, prevendo que a competência originária relativamente a atos administrativos do agente prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública. Confira-se, abaixo, a redação do dispositivo:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º - A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§2º - A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Dois anos depois, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou a Medida Provisória 207/2004, cujo art. 2º transformou o cargo de presidente do Banco Central em cargo de ministro de Estado – atribuindo-lhe, inicialmente, por via oblíqua, o foro especial previsto no art. 102, inc. I, alínea c, CF. A lei de conversão da MP, Lei 11.036/2004, acrescentou ao mencionado art. 2º um parágrafo único estendendo a prerrogativa de foro aos ex-presidentes do Banco.

Art. 2º O cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado.

Parágrafo único. A competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública.

Cada qual das mencionadas leis foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade. A Lei 10.628/2002, que alterou o Código de Processo Penal, foi

questionada por meio das ADINs 2797 e 2860⁶⁵⁰, propostas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A Lei 11.036/2004, que versou sobre o regime aplicável aos presidentes e ex-presidentes do Banco Central, foi impugnada por meio das ADINs 3289 e 3290, propostas pelo Partido da Frente Liberal (PFL) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), partidos de oposição ao governo⁶⁵¹.

As duas últimas ações foram julgadas em primeiro lugar, em maio de 2005, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes. Surpreendentemente, afirmou-se, então, que *não haveria qualquer óbice à concessão de prerrogativa de foro aos ex-dirigentes do Banco Central*. Como a ação tinha objeto mais amplo, a discussão sobre a extensão do foro especial passou relativamente em branco nos votos dos demais ministros. Entretanto, o ministro Sepúlveda Pertence, mais uma vez vencido na matéria, entendeu que a previsão era inconstitucional porque não se compatibilizava com a interpretação já conferida à prerrogativa de foro pelo STF, por ocasião do julgamento do Inquérito 687. Constatou da ementa do acórdão que decidiu as ADINs 3289 e 3290:

Não caracterização de modelo simétrico ou linear de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidentes e ex-Presidentes do Banco Central.

No entanto, apenas quatro meses mais tarde, ao decidir as ADINs propostas contra a Lei 10.628/2002, que alterara o Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, alterou novamente seu entendimento e declarou a inconstitucionalidade da norma, sob o fundamento de que o próprio Tribunal já teria decidido que o foro especial era inextensível aos ex-ocupantes de cargos e que tal entendimento derivava diretamente da Constituição, não se admitindo lei ordinária em sentido contrário, sob pena de desrespeito à competência do STF para dar a última palavra sobre a Constituição. Veja-se, sobre o ponto, o trecho abaixo, em que o Supremo preocupa-se em impor ao Legislativo o respeito ao julgado prolatado no Inquérito 687:

Admitir que pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia – só constituiria a Lei Suprema na medida de inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

⁶⁵⁰ ADINs 2797 e 2860, j. 15 set. 2005, DJ 19 dez. 2006, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence.

⁶⁵¹ ADINs 3289 e 3290, j. 5 maio 2005, DJ. 3 fev. 2006, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes.

Em nenhuma das decisões proferidas nas ações diretas antes mencionadas o Supremo Tribunal Federal procurou justificar o tratamento diferenciado pelo qual admitia que lei ordinária atribuísse foro privilegiado aos ex-presidentes do Banco Central, mas rejeitava que norma de mesma hierarquia conferisse igualmente foro privilegiado a ex-ocupantes de outros cargos de relevo político igualmente previstos no art. 102, I, alíneas b e c, da Constituição, inclusive aos ex-ocupantes de cargo de ministro de Estado, o mesmo cargo em que foi transformado o cargo de presidente do Banco Central.

Ocorre que, na ocasião, o então presidente do Banco Central vinha sendo alvo de uma série de denúncias, cujas motivações poderiam ser a divergência ou a tentativa de impedir a efetivação de determinados ajustes na economia. E a atribuição de foro especial ao ocupante de tal cargo foi muito defendida pelo Executivo, sob o fundamento de que o ajuizamento de ações contra tal autoridade poderia se tornar um instrumento de pressão contra a adoção de medidas econômicas consideradas essenciais pelo governo. Assim, uma explicação possível para a incongruência gritante entre os julgados era, mais uma vez, o propósito de atender às expectativas de *governabilidade* do Executivo e de viabilizar *medidas econômicas*. Ignorava-se precedente do próprio Supremo Tribunal Federal, sem qualquer justificativa, de modo a favorecer a obtenção dos *resultados* pretendidos pelo governo.

Em janeiro de 2005, antes mesmo que os julgamentos acima estivessem concluídos, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal apresentou o Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, prevendo que a prerrogativa de foro subsistiria ainda que o inquérito ou a ação judicial fosse iniciado após a cessação do exercício da função, desde que o suposto ato ilícito tenha sido praticado no dessa ou a pretexto de exercê-la. A referida emenda ainda se encontra em tramitação.

4.2.2.4 Crédito presumido de IPI e alíquota zero

O imposto sobre produtos industrializados (IPI), de competência da União, incide sobre a saída do estabelecimento industrial de bem submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou que o aperfeiçoe para o consumo, e que tenha sido previamente especificado em tabela editada por lei⁶⁵². É um imposto não cumulativo e plurifásico, incidente sobre o valor agregado em cada etapa da cadeia produtiva, calculado e

⁶⁵² RE 353657, j. 25 jun. 2007, DJ. 7 mar. 2008. p. 533, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

pago em cada qual de tais etapas. Segundo essa lógica, o IPI incidirá sobre o valor total do primeiro bem da cadeia, mas apenas sobre o valor acrescido nas etapas subsequentes.

Imagine-se, por exemplo, um bem que custe R\$ 100,00 e que seja tributado por uma alíquota de 10%. O imposto devido na primeira operação será de R\$ 10,00. Imagine-se, então, que o adquirente desse bem gerará um novo produto, cujo valor final é R\$ 200,00. Incidente a alíquota de 10%, o valor do tributo devido na segunda operação seria de R\$ 20,00. No entanto, o aludido adquirente, pela sistemática do IPI, deverá se creditar do tributo já recolhido na operação anterior, R\$ 10,00, e compensá-lo com o imposto devido na segunda operação. Por isso, na segunda operação, só pagará R\$ 10,00 a título de IPI – importância correspondente justamente à incidência da alíquota de 10% sobre o valor que agregou ao insumo.

Ocorre que no caso de insumos ou de bens adquiridos com isenção de IPI, a sistemática acima suscita dúvidas. Isso porque, como não se pagou IPI na primeira operação, duas possibilidades se abrem: i) o adquirente será obrigado a recolher o IPI devido na etapa anterior porque a alíquota de 10% incidirá sobre o valor total do bem que produzir (R\$ 200,00), gerando um imposto de R\$ 20,00, e não haverá crédito para abater de tal valor (porque a operação anterior era isenta); ou ii) o adquirente se creditará do valor correspondente a 10% do insumo (R\$ 10,00) e abaterá esse valor do IPI que recolherá, de modo a limitar a incidência do tributo ao valor que agregou ao bem.

Na primeira hipótese, a isenção na aquisição teria o efeito de desonerar o primeiro produto e de diferir o pagamento do imposto sobre ele incidente, mas não desoneraria o valor final do bem. Apesar da isenção, o valor do tributo a ser recolhido aos cofres públicos seria idêntico àquele devido em uma cadeia sem isenção (desde que mantidos constantes os valores e alíquotas antes mencionados). Essa era a interpretação que favorecia uma maior arrecadação. Por conseguinte, foi defendida pelo Fisco.

Na segunda hipótese, o imposto estaria efetivamente incidindo apenas sobre o valor agregado pelo produtor, no entanto, para que isso ocorresse, seria necessário gerar um “crédito presumido”, correspondente a uma importância que não foi paga realmente (por conta da isenção), e compensar tal crédito com o valor total do tributo resultante da segunda operação. Essa alternativa evitava o diferimento do tributo, desonerava o custo final do bem e reduzia a arrecadação. Era a interpretação defendida pelos particulares.

A discussão foi objeto do RE 212.484, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em 1998, durante o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, tendo se concluído que a interpretação defendida pelos contribuintes era a mais correta, entre outros argumentos

porque, se fosse adotado o entendimento defendido pelo governo: i) em caso de isenção do produto anterior, o IPI incidiria sobre o valor total do bem subsequente, e não apenas sobre o valor agregado pelo contribuinte, transferindo-se a este último o pagamento do tributo isento; e, ainda, porque, nessas circunstâncias, ii) tornava-se inviável o efetivo deferimento de isenção para qualquer elo que não o último da cadeia produtiva, já que o contribuinte seguinte acabaria pagando o tributo devido pelo contribuinte isento. Com base nesses argumentos, o STF entendeu que era *válido o crédito presumido em caso de produtos adquiridos sem o pagamento de IPI na etapa anterior*, no caso, em razão de isenção.⁶⁵³ Esta foi a *ratio decidendi* do julgado.

Em 2002, quatro anos depois, o STF apreciou o RE 350.446, que versava sobre questão semelhante: a possibilidade de crédito presumido no caso de produtos sujeitos à *alíquota zero*⁶⁵⁴. A diferença estava no fato de que, no recurso extraordinário antes referido, tratava-se de produtos sujeitos a *isenção*. Adotou-se, então, entendimento análogo, observando-se que a diferença entre isenção e alíquota zero, no caso do IPI, tinha relação com a finalidade extrafiscal do tributo. O deferimento ou a revogação da isenção dependia de lei, nos termos do art. 176, CTN. Já a gradação da alíquota até zero podia se dar por mero decreto, com base no art. 153, § 1º, CF, constituindo um instrumento de rápida intervenção na economia.

Entretanto, os efeitos da isenção e da alíquota zero para fins de discussão do direito ao creditamento presumido do adquirente do produto eram idênticos. Em qualquer das hipóteses, não haveria recolhimento de IPI na etapa anterior e o produtor subsequente precisaria se creditar do valor correspondente, sob pena de pagar o tributo isento. Manteve-se, portanto, a *ratio decidendi* do julgado de 1998, que determinava ser *válido o crédito presumido em caso de produtos adquiridos sem o pagamento de IPI na operação anterior*, fazendo-se constar da ementa do julgado:

Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não cumulatividade.

A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito.

⁶⁵³ RE 212484, j. de 5 mar. 1998, DJ de 27 nov. 1998, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Nelson Jobim.

⁶⁵⁴ RE 350446, j. 18 dez. 2002, DJ. 6 jun. 2003, Pleno, rel. min. Nelson Jobim.

Com este raciocínio, o plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário da União, por uma votação de 9 a 1, tendo ficado vencido apenas o ministro Ilmar Galvão. Concordaram com o desfecho do caso os ministros Moreira Alves, Sidney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Marco Aurélio, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. A conclusão desse julgado foi replicada para outros sessenta recursos de objeto idêntico no STF⁶⁵⁵ e configurou, desde logo, a jurisprudência dominante para as instâncias inferiores, inclusive para fins de indeferimento monocrático dos recursos da Fazenda Nacional.

Em 2007, passados aproximadamente quatro anos do julgado anterior, já durante o mandato do presidente Lula, o assunto retornou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 353.657⁶⁵⁶. Mais uma vez, a União batia-se pelo não creditamento em hipótese de aquisição de bem sujeito à alíquota zero de IPI. Nesse novo recurso, de forma surpreendente, a decisão tomada por 9 a 1 contra a União, no caso anterior, foi revertida por uma decisão tomada por 6 a 5, a favor do Fisco, decisão esta viabilizada pelo ingresso dos ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa no STF, bem como pela mudança de entendimento dos ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, sendo de se destacar que estes três últimos ministros participaram do julgamento anterior, manifestando-se, então, em sentido oposto. A relatoria do caso coube ao ministro Marco Aurélio, que, desta vez, defendeu a tese do governo, com base nos seguintes fundamentos:

- i) O princípio da não cumulatividade, previsto no art. 153, § 3º, II, CF, determina que a compensação do IPI deve ocorrer com base no “montante cobrado nas [operações] anteriores”. Se nada foi cobrado na operação anterior, porque esta era sujeita à alíquota zero, nada haveria a compensar.

- ii) Não havendo cobrança do tributo na operação anterior, a utilização da alíquota da operação subsequente para calcular o valor do crédito presumido a ser compensado implicaria ato de criação normativa vedado ao Judiciário, condenando-se os “malabarismos interpretativos que acabem por implicar o desprezo ao sentido

⁶⁵⁵ RE 353657, p. 722.

⁶⁵⁶ RE 353657, j. 25 jun. 2007, DJ 07 mar. 2008.

vernacular das palavras” (frise-se que a invocação dos limites literais do texto constitucional contradizia entendimento anterior, defendido pelo próprio ministro).⁶⁵⁷

iii) A aplicação da alíquota cobrada na operação subsequente para o cálculo do crédito presumido implicaria, ainda, uma seletividade às avessas. Isso porque se o produto final fosse supérfluo e, portanto, tributado por uma alíquota maior, haveria o creditamento também em quantia maior.

iv) IPI e ICMS constituem tributos não cumulativos, tratados de forma semelhante pela Constituição. Assim, como esta veda o creditamento em caso de isenção ou não incidência de ICMS, nos termos do art. 155, § 2º, I, CF, a mesma lógica seria aplicável ao creditamento do IPI⁶⁵⁸.

O Ministro Marco Aurélio fez menção, ainda, a um “esqueleto de bilhões de reais” decorrente da sistemática até então prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal e, para reforçar seus argumentos, aludiu a artigo da jornalista Miriam Leitão, publicado no jornal *O Globo*, no qual a repórter teria consignado:

O que torna preocupante esse assunto é que o governo – apesar que [*sic*] é claríssimo que ele tem razão – já tinha sido derrotado no Supremo. Decidir contra o recurso [da União] pode causar uma sangria absurda nos cofres públicos. O fato mais grave é que, quanto mais supérfluo for o produto, maior será o benefício do produtor e o IPI tem como característica justamente onerar menos produtos considerados essenciais. Os não essenciais terão o maior ganho; é o caso do cigarro por exemplo (...)⁶⁵⁹.

Os argumentos tecidos pelo relator foram enfrentados pelos ministros que restaram vencidos nos seguintes termos:

i) Em caso de operação anterior sujeita à alíquota zero, o não creditamento e, por conseguinte, a não compensação na operação subsequente implicaria o mero diferimento do tributo e, portanto, ensejaria sua efetiva cobrança. Ocorre que a

⁶⁵⁷ RE 353657, p. 514.

⁶⁵⁸ O artigo em questão estabelece: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]; II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]; § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...]; II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes”.

⁶⁵⁹ RE 353.657, p. 518.

compensação é uma técnica pela qual se operacionaliza um modelo de tributo que pretende incidir sobre o valor agregado em cada etapa da cadeia produtiva, sendo este o significado da não cumulatividade do IPI, constante do art. 153, § 3º, II, CF.

ii) Não há criação de uma alíquota pelo Judiciário, mas mero raciocínio lógico pelo qual se produz o creditamento e a compensação necessários a gerar para o produtor a obrigação de pagar apenas o IPI incidente sobre o valor agregado. Isso porque, não havendo cobrança do tributo na operação anterior, o IPI incide com base na alíquota da operação subsequente sobre o valor total do bem (insumo + valor agregado). A forma de manter a tributação exclusivamente sobre o valor agregado na segunda operação é abater do valor total devido a título de IPI o valor do IPI correspondente ao insumo, calculando-se todos os valores com base na mesma alíquota por essa razão⁶⁶⁰.

iii) Não há seletividade às avessas. O produtor do bem sujeito à alíquota zero não pagará tributo. O produtor subsequente pagará tributo pela alíquota majorada sobre o valor que agregou ao bem e que o transformou em um produto supérfluo⁶⁶¹.

iv) A regra do art. 155, § 2º, II, a, CF, que veda o creditamento em hipótese de isenção ou não tributação, salvo previsão específica em sentido contrário, aplica-se exclusivamente ao ICMS e tem uma história muito particular. No passado, o STF havia decidido pela possibilidade de tal creditamento, e essa decisão deflagrara uma verdadeira guerra fiscal entre os Estados. Sobreveio, então, a Emenda Constitucional 23/1983, conhecida como Emenda Passos Porto, que vedou tal creditamento, e tal disposição foi mantida na Constituição de 1988. Se a Constituição nada dispôs sobre o IPI, cuja não cumulatividade ensejava discussão semelhante, é de presumir que não pretendeu conferir a este último tributo o mesmo tratamento atribuído ao ICMS. Por

⁶⁶⁰ Em uma operação em que o insumo tenha custado R\$ 50,00, o valor agregado ao produto tenha sido R\$ 150,00, a alíquota do IPI seja 10% e o valor total do bem seja R\$ 200,00, o valor devido a título de IPI corresponderá a 10% de R\$ 200,00, portanto, a R\$ 20,00. No entanto, R\$ 5,00 referem-se ao IPI incidente sobre o insumo e R\$ 15,00 ao IPI incidente sobre o valor agregado na segunda operação. Portanto, o segundo produtor gerará um crédito presumido de R\$ 5,00, cabendo-lhe pagar apenas R\$ 15,00.

⁶⁶¹ Desse modo, se o insumo custou R\$ 50,00, o valor agregado ao produto foi R\$ 150,00 e a segunda operação sofre a incidência de alíquota de 20%. O valor devido a título de IPI equivale a 20% calculados sobre R\$ 200,00 e, portanto, a R\$ 40,00. No entanto, R\$ 10,00 referem-se ao IPI incidente sobre o insumo e R\$ 30,00 ao IPI incidente sobre o valor agregado na segunda operação, cujo produto é supérfluo. Assim, o segundo produtor gerará um crédito presumido de R\$ 10,00, cabendo-lhe pagar apenas R\$ 30,00. Não haveria, portanto, seletividade às avessas.

consequente, o direito ao crédito, no caso do IPI, derivava diretamente da norma constitucional que prevê a não cumulatividade desse tributo sem desautorizar o direito ao creditamento (art. 153, §3º, II, CF).

Finda a votação quanto ao mérito, o ministro Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem, ponderando que essa nova decisão importava alteração de jurisprudência antiga do STF sobre a matéria, no novo caso, por uma maioria exígua, e sugeriu que se examinasse, desde logo, se não seria o caso de conferir efeitos meramente prospectivos à decisão, para não surpreender os contribuintes que até o momento haviam confiado nos precedentes do STF ou nas decisões tomadas pelas demais instâncias, com base em tais precedentes. A questão foi levada então a votação, na qual os efeitos prospectivos foram recusados pela maioria, dessa vez, vencido apenas o ministro Lewandowski. Entre os argumentos invocados para rejeitar a modulação temporal da decisão destacam-se os seguintes⁶⁶²:

i) Muito embora o plenário do Supremo Tribunal Federal houvesse proclamado o direito ao crédito, em dezembro de 2002, nos REs 350.446, 353.668, 357.277 e 358.493, nenhuma de tais decisões, referentes a aquisições de bens sujeitos à alíquota zero, transitaram em julgado, em virtude da oposição de embargos declaratórios ainda pendentes de julgamento pela Fazenda Nacional. Entre a publicação da decisão proferida no primeiro recurso antes aludido e a publicação da ata de sessão em que a 1ª turma do STF decidiu submeter novamente a matéria ao Plenário, sinalizando uma possível mudança de entendimento, teriam transcorrido aproximadamente um ano e oito meses. Por isso, não haveria jurisprudência firmada no Supremo sobre a matéria, tampouco se estaria surpreendendo o contribuinte ou prejudicando a segurança jurídica daqueles que confiaram no entendimento do STF. Ao contrário, teria havido rápida sinalização (pela 1ª Turma) sobre possível mudança de entendimento (do Plenário)⁶⁶³.

⁶⁶² Durante o julgamento em questão, os ministros discutiram alguns recursos que versavam sobre a matéria. Um dos casos debatidos tinha uma particularidade. Referia-se a um mandado de segurança, em que se requeria o reconhecimento do direito ao crédito no período de 1996 a 1998. Alguns ministros afastaram a possibilidade de modulação temporal nesse caso específico também porque a providência, nessa situação, importaria denegar a ordem requerida pelo particular, mas, ao mesmo tempo, manter seu direito ao crédito, que era justamente a providência denegada.

⁶⁶³ Argumentação nesta linha encontra-se presente nos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Marco Aurélio.

ii) À luz da dicção literal do art. 27 da Lei 9.868/1999 (aplicado analogicamente)⁶⁶⁴, a modulação dos efeitos da decisão seria possível apenas em caso de declaração da inconstitucionalidade de uma norma e teria por base a presunção de legitimidade dos atos do Poder Público. O que ocorreu no caso concreto, quando muito, foi mera alteração jurisprudencial⁶⁶⁵.

iii) Em virtude de prazos prescricionais e decadenciais, a modulação dos efeitos da decisão ensejaria tratamento desigual entre contribuintes, proporcionando um enriquecimento sem causa daqueles que se creditaram indevidamente, em prejuízo dos demais que não o fizeram e que pagaram os tributos devidos⁶⁶⁶.

iv) *A modulação dos efeitos temporais geraria considerável déficit nas contas públicas*⁶⁶⁷.

Quanto ao primeiro argumento tecido acima, de acordo com o qual não haveria jurisprudência assentada porque ainda não teria ocorrido o trânsito em julgado dos *leading cases* sobre a matéria, deve-se notar que a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal produz o efeito imediato de sinalizar para os tribunais inferiores o entendimento ali dominante, inclusive para fins de rejeição monocrática de recursos.

O recurso de embargos de declaração, por sua vez, tem a finalidade de possibilitar o enfrentamento de questões sobre as quais o julgado tenha se omitido ou tenha se manifestado de forma contraditória ou obscura. Presta-se, portanto, a complementar a decisão e apenas excepcionalmente produz efeitos infringentes a ponto de inverter completamente a decisão embargada, em especial quando esta foi tomada pelo nada módico *quorum* de 9 a 1. Ademais, na hipótese em exame, a decisão sobre creditamento e alíquota zero chegou a ser replicada em

⁶⁶⁴ De acordo com o mencionado dispositivo: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁶⁶⁵ Esse entendimento pode ser encontrado de forma explícita nos votos dos Ministros Ayres Britto, Eros Grau, Cármen Lúcia e Marco Aurélio.

⁶⁶⁶ Alegação presente, exemplificativamente, nos votos do Ministro Sepúlveda Pertence, Cármen Lúcia e Marco Aurélio.

⁶⁶⁷ RE 353.657, p. 711.

aproximadamente sessenta casos semelhantes em curso no próprio STF⁶⁶⁸. Portanto, tudo levava a crer tratar-se de jurisprudência assentada.

Não bastassem tais fatos, é discutível que o entendimento sobre o direito ao creditamento em caso de alíquota zero date de 2002. Isso porque não havia qualquer diferença relevante entre produto isento e produto sujeito à alíquota zero, no que respeita ao tratamento a ser dado ao crédito presumido – ou, se havia, tal diferença não foi articulada com clareza nos acórdãos analisados acima – e o *leading case* em que se decidiu pela validade do crédito presumido em caso de não pagamento de IPI (por isenção) no elo anterior da cadeia produtiva constituía *jurisprudência assentada desde 1998 e transitada em julgado*⁶⁶⁹.

Quanto ao segundo argumento, relativo à impossibilidade de modulação temporal quando não houvesse declaração de inconstitucionalidade, mas mera alteração da jurisprudência, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia admitido a modulação em situação semelhante. No caso de revogação da Súmula 394, STF, abordado anteriormente (pelo qual se passou a entender que o foro especial não seria aplicável a ex-exercentes de mandato ou cargo público), atribuiu-se eficácia prospectiva parcial ao novo precedente, a fim de preservar todas as decisões e demais atos praticados pelo Supremo nos respectivos processos até então.

Da mesma forma, no Conflito de Competência 7.204, o STF modificou seu entendimento sobre a competência para julgar ações em que se pleiteasse indenização por danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente de trabalho, transferindo-a da Justiça comum para a Justiça do Trabalho, mas manteve igualmente os atos já praticados e fez constar da ementa do julgado a seguinte observação:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

⁶⁶⁸ RE 353.657, p. 722.

⁶⁶⁹ Fica, ainda, a dúvida acerca do objeto preciso do RE 353.657, já que, ao tecer esclarecimentos adicionais sobre o feito, o Ministro Marco Aurélio parece dar a entender que o recurso também abrangeria produtos isentos, além daqueles sujeitos à alíquota zero e não tributados. Veja-se o teor da manifestação do Ministro: “– Faço um breve retrospecto das balizas desses processos. O relativo ao Recurso Extraordinário nº 353.657-5/PR revela mandado de segurança impetrado contra ato de delegado da Receita Federal em Ponta Grossa, objetivando o reconhecimento do direito a créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados devidamente atualizados pela Selic, advindos da aquisição de matéria-prima, produtos intermediários e material de consumo *cuja entrada é isenta*, não tributada ou sujeita à alíquota zero” (RE 353.657, p. 700, grifou-se).

Além disso, no mesmo ano em que foi decidido o RE 353.657, aproximadamente quatro meses depois, no julgamento do MS 26.603, o STF procedeu à modulação de efeitos temporais, em razão de revisão jurisprudencial, dispondo que seus precedentes desempenham a função de conferir previsibilidade ao direito, razão pela qual, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, a mudança de entendimento pelo Supremo autoriza que se atribua à nova decisão efeitos apenas a partir de data a ser fixada pelo Tribunal:

Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e, em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado, desse modo permitindo preservar situações consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal⁶⁷⁰.

Já o terceiro argumento, no sentido de que a modulação temporal geraria tratamento diferenciado entre os contribuintes, deixava de considerar que os contribuintes em questão já se encontravam em situação desigual, já que alguns ingressaram em juízo defendendo direito que pareceu legítimo a uma maioria de 9 a 1 do STF, em pelo menos sessenta casos até então (e a diversos órgãos de instâncias inferiores), ao passo que outros contribuintes permaneceram inertes. Além disso, qualquer virada jurisprudencial enseja tratamento diverso entre aqueles que tiveram seus casos apreciados antes ou depois da mudança, circunstância que não tem sido considerada um óbice intransponível à mudança de entendimento.

Por todo o exposto, os três primeiros argumentos listados acima contra a modulação temporal da decisão poderiam ser rebatidos, abreviadamente, nos seguintes termos:

- i) As decisões favoráveis ao creditamento em caso de alíquota zero foram proferidas pelo pleno do STF e reproduzidas em aproximadamente sessenta casos, sinalizando o entendimento dominante para as demais instâncias e para os jurisdicionados. A alteração de tal entendimento, em sede de embargos de declaração, era improvável, quer por ter sido adotado pelo *quorum* de 9 a 1, quer pelo escopo restrito deste recurso.

⁶⁷⁰ MS 26.603 j. 4 out. 2007, de j. 19 dez. 2008.

Além disso, o caso não se diferenciava do tratamento dado ao creditamento em situação de isenção, que constituía jurisprudência firmada em 1998 e transitada em julgado.

ii) Precedentes do próprio STF reconheciam a possibilidade de modulação temporal de decisões que produziram a alteração de sua jurisprudência, mesmo quando estas não importassem a declaração da inconstitucionalidade de uma norma.

iii) Os contribuintes que ingressaram em juízo já se encontravam em situação de desigualdade com aqueles que permaneceram inertes, por decisão voluntária de cada qual. A igualdade é preservada na medida em que se tratam os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Ademais, qualquer alteração jurisprudencial implica tratar desigualmente aqueles que tiveram seus casos apreciados antes ou depois da alteração.

Em tal contexto, o quarto argumento contra a modulação dos efeitos temporais da decisão, *pertinente às conseqüências econômicas e aos passivos a serem enfrentados pelo governo*, se o creditamento presumido fosse mantido até tal oportunidade, pode ter tido no caso um peso bastante especial. Ele foi articulado explicitamente pelo ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos:

Deve-se ter presente, por último, que a decisão proferida, em relação a contribuintes que hajam ingressado em Juízo e aos demais, mesmo considerados quanto a estes os últimos cinco anos, *implicará o esvaziamento do tributo, surgindo, como já consignado, passivo de proporções gigantescas a ser arcado pela própria sociedade.*

A segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizad[os], dando-se primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel que lhe é reservado [...].

.....
De minha parte, pouco importando os interesses individuais e momentâneos em jogo, sufrago o entendimento, sempre e sempre, da preponderância da ordem jurídica. É o preço a ser pago em um Estado Democrático de Direito, e é módico. Concluo pela eficácia das decisões tal como proferidas⁶⁷¹.

No trecho transcrito acima, fica claro o recurso retórico de que se vale o ministro Marco Aurélio. O argumento acerca das conseqüências econômicas da decisão – claramente pragmático e consequencialista – é subsumido ao valor altamente abstrato de “segurança

⁶⁷¹ RE 353.657, p. 711-712, grifou-se.

jurídica”, transformando-se então em uma questão de direito positivo: ou o STF garantia a “segurança jurídica” – leia-se, os interesses econômicos e fiscais da União – ou não estaria conferindo primazia à Constituição federal e teria excedido suas competências (de legislador negativo), dando primazia a “interesses individuais e momentâneos”, em detrimento do interesse público. Mais um exemplo de utilização do argumento legalista para os fins estratégicos de legitimar uma decisão judicial tomada com base em considerações de ordem política.

Visto por outro ângulo, também o Fisco tinha conhecimento da natureza altamente controvertida do direito que pleiteava. Por anos, recebeu diversas decisões negativas, nos mais diferentes tribunais, inclusive no próprio Supremo, quer quanto ao direito de crédito em caso de isenção, quer em caso de alíquota zero, de forma que não parece plausível afirmar que haveria surpresa para a União e insegurança jurídica se tais decisões fossem mantidas total ou parcialmente. Pelo mesmo raciocínio aplicado aos particulares, também a Fazenda poderia ter se programado para eventual revés.

Nota-se, ainda, que a abordagem do acórdão sobre efeitos econômicos é genérica e se mantém no plano abstrato, sem sequer especificar os números envolvidos e seus reflexos sobre a arrecadação, sobre a operação da máquina pública e sobre eventual carga adicional para os contribuintes. Tal abordagem soava, assim, como uma argumentação *ad terrorem*. Apesar disso, novamente prevaleceu no Supremo Tribunal Federal um entendimento orientado pelas supostas *consequências* da decisão, em prejuízo à coerência com os precedentes anteriores, favorecendo-se a *governabilidade* e atendendo-se a preocupações com a *economia*.

4.2.2.5 COFINS e sociedades civis de profissões regulamentadas

A controvérsia posta no RE 377.457 e julgada pelo pleno no fim do ano de 2008 dizia respeito à manutenção ou não da isenção de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada⁶⁷². Tal isenção fora estabelecida por lei complementar em 1991 (art. 6º, inc. II, da Lei Complementar 70/1991) e revogada por lei ordinária em 1996 (art. 56 da Lei 9.430/1996), durante o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso. Debatia-se, então, se a revogação seria válida ante os princípios da hierarquia das leis e da simetria das

⁶⁷² RE 377457, j. 17 set 2008, DJ 19 dez 2008, Pleno, Gilmar Mendes.

formas. A relatoria do caso, cujo julgamento se concluiu durante o mandato do presidente Lula, coube ao ministro Gilmar Mendes, que se manifestou pela validade da revogação da isenção. Invocou, para tal, duas razões principais:

i) Sempre prevalecera no Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. As duas espécies normativas se distinguiriam apenas com base nas matérias reservadas pela Constituição à lei complementar. Fora de tais hipóteses, uma norma aprovada com o *quorum* de lei complementar, como aquela de determinava a isenção da COFINS, seria materialmente ordinária, podendo ser revogada por lei ordinária.

ii) Não havia necessidade de lei complementar para disciplinar os elementos próprios à incidência das contribuições previstas no próprio texto constitucional, mais uma razão para atribuir à Lei Complementar 70/1991 a condição de lei ordinária em sentido material, passível de alteração por lei ordinária.

Este foi o entendimento da maioria, que concluiu que a isenção da COFINS fora revogada de forma válida pela Lei 9.430/1996, vencidos apenas os ministros Eros Grau e Marco Aurélio. Levantou-se, então, a discussão sobre a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão, em atenção ao princípio da segurança jurídica, para conferir-lhe eficácia meramente prospectiva, tendo em vista quatro argumentos principais:

i) A discussão sobre a validade da Lei 9.430/1996 remontava ao início de 1997, quando o governo federal passou a exigir a COFINS das sociedades profissionais. E havia no Superior Tribunal de Justiça jurisprudência maciça em favor da nulidade da revogação da isenção das mencionadas sociedades pela lei ordinária, jurisprudência esta refletida na Súmula 276, STJ, editada no ano de 2003, segundo a qual: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”⁶⁷³.

⁶⁷³ Os acórdãos que serviram de base à produção da súmula manifestavam-se sobre a irrelevância do regime tributário adotado pelas sociedades profissionais para a fruição da isenção, bem como pela nulidade da lei ordinária que teria revogado o benefício, previsto em lei complementar.

ii) Apesar da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal sobre a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, o STF vinha decidindo que a discussão em tela configurava matéria infraconstitucional, pertinente ao tratamento e aplicação de leis federais, conferindo, portanto, caráter de definitivo às decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto⁶⁷⁴.

iii) A tendência do Supremo de considerar ser competência do STJ dar a palavra final sobre o assunto só foi alterada a partir dos julgamentos, pela Primeira Turma, do RE 419.629 e do RE 451.988, em 2006⁶⁷⁵. Por conseguinte, a decisão de mérito proferida em sentido diametralmente oposto à jurisprudência consolidada até então surpreendia o contribuinte, que não tinha como prever, em tal contexto, que o STF reverteria as decisões do STJ⁶⁷⁶.

iv) Tratava-se, ademais, não de “grandes contribuintes”, mas de uma multiplicidade de “pequenos contribuintes”, possivelmente com diminuta capacidade de absorver tamanho impacto econômico, decorrente da cobrança tributária retroativa do tributo, com seus consectários legais (multa e juros), razão pela qual o impacto dessa decisão sobre os jurisdicionados seria até mais amplo do que no caso do IPI, anteriormente analisado⁶⁷⁷.

Tais aspectos foram levados a debate, tendo sido objeto de ponderação pelos ministros, e ficaram registrados nos seguintes termos:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, peço a palavra. [...]. Ao longo dos debates, fiquei impressionado com os distintos argumentos, mas em especial o argumento de que haveria uma súmula do Superior Tribunal de Justiça exatamente sufragando a tese contrária, e agora esse argumento levantado pelo eminente Ministro Celso de Mello, segundo o qual esta Suprema Corte sistematicamente considerava a matéria infraconstitucional, confirmando, portanto, entendimento daquela egrégia Corte do STJ.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – E só passou a alterar esse entendimento a partir do julgamento do RE 419.629 e do RE 451.988 – AgR/RS, dos quais foi relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Aí, Senhor Presidente,

⁶⁷⁴ RE 377.457, p. 1915-1916.

⁶⁷⁵ RE 419.629, j. p. 23 maio 2006, DJ 30 jun. 2006, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence; RE 451.988, j. 21 fev. 2006, DJ 17 mar. 2006, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence.

⁶⁷⁶ RE 377457, p. 1915-1916.

⁶⁷⁷ RE 377457, p. 1895-1896.

ocorreu a ruptura em relação à diretriz jurisprudencial até então prevalecente nesta Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Qual é a data desses julgamentos?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) – A publicação é de 17 de março de 2006.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – E a Súmula 276, do Superior Tribunal de Justiça, foi enunciada em 2003.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Pois é. Dentro dessa situação, parece-me uma situação bem consolidada do ponto de vista do entendimento dos tribunais superiores quanto à matéria, peço vênia para reformular o meu entendimento, acompanhar a divergência e conferir a modulação [temporal da decisão] nesta situação alinhando-me com o eminente Ministro Carlos Alberto Direito, a partir deste julgamento⁶⁷⁸.

Entretanto, a modulação de efeitos temporais foi negada pela maioria, vencidos os ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que conferiam eficácia à decisão apenas a partir de sua prolação. A maioria reiterou que o entendimento sobre a possibilidade de revogação de dispositivo de lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária, por lei ordinária era amplamente reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a palavra final sobre a questão, que envolvia interpretação do art. 59, CF, cabia ao STF e que, a prevalecer o argumento em favor da modulação por conta de jurisprudência assentada em instâncias inferiores, o Supremo ver-se-ia reiteradamente compelido a conferir efeitos prospectivos às suas decisões, já que constituía o órgão judicial de maior hierarquia e que a jurisprudência das instâncias inferiores se firmava antes que pudesse o STF se manifestar sobre os mais variados temas.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no caso do IPI, narrado anteriormente, e da COFINS contribuíram para que o governo Lula criasse um grande programa de parcelamento de débitos fiscais, conhecido como “Refis IV”, que abrangeria as respectivas dívidas entre outras. O programa ficou conhecido, ainda, como “Refis da Crise”, por ter sido lançado posteriormente à crise econômica mundial de 2008, que produziu consideráveis reflexos sobre a economia brasileira, tais quais: a queda dos níveis de produção e de empregos, a retração de crédito, o comprometimento do crescimento econômico e os consequentes impactos negativos sobre a arrecadação fiscal⁶⁷⁹. Entretanto, o julgamento do

⁶⁷⁸ RE 377.457, p. 1915-1916.

⁶⁷⁹ DE PAULA, Luiz Fernando. Preferência pela liquidez e a natureza da “crise” brasileira. In: Associação Keynesiana Brasileira. *Dossiê da crise*. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb/dossie-crise.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2013, p. 63-69. Cf., ainda, <http://www.portaltributario.com.br/tributario/REFIS-da-crise.htm>, acesso em 06 jan. 2013.

caso COFINs ainda não se concluiu. Encontra-se pendente de apreciação recurso de embargos de declaração com pedido de efeitos modificativos da decisão.

4.2.2.6 Medida Provisória e a criação do ICMBio

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal apreciou a ADIn 4029 proposta em face da Lei 11.516/2007,⁶⁸⁰ que dispôs sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) como autarquia federal, com autonomia administrativa e financeira, sendo-lhe atribuídas parte das competências em matéria ambiental do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), bem como parte dos recursos, patrimônio e servidores deste último⁶⁸¹. A mencionada norma alterou e revogou, ainda, diversas leis federais, dispondo:

Art. 1º – Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I – executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União;

II – executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

III – fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental;

IV – exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e

V – promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas.

⁶⁸⁰ ADIn 4029, j. 8 mar. 2012, DJ. 27 jun. 2012, Pleno, rel. min. Luiz Fux.

⁶⁸¹ Alude-se à atribuição parcial de competências do IBAMA ao ICMBio, uma vez que o art. 5º da Lei 11.516/2007 dispôs: “Art. 5º – O art. 2º da Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 2º – É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: I – exercer o poder de polícia ambiental; II – executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e III – executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente’.”

Parágrafo único. O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não exclui o exercício supletivo do poder de polícia ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

Art. 3º O patrimônio, os recursos orçamentários, extra orçamentários e financeiros, o pessoal, os cargos e funções vinculados ao Ibama, relacionados às finalidades elencadas no art. 1º desta Lei ficam transferidos para o Instituto Chico Mendes, bem como os direitos, créditos e obrigações, decorrentes de lei, ato administrativo ou contrato, inclusive as respectivas receitas.

Parágrafo único. Ato do Poder Executivo disciplinará a transição do patrimônio, dos recursos orçamentários, extra orçamentários e financeiros, de pessoal, de cargos e funções, de direitos, créditos e obrigações, decorrentes de lei, ato administrativo ou contrato, inclusive as respectivas receitas do Ibama para o Instituto Chico Mendes.

Alegava-se, na ação, que a Lei 11.516/2007 constituía lei de conversão da Medida Provisória 366/2007 editada pelo presidente Lula, a qual não atendia aos requisitos constitucionais de relevância e urgência condicionantes da edição de medidas provisórias, nos termos do art. 62, CF. Segundo a inicial, a ausência de urgência estava comprovada pelo fato de que o ICMBio, assim que criado, firmou acordo de cooperação com o IBAMA e, através deste acordo, delegou praticamente todas as suas atribuições para o último, que, por sua vez, já exercia tais competências antes da criação do ICMBio. Além disso, a própria tramitação da norma no Legislativo estaria viciada, já que a medida provisória não havia sido examinada pela comissão mista de deputados e senadores de que trata o art. 62, § 9º, CF.

A primeira alegação, sobre a ausência do pressuposto de urgência, gerou um debate entre os ministros acerca da possibilidade de análise da presença de tal requisito pelo Supremo Tribunal Federal. Reconheceu-se que o exame de tal condicionante constituiria, em regra, uma avaliação política, não cabendo ao Judiciário substituir o juízo do chefe do Executivo por seus próprios critérios, salvo em casos excepcionais, de manifesto abuso de poder. Observou-se que a relevância e a urgência dependem do contexto e da sensibilidade política de determinado tema, que podem impor ao Executivo uma ação imediata, em resposta a certos eventos e à sua repercussão perante a opinião pública e perante a comunidade internacional, ainda que a regulação do assunto pudesse, em condições ideais, aguardar a tramitação de lei ordinária no Congresso.

Deu-se, então, como exemplo, que justificaria uma avaliação de urgência por parte do Executivo em tais condições – e aí está a curiosidade do caso – a necessidade de demonstrar ao público uma rápida mudança de orientação política, em face de uma grande queimada na Amazônia –, ainda que, em termos práticos, muito pouco estivesse sendo efetivamente alterado de imediato, pois, como mencionado anteriormente, o ICMBio recebeu as novas competências previstas pela medida provisória e as delegou ao IBAMA, a mesma autarquia

que já existia e que desempenhava funções semelhantes. Vale conferir, abaixo, alguns trechos do debate:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...]. Então, eu gostaria de, com todas as vênias, já pontuar um pouco a minha dúvida em relação ao bem lançado voto do eminente relator quanto a esse fundamento da urgência, porque vão se colocar sempre situações que demandam uma deliberação a partir de uma avaliação do próprio Executivo. Como pontuou da tribuna o eminente Advogado-Geral da União, a própria necessidade, às vezes, de responder, até com *legislação simbólica*, a situações de abusos, de avanço, sinalizar uma mudança de política, diante do anúncio de uma catástrofe, um desmatamento na Amazônia. Não é esse o primeiro caso, já tivemos outras medidas provisórias também em contextos muito específicos. Então me parece que essa ressalva deve ser feita, Presidente.

.....
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência admite, *como eu próprio admito*, a possibilidade de controle jurisdicional *dos pressupostos constitucionais* de urgência e de relevância?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Sim, com toda certeza.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu também admito. Eu só temo que, talvez, o nosso escrutínio seja tendencialmente muito mais rigoroso do que aquele que determina a avaliação política. Quer dizer: "Mas não pode esperar seis meses?" Não. Muitas vezes não pode esperar seis meses, poderia num mundo fático, simplesmente. Mas o que se quer é dar uma resposta, por exemplo, para uma forte queimada na Amazônia, não é?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Perfeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E se quer sinalizar ao Brasil e ao mundo que se instalou uma nova política. Então, essa apreensão temporal não é medida por prazos processuais.

.....
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro, claro. O que eu estou dizendo, então, aqui, se quisermos ver: o exame [dos requisitos de relevância e urgência] tem que ser feito [pelo STF] numa menor intensidade. Por quê? Porque há elementos, realmente, que aparecem, inclusive, na fundamentação, não é nada que é sonegado. [...].

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Acho que nós não podemos nem dizer que essa matéria é insindicável pelo Judiciário e nem dizer que o Poder Executivo não pode ter a sua apreciação própria da urgência e relevância.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro, por isso que eu jamais subscrevi a tese da insindicabilidade, até porque notórios os abusos. Agora, só que o exame há de ser feito *[cum] grano salis*, porque há fatores aqui que não estão envoltos no critério de constitucionalidade. [...]. Em termos formais, num ambiente de laboratório, a gente poderia dizer: "Ah, por que não se espera dois anos para aprovar, ou quatro, cinco anos?" Mas não. Não se pode esperar porque não se pode esperar, porque se está fazendo o concerto do avião em pleno voo⁶⁸².

De todo modo, considerou-se que a polêmica em torno do exame dos requisitos de relevância e urgência era secundária, diante da manifesta violação ao art. 62, § 9º, CF, que dispõe: "§9º – Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional". No caso, a mencionada comissão

⁶⁸² ADIn 4029, p. 35-42.

mista não tinha emitido o parecer e a tramitação da medida provisória havia prosseguido, a despeito disso, com base na Resolução 01/2002 do Congresso Nacional. Esta Resolução fixara prazo de catorze dias para a emissão do referido parecer, contado da publicação da norma no *Diário Oficial*, e dispunha que, esgotado tal prazo, com ou sem o parecer, o processo seria encaminhado à Câmara dos Deputados, para apreciação da medida provisória.

Art. 5º – A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

.....
 Art. 6º – A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo relator ou revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

Observou-se que a exigência de atuação das comissões mistas tem o propósito de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo emanado do Executivo, evitando que a apreciação pelo plenário fosse feita de maneira inopinada e constituindo, por isso, uma garantia de que o Legislativo fiscalizaria o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. No entanto, tal previsão, que havia sido inserida no sistema pela Emenda Constitucional 32/2001, vinha sendo sistematicamente descumprida pelo Congresso, como se tratasse de uma formalidade irrelevante. Ainda que o descumprimento do art. 62, § 9º, CF, pudesse ser tolerado logo após a edição da aludida emenda, em razão da necessidade de adaptação do Legislativo ao novo texto, entendeu-se que tal postura tornara-se um costume contra a Constituição, não se tendo avançado minimamente no assunto desde a edição da emenda, situação que não poderia mais persistir.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...]. Mas realmente me impressiona que, passados já mais de dez anos da edição da Emenda nº 32, nós continuemos mais ou menos no mesmo lugar, quer dizer, que a práxis política, que a evolução não se tenha dado, ou seja, um mínimo, um *quantum* civilizatório adiante, no sentido da maior participação do Legislativo na construção desse modelo, que é o que quer o § 9º do artigo 62, que dilargou o prazo, evitou o fenômeno da reedição [de medidas provisórias], mas quer um mínimo de participação, de legitimação democrática nesse contexto. Parece-me, então, como eu já sinalizava, que é chegada a hora de nós firmarmos uma leitura que dê efetividade ao § 9º do artigo 62, sob pena de

constituirmos um modelo de direito costumeiro, só que um direito costumeiro constitucional que revoga uma norma constitucional ou que a debilita, que é a norma constante do § [9º]⁶⁸³.

Com base nesses e em outros argumentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela *parcial procedência da ação direta, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, mas atribuindo ao julgado eficácia “pro futuro”*, a fim de que passasse a produzir efeitos apenas 24 meses após sua prolação, prazo em que caberia ao Congresso Nacional retificar o vício formal e reaprovar a norma⁶⁸⁴.

No dia seguinte àquele em que se deu a proclamação do resultado do julgamento, o advogado-geral da União peticionou ao STF, requerendo: i) que se assinasse ao Congresso Nacional idêntico prazo de 24 meses para proceder à adaptação do processo legislativo de todas as medidas provisórias ao novo entendimento; e ii) que se preservassem as normas já aprovadas com base na Resolução 01/2002, tendo em vista que informações preliminares davam conta de que mais de quinhentas medidas provisórias haviam tramitado com base nesta última norma, podendo conter o vício apontado pelo STF.

A discussão foi, então, reaberta pelo Supremo Tribunal Federal. Reconheceu-se a dificuldade de retificação, em 24 meses, de tamanha quantidade de medidas provisórias ou de leis de conversão, à semelhança do que se propunha com relação à Lei 11.516/2007. Ponderou-se que a definição de prazo para que o legislador agisse constituía uma medida delicada, uma vez que este não estava obrigado a legislar. Aludiu-se, ainda, ao fato de que diversas medidas provisórias aprovadas segundo o procedimento rejeitado pelo STF constituíam marcos regulatórios importantíssimos, *cuja anulação geraria desestabilização jurídica e econômica relevante*.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – [...], muitas dessas medidas provisórias que foram convertidas em lei constituem marcos regulatórios importantíssimos, sobre os quais se baseia a nossa economia. Então, o risco é enorme.

.....
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É, exatamente, a economia, a vida econômica, a vida empresarial. Podemos criar um caos.
.....

⁶⁸³ ADIn 4029, p. 35-36.

⁶⁸⁴ Informativo 657, STF. Parecer prévio por comissão mista e tramitação de novas medidas provisórias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo657.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Exatamente, neste momento em que o Brasil está deslanchando economicamente e vai se tornar a 5ª economia do mundo, nós não podemos minar as bases desse sistema.⁶⁸⁵

Mais uma vez, o argumento econômico era invocado de forma abstrata, sem que se indicassem, ainda que por amostragem, eventuais leis de conversão cuja validade poderia ser questionada, gerando impacto negativo sobre a economia. De todo modo, a ameaça à segurança jurídica e à governabilidade era evidente, justificando que o STF, nas palavras do ministro Luiz Fux, *abrisse mão do entendimento que considerava o mais correto, do ponto de vista jurídico, tendo em vista seus graves impactos, e adotando um entendimento intermediário, que pudesse mitigá-los*⁶⁸⁶. O julgamento encaminhou-se, então, para a preservação da validade de todas as medidas provisórias aprovadas até tal momento.

Então, novamente, o advogado-geral da União pediu a palavra para acrescentar à sua postulação o argumento de que existiam, ainda, 50 medidas provisórias em tramitação no Congresso, algumas já aprovadas pela Câmara e em apreciação no Senado, e que a determinação de correção de seu processo legislativo também geraria grande impacto, requerendo que a sua validade fosse igualmente preservada⁶⁸⁷.

Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal alterou substancialmente a decisão proferida no dia anterior. Julgou *totalmente improcedente* a ação direta de inconstitucionalidade (antes julgada parcialmente procedente com efeito *pro futuro*) e *preservou, desde logo, a validade de todas as normas aprovadas ou em tramitação à data do julgamento*. O acórdão apresentava, ainda, uma singularidade. Declarava incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput*, e do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 01/2002 do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia desta inconstitucionalidade, embora a Resolução não fosse objeto da ação.

A fundamentação do julgado, elaborada “de trás para frente”, com base no dispositivo que se desejava proclamar, era de que a Lei 11.516/2007 foi considerada “ainda constitucional”, por ter sido aprovada em um período transitório, de adequação do processo legislativo à Emenda Constitucional 32/2001, passando-se a considerar inconstitucionais

⁶⁸⁵ ADIn 4029, p. 78-79.

⁶⁸⁶ ADIn 4029, p. 72-73.

⁶⁸⁷ De acordo com o advogado-geral da União: “– Nós temos cinquenta medidas provisórias em tramitação no Congresso, algumas já no Senado. Essa decisão alcançaria [apenas] as novas medidas provisórias que vierem a ser editadas pelo Presidente da República?” E mais adiante: “– Senhor Presidente, esse impacto é muito grande. Essas cinquenta medidas provisórias que estão tramitando já estão em fase no Senado e não iniciaram com essa decisão; fatalmente, mantida a incidência desta decisão em relação a elas também, elas todas cairiam, necessariamente”.

eventuais medidas provisórias editadas a partir da decisão do STF nesta ADIn 4029, cuja tramitação não contemplasse a produção de parecer pela comissão mista, nos termos do art. 62, §9º, CF. Por esta razão, declarou-se a inconstitucionalidade da Resolução 01/2002 do Congresso Nacional, que dispunha em sentido contrário. O julgamento se encerrou com uma assertiva do ministro Luiz Fux: “– Resolvido um problema nacional.” Novamente, a preocupação com as consequências produzidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal no caso em questão mitigava o efeito de argumentos legalistas que justificavam um julgado em sentido diverso.

4.2.3 Alinhamento de interesses entre Executivo e Legislativo: os cofres públicos e as emendas superadoras das decisões do STF. Estudo de casos

4.2.3.1. Contribuição previdenciária de servidores inativos e de pensionistas

Muito embora os casos narrados acima demonstrem que questões relacionadas à governabilidade e à economia têm um papel relevante no comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e em sua interação com o Poder Executivo, é válido observar que tais questões não foram sempre determinantes das decisões do STF e que, em outras circunstâncias, este contrariou argumentos e expectativas econômicas do governo. Basta lembrar do julgamento da medida cautelar requerida na ADIn 2010, em que o Supremo, por decisão unânime, suspendeu a cobrança de contribuição previdenciária de servidores públicos inativos e de pensionistas, reconhecendo a plausibilidade da inconstitucionalidade da Lei federal 9.783/1999, que a instituíra, e frustrando providência que era muito relevante para o equilíbrio das contas do sistema de previdência do setor público⁶⁸⁸.

Diversos fundamentos foram invocados para a decisão. O primeiro deles – e o que pareceu adquirir maior relevo para os ministros à época – referia-se ao fato de que a Emenda Constitucional 20/1998 havia alterado a redação do art. 40 da Constituição, para assegurar aos “servidores titulares de cargos efetivos” regime de previdência de “caráter contributivo”, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Como o dispositivo dirigia-se exclusivamente aos “servidores titulares de cargos efetivos”, entendeu-se que a nova sistemática prevista na Constituição não permitia a incidência da contribuição

⁶⁸⁸ ADIn 2010, j. 30 set. 1999, DJ 12 abr. 2002.

previdenciária sobre servidores aposentados ou sobre seus pensionistas, já que nenhum dos dois grupos era titular de cargos efetivos.

Essa interpretação era, ainda, convergente com o histórico legislativo da Emenda Constitucional 20/1998. Verificou-se que o projeto de emenda em questão previa, originalmente, a contribuição de inativos e de pensionistas e que essa previsão fora, posteriormente, excluída por emenda legislativa supressiva. Complementava, ainda, este entendimento o fato de que o art. 40, § 12, CF previa que o regime de previdência dos servidores públicos observaria, no que coubesse, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. Os critérios de tal regime geral, explicitados no art. 195, inc. II, CF, vedavam a incidência de contribuição sobre proventos de aposentadoria e sobre as pensões. Afirmou-se, assim, que o regime do setor público tinha um caráter contributivo-retributivo: as contribuições dos servidores destinavam-se a financiar os benefícios previdenciários de que eram ou seriam beneficiários, benefícios esses que retribuiriam tais aportes.

Art. 40. Aos servidores titulares de *cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de *caráter contributivo*, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

.....
 §12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo *observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.*

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, *não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensões* concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201⁶⁸⁹.

Outros argumentos invocados em defesa da inconstitucionalidade da medida na ADIn 2010 e nas outras ações em que o tema foi debatido correspondiam: i) à ofensa ao princípio da irredutibilidade dos proventos, porque a incidência da contribuição reduzia o valor de tais

⁶⁸⁹ Grifos acrescentados.

verbas; ii) à violação ao direito adquirido, uma vez que os proventos e pensões haviam sido incorporados ao patrimônio de seus titulares sem a aplicação da mencionada contribuição; iii) à falta de causa suficiente para cobrar a exação de aposentados e pensionistas, pois estes já haviam adquirido direito aos seus benefícios e a nova cobrança não lhes conferia novos benefícios previdenciários; e iv) ao desrespeito ao princípio do equilíbrio atuarial, considerando que não havia a correspondência entre os ônus e bônus, entre contribuição e retribuição.

Subjacente a toda a discussão estava o argumento do governo de que a cobrança da contribuição dos inativos, prevista na Lei 9.783/1999, constituía *providência imprescindível para fazer frente ao déficit do sistema de previdência dos servidores públicos*. Em resposta a tais considerações, o ministro Celso de Mello, relator da ADIn 2010, observou explicitamente que “razões de Estado”, entre as quais o saneamento do sistema público de previdência, não poderiam ser invocadas para justificar medidas desautorizadas pela Constituição. Segundo o ministro:

A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica.

.....
A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito⁶⁹⁰.

A decisão proferida na ADIn 2010, ao contrário daquelas narradas nos itens precedentes, rejeitava os argumentos do governo, relacionados a imperativos de ordem econômica e de governabilidade, que imporiam a aprovação da referida contribuição, e declarava ilegítimas as avaliações discricionárias e pragmáticas que pudessem importar uma interpretação distorcida da Carta. As razões expressas pelo relator indicavam, assim, que muito embora o Supremo Tribunal Federal fosse sensível aos argumentos econômicos em diversas circunstâncias, em outras o legalismo poderia constituir um limite importante contra a politização de suas decisões. No caso, fez-se questão de afirmar, ainda, a autonomia do Tribunal perante argumentos pragmáticos.

⁶⁹⁰ ADIn 2010. p. 8.

Obviamente, tal julgado comporta interpretações concorrentes. Poder-se-ia afirmar que a decisão era produto de um comportamento institucional estratégico ou até mesmo sincero resultante não de aspectos puramente legalistas, mas da associação destes com o ambiente em que o STF avaliou a causa. Todos os juízes e servidores aposentados do Judiciário, bem como os seus respectivos pensionistas, eram atingidos pela exação, que gerara, à época, um profundo sentimento de injustiça, já que, pela experiência, a contribuição somente ocorria durante a atividade e de forma a possibilitar a aquisição do benefício previdenciário⁶⁹¹. Uma vez adquirido tal benefício, não se justificava, para tais grupos, a cobrança. Assim, mesmo que o pagamento por inativos e pensionistas pudesse se basear em razões lógicas de solidariedade e de equilíbrio financeiro, que serão esclarecidas adiante, a primeira reação era de perplexidade.

No que respeita aos antecedentes ao julgamento da ADIn 2010, é importante observar que a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária de inativos, quando ainda se encontrava em vigor a Emenda Constitucional 3/1993 (revogada pela Emenda 20/1998), já havia sido considerada lícita pelo STF, ao menos em juízo cautelar, com base no texto do art. 40, § 6º, CF, então vigente, que dispunha que as aposentadorias seriam custeadas com recursos das “contribuições dos servidores”. Entendeu-se que a expressão genérica “servidores” poderia abranger os que estivessem em atividade e os aposentados. A Emenda Constitucional 20/1998, todavia, alterou tal redação, dirigindo-se especificamente aos servidores “titulares de cargos efetivos”, como já mencionado⁶⁹². Assim, a decisão proferida na ADIn 2010 parecia coerente com o significado literal do texto da Constituição e sua evolução.

Já no que respeita aos desdobramentos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade da contribuição de inativos à luz da EC 20/1998, tal julgamento ensejou a aprovação da Emenda Constitucional 41/2003, que incluiu no art. 40 da Constituição federal previsão expressa de que o regime de previdência dos servidores públicos teria caráter contributivo e *solidário*, mediante contribuição do ente público, dos servidores ativos e, ainda, dos *servidores inativos e dos pensionistas*.

⁶⁹¹ Na verdade, até a Emenda Constitucional 3/1993, os servidores sequer contribuam para a sua aposentadoria, que ficava a cargo do Poder Público. Contribuíam, geralmente, para o sistema de pensões e para assistência médica. Nesse contexto, contribuir na inatividade era ainda mais surpreendente.

⁶⁹² Cf. as decisões proferidas na ADIn-MC 1441, j. 28 jun. 1992, *DJ*. 18 out. 1996, Pleno, rel. min. Octavio Gallotti, e na ADIn-MC 1430, j. 1 jul. 1996, *DJ*. 13 dez. 1996, Pleno, rel. min. Moreira Alves.

A exposição de motivos que acompanhou o projeto de emenda esclarecia que o déficit do sistema decorria da adoção de uma política equivocada no passado, pela qual os servidores, muitos já aposentados, não contribuíram ou contribuíram com valor insuficiente para a percepção de aposentadoria e pensão. Isso ocorria porque a Constituição havia estabelecido, em seu texto original, um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo, no qual a comprovação de “tempo de serviço” era a principal condição para a aquisição do direito ao benefício, sem nenhuma referência à questão da proporcionalidade ou do equilíbrio atuarial entre o volume de recursos captados e o valor dos benefícios pagos⁶⁹³. De acordo com a aludida exposição de motivos:

64. Outra proposta diz respeito à inclusão no Texto Constitucional, da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, quer para os que já se encontram nessa situação, quer para aqueles que cumprirão os requisitos após a promulgação da presente Emenda Constitucional.

65. Não obstante ser esta questão historicamente polêmica, é irrefutável a necessidade da medida, sendo certo que não seria possível pretender realizar uma verdadeira reforma no sistema previdenciário brasileiro sem abranger esse tópico, corrigindo-se políticas inadequadas adotadas no passado.

66. Inúmeras são as razões que determinam a adoção de tal medida, cabendo destacar o fato de a Previdência Social ter, essencialmente, um caráter solidário, exigindo em razão dessa especificidade, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam chamados a contribuir para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro hoje existente, principalmente pelo fato de muitos dos atuais inativos não terem contribuído, durante muito tempo, com alíquotas módicas [*sic*], incidentes sobre o vencimento e não sobre a totalidade da remuneração, e apenas para as pensões, e, em muitos casos, também para o custeio da assistência médica (que é um benefício da seguridade social e não previdenciário).

67. Apenas na história recente a contribuição previdenciária passou a ter alíquotas mais próximas de uma relação contributiva mais adequada e a incidir sobre a totalidade da remuneração além de ser destinada apenas para custear os benefícios considerados previdenciários.

68. A grande maioria dos atuais servidores aposentados contribuiu, em regra, por pouco tempo, com alíquotas módicas, sobre parte da remuneração e sobre uma remuneração que foi variável durante suas vidas no serviço público. Isso porque há significativa diferença entre a remuneração na admissão e aquela em que se dá a aposentadoria em razão dos planos de cargos e salários das diversas carreiras de servidores públicos.

69. Também merece destaque o fato de o Brasil ser um dos poucos países no mundo em que o aposentado recebe proventos superiores à remuneração dos servidores ativos [já que os últimos recolhem contribuição previdenciária e o aposentado não], constituindo, este modelo, um autêntico incentivo para aposentadorias precoces, conforme já mencionamos anteriormente.

70. Essas são as razões que fundamentam a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos atuais aposentados e pensionistas ou ainda daqueles que vierem a se aposentar. Além de corrigir distorções históricas, as tentativas de saneamento do elevado e crescente desequilíbrio financeiro dos regimes próprios de previdência serão reforçadas com a contribuição dos inativos, proporcionando a igualdade, não só em relação aos direitos dos atuais servidores, mas também em relação às obrigações.

⁶⁹³ ADIn 3105, p. 213.

A nova Emenda superava o entendimento defendido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 2010 e foi objeto da ADIn 3105, em que sua constitucionalidade foi apreciada. Participaram deste último julgamento quatro novos ministros nomeados pelo presidente Lula: o ministro Ayres Britto, o ministro Joaquim Barbosa, o ministro Cezar Peluso e o ministro Eros Grau. Este último ministro, em entrevista em que lhe fora indagado quais seriam as consequências da nomeação sucessiva para o STF, por um mesmo presidente, de quatro ministros, teria sugerido que a jurisprudência do Tribunal poderia começar a mudar, citando, como exemplo, a discussão sobre a contribuição dos servidores inativos.

Folha – Neste momento, ele [Supremo Tribunal Federal] passa por uma profunda renovação. O sr. é o quarto ministro nomeado pelo presidente Lula, no período de um ano. O que isso pode significar?

Grau – No governo Lula, haverá mais uma nomeação [para substituir Carlos Velloso]. Com isso, começará a mudar a jurisprudência, não por causa dos novos ministros, mas porque temos esse projeto da Constituição.

Folha – Que mudanças podemos esperar para os próximos meses?

Grau – Serão tomadas decisões importantes. Por exemplo, a questão da Previdência Social, relativa à contribuição dos servidores inativos. [...].

Iniciado o julgamento da ADIn 3105, o ministro Ayres de Britto votou pela inconstitucionalidade da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. À época de sua indicação, já se sabia de uma possível tendência do ministro a se opor à tributação dos inativos. A questão foi, inclusive, objeto de entrevistas à imprensa⁶⁹⁴. Os ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Eros Grau votaram pela aprovação da contribuição. O ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADIn 2010, era advogado-geral da União e já havia se manifestado, na ocasião, pela constitucionalidade da cobrança, ainda sob a égide da Emenda Constitucional 20/1998⁶⁹⁵. Com maior razão, defendeu a validade da medida então, já que veiculada por emenda constitucional.

Os três últimos votos, que formaram o placar de 7 a 4 a favor do governo, foram proferidos pelos ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nélson Jobim. Os três ministros haviam votado pela inconstitucionalidade da contribuição de inativos à luz da

⁶⁹⁴ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Não vou aderir cegamente às teses do governo, avisa. *Estado de Minas*. Belo Horizonte, [s.p.], 07 maio 2003. Entrevista concedida a José Andrade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/AyresBritto/Entrevistas/2003_maio_07.pdf>. Acesso em: 25 maio 2012.

⁶⁹⁵ MENDES, Gilmar. Gilmar Mendes defende contribuição de inativos. *Diário do Nordeste*. Fortaleza, 1 fev. 2000, Nacional. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/2000/02/01/010010.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

Emenda Constitucional 20/1998, mas entenderam que ela seria válida, com base na Emenda Constitucional 41/2003. Não houve propriamente mudança de opinião. Os votos dos referidos ministros na ADIn 2010 tinham por base a incompatibilidade da Lei 9.783/1999, que instituíra a exação, com a redação dada pela Emenda 20/1998 ao art. 40, *caput* e § 12, da Constituição. Com a Emenda Constitucional 41/2003 tais disposições foram revogadas, como já mencionado, prevendo-se expressamente a incidência da contribuição na hipótese.

A relatoria da decisão coube ao ministro Cezar Peluso, que produziu um voto extenso e detalhado sobre a matéria, enfrentando cada uma das objeções à constitucionalidade da contribuição previdenciária de inativos. Esclareceu, então, que: i) inexistia ofensa ao princípio da irredutibilidade de proventos porque tal irredutibilidade não tinha o condão de vedar a tributação, uma vez que a Constituição não previa, em favor dos aposentados e pensionistas, direito à imunidade tributária, sendo certo que, se subsistente o argumento, não se poderia sequer majorar os tributos pagos pelos servidores em atividade, que também são protegidos pelo direito à irredutibilidade de vencimentos; ii) não havia violação ao direito adquirido, já que a jurisprudência do STF não reconhecia a existência de direito adquirido a regime jurídico ou à não tributação; iii) a contribuição em questão destinava-se a financiar o sistema de previdência dos servidores públicos, que, com a última Emenda, tinha adquirido caráter solidário, não sendo procedente, por isso, a alegação de falta de causa suficiente para sua cobrança ou de desrespeito ao princípio do equilíbrio atuarial. Ao contrário, era em respeito a este último princípio que se fazia necessária a cobrança de contribuição previdenciária de inativos.

Enfrentou-se, ainda, argumento suscitado pela Ministra Ellen Gracie, segundo o qual a exação configuraria bitributação relativamente ao imposto de renda, por possuir o mesmo fato gerador desse imposto. Esclareceu-se que, de acordo com o art. 195, § 4º, e art. 154, inc. I, CF, o que é vedado pela Constituição é a criação de novos impostos, com fato gerador ou base de cálculo própria de imposto já existente. No entanto, tratava-se, no caso, de contribuição destinada ao financiamento da seguridade social, para a qual não havia tal vedação.

Assim, essa nova decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da contribuição previdenciária de inativos e de pensionistas, parecia se assentar em bases legalistas: a alteração da Constituição pela Emenda Constitucional 41/2003, que expressamente autorizou sua cobrança. Sem prejuízo disso, *a fundamentação da decisão não deixou de lançar mão de alegações econômicas*, que funcionaram como um reforço argumentativo para o julgado. É o que se nota pela leitura do trecho abaixo, extraído do voto do ministro relator:

Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro, e conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso aos quadros funcionais públicos. Essa equação, de crescente pressão financeira sobre uma estrutura predominantemente solidária e distributiva, conduziria à inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime. Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/1993 e nº 20/1998, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/1993, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/1993), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/1998.

A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de *“Adverting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth”*, de 1994, já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:

“O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, [...]”

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas normais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corroesse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há 15 anos reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. [...]”

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapassionado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário⁶⁹⁶.

Registrou-se, portanto, no voto do relator da ADIn 3105 que a crise do sistema de previdência não constituía uma particularidade brasileira, mas, ao contrário, tratava-se de um problema mundial. De todo modo, no caso do Brasil, ela decorria de diversos fatores entre os

⁶⁹⁶ ADIn 3105, p. 221-225.

quais: o aumento da expectativa de vida, a redução da taxa de natalidade e a diminuição do acesso às carreiras públicas. Somavam-se a tais fatores problemas específicos do sistema de previdência dos servidores, tais quais: a falta de contribuição ou a contribuição a menor daqueles servidores já aposentados, quando o regime de previdência ainda não tinha caráter contributivo (antes da Emenda Constitucional 3/1993) ou na transição para o novo modelo. Esse quadro demandava ajustes, com vistas a sanear o déficit existente e a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial.

O que se verifica, portanto, a partir dos casos já examinados, é que o argumento econômico ou de governabilidade é bastante relevante para a compreensão do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e de sua interação com os demais Poderes. Verifica-se, contudo, que tal argumento não é sempre determinante das decisões do Tribunal e que outros fatores podem mitigar a sua influência, como, por exemplo, o texto da Constituição, quando for bastante preciso e acionar o comportamento judicial legalista, ou razões de ordem institucional e até corporativistas que conflitem com a melhor decisão sob o prisma econômico. No entanto, se a questão econômica for de grande relevância e, sobretudo, se houver convergência de interesses entre o Executivo e o Legislativo, as decisões politicamente inconvenientes do STF tenderão a ser alteradas por emendas constitucionais superadoras. A contribuição previdenciária de inativos e pensionistas é um exemplo disso, mas não é o único⁶⁹⁷. Outros casos confirmam esta assertiva e são apresentados a seguir.

4.2.3.2 Outros casos de alinhamento entre Poderes: novamente os cofres públicos e as emendas constitucionais superadoras

Em 1999, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de iluminação pública pelos municípios, esclarecendo que os serviços públicos passíveis de remuneração por taxa, nos termos do art. 145, inc. II, CF, são aqueles divisíveis, mensuráveis e suscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte, o que incorria na espécie⁶⁹⁸. De fato, tratava-se de exação claramente incompatível com a Constituição, sob o

⁶⁹⁷ Cf. neste sentido: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. cit., p. 289 e ss. Os casos citados a seguir foram extraídos da obra, à qual se remete o leitor para outros exemplos. Ver, ainda, sobre o tema: SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme et. al. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶⁹⁸ RE 233332, j. 10 mar. 1999, DJ 14 maio 1999, Pleno, rel. min. Ilmar Galvão, e RE 231764, j. 10 mar. 1999, DJ 21 maio 1999, Pleno, rel. min. Ilmar Galvão.

ponto de vista jurídico. Então, aprovou-se a Emenda Constitucional 39/2002, autorizando aos municípios a instituição de contribuição – e não de taxa – para o custeio do serviço de iluminação pública. A aprovação da cobrança como contribuição viabilizava a captação do recurso pelos municípios e a tornava mais compatível com a Carta, sob o prisma legalista, já que esta última espécie de tributo podia ter por fato gerador serviços indivisíveis.

Menos de um ano antes da decisão mencionada acima, o STF havia fixado entendimento no sentido da impossibilidade de cobrança de imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS) de pessoa física, em caso de importação de bem, tendo em conta que o art. 155, § 2º, inc. IX, alínea a, CF, só admitia a sua incidência em caso de operação de natureza mercantil ou assemelhada⁶⁹⁹. A decisão foi superada pela Emenda Constitucional 33/2001, que autorizou expressamente a cobrança de ICMS de pessoa física na hipótese.

Do mesmo modo, o Supremo afirmou a impossibilidade de cobrança de imposto predial e territorial urbano (IPTU) progressivo, com base no valor venal do imóvel ou para fins fiscais, à luz do art. 156, § 1º, e do art. 182, CF, concluindo que a progressividade do IPTU só havia sido autorizada pela Constituição para a finalidade extrafiscal de compelir o proprietário de imóvel urbano a promover seu adequado aproveitamento e, portanto, apenas para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. O precedente foi superado pela Emenda Constitucional 29/2000, que autorizou a cobrança de IPTU progressivo em razão do valor do imóvel, bem como a diferenciação de alíquotas de acordo com o uso e a localização do bem.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, ainda, ser incompatível com a Constituição lei ordinária que estabeleceu a contribuição social de administradores e de autônomos, assentando que estes não se enquadravam no art. 195, inc. I, alínea a, CF, já que o dispositivo estabelecia como sujeito passivo de tal tributo o “empregador” e determinava a incidência da exação sobre a “folha de salários”, pressupondo, portanto, a existência de uma relação de emprego, nos termos da legislação trabalhista⁷⁰⁰.

Assim sendo, a incidência da aludida contribuição sobre a remuneração de administradores e de autônomos configurava uma nova fonte de receita destinada a garantir a manutenção da seguridade social, dependendo, portanto, de lei complementar a sua criação, nos termos do art. 195, § 4º, e do art. 154, I, CF. A decisão foi superada pela Emenda

⁶⁹⁹ RE 203075, j. 5 ago. 1998, *DJ* 29 out. 1999, 1ª Turma, rel. p/ o acórdão min. Maurício Corrêa.

⁷⁰⁰ RE 166772, j. 12 maio 1994, *DJ* 16 dez. 1994, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

Constitucional 20/1998, que estabeleceu, como sujeitos passivos, o empregador, bem como “empresa ou entidade a ela equiparada”, e previu a incidência da exação sobre a folha de salários “e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título” à pessoa física que preste serviços, “mesmo sem vínculo empregatício”.

Esses exemplos demonstram a força do Poder Executivo e do Poder Legislativo para impor suas decisões políticas ao Judiciário, quando atuam alinhadamente, com interesses convergentes. É importante ressaltar, contudo, que a avaliação da interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes deve levar em conta, ainda, se o confronto ocorre com poder de âmbito federal, estadual ou municipal. De fato, há notícias de que alguns entes federativos – econômica ou politicamente mais fortes – seriam capazes de exercer maior influência no processo decisório do STF. Como já esclarecido, quando da análise do comportamento estratégico, a força e a influência exercidas por um agente sobre outro, ou por um Poder sobre o outro Poder, é proporcional ao nível de desestabilização que o primeiro é capaz de gerar para o segundo e vice-versa. Também por isso a força dos entes menores da federação dependerá, geralmente, do apoio do Executivo e, sobretudo, de seus representantes no Legislativo federal⁷⁰¹.

A aliança entre Executivo federal e Legislativo federal, por sua vez, encontra limites, do ponto de vista jurídico, nas cláusulas pétreas, em matérias específicas, em que a Constituição Federal não pode ser alterada, nem mesmo por emenda constitucional, sob pena de invalidação da emenda pelo Supremo⁷⁰². Entretanto, as próprias cláusulas pétreas sujeitam-se a interpretação e a aliança entre tais poderes lhes confere considerável força política, já que, atuando em conjunto, podem pressionar o STF e impor-lhe retaliações⁷⁰³. Já do ponto de vista político, as investidas do Executivo e do Legislativo sobre o STF podem ser restringidas pela opinião pública, aspecto que será examinado mais adiante.

4.2.4. Interação do STF com o Legislativo e disfunções democráticas. Estudo de casos

⁷⁰¹ Cita-se como exemplo o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 3937 MC/SP, de interesse do Estado de São Paulo, em que se indeferiu pedido de liminar objetivando suspender norma deste estado que vedava o uso de amianto, quando precedentes do STF sobre o tema reconheciam a inconstitucionalidade da instituição de tal vedação por lei estadual (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. Op. cit., p. 38).

⁷⁰² De acordo com o art. 60, § 4º, CF: “§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

⁷⁰³ Sobre as dificuldades e complexidades que envolvem a interpretação das cláusulas pétreas, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999.

No que respeita à interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, a análise da superação do dogma do legislador negativo, já realizada no capítulo anterior, antecipou parcialmente o exame que será feito a seguir. O exame que se pretende realizar nesta seção tem por objeto a interação entre o Legislativo e o STF em ações que versam sobre a omissão do primeiro poder quanto à edição de normas fundamentais: i) para tornar efetivos os direitos garantidos pela Constituição ou ii) para promover correções imprescindíveis ao adequado funcionamento do processo político, bem como à sua moralização. É possível, assim, que se incorra em algumas repetições, se necessárias para a compreensão do assunto.

4.2.4.1 Limite ao número de vereadores

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal apreciou recurso especial, interposto pelo Ministério Público estadual, nos autos de ação civil pública em que se discutia a constitucionalidade do número de vereadores estabelecido no art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela⁷⁰⁴. O caso já foi relatado anteriormente e, por meio dele, alegava-se que a composição da Câmara Municipal por onze vereadores, em um município com uma população de três mil habitantes, violava o art. 29, inc. IV, alínea a, CF, que dispunha:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

-
- IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:
- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
 - b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
 - c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

Ainda que o número de vereadores respeitasse os limites mínimo e máximo previstos no dispositivo, argumentava-se, não atendia à determinação de que tal quantitativo fosse proporcional à população do município, proporcionalidade esta que deveria ser observada também dentro de cada uma das três faixas estabelecidas na Constituição. Com base nesses argumentos, o Ministério Público requereu que se declarasse a inconstitucionalidade do

⁷⁰⁴ RE 197917, j. 24 mar. 2004, DJ 7 maio 2004.

dispositivo da Lei Orgânica que fixava o quantitativo de vereadores, reduzindo-o de onze para nove cadeiras, cassando o mandato dos dois vereadores excedentes e determinando a devolução da remuneração já percebida aos cofres públicos. O pleito foi acolhido em primeiro grau, rejeitado em segundo grau e, finalmente, julgado procedente pelo Supremo Tribunal Federal.

O STF reconheceu a existência de precedentes nos quais se afirmava que a obrigação de proporcionalidade, prevista no art. 29, inc. IV, CF, estaria cumprida, desde que fossem observados os limites mínimos e máximos antes referidos. No entanto, consignou que o que se vinha verificando, na prática, era a proliferação de pequenos municípios com número de vereadores absolutamente desproporcional à sua população, número este que consumia grande parte de seus recursos, em verdadeira sangria aos cofres públicos.

Essa situação, no entendimento do Supremo, configurava uma *disfunção democrática* violadora dos princípios da *moralidade*, da impessoalidade e da economicidade (art. 37, CF). Caracterizava, ainda, exercício abusivo do poder de legislar, por violação ao espírito do art. 29, inc. IV, CF, bem como desrespeito ao princípio da isonomia, já que se vinham encontrando municípios de populações numericamente díspares, com número muito próximo de vereadores, por vezes, igual ou superior aos quantitativos de Municípios muito maiores.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE E RELATOR):
[...]. Há um verdadeiro escândalo por parte de alguns municípios, de algumas Câmaras de Vereadores, que extrapolaram as regras do tolerável! Municípios de três mil habitantes, ou em torno disso, por exemplo, possuem quinze, dezesseis vereadores, e vai por aí.

Não há dúvida que essa forma abusiva de escolha do número de vereadores acaba por permitir o uso indevido e perdulário dos recursos que são encaminhados aos municípios, sobretudo de seu Fundo de Participação.

Esses recursos destinados aos municípios, na verdade, convertem-se em um rateio para manutenção de vereadores e uma série de outras regalias concedidas em sua função, repassado[s] que [são] para essas unidades, e com o[s] qual[is] são pagos esses dispêndios. Ora, o Brasil vive um momento difícil e portanto não pode dar-se ao luxo de possibilitar um despautério dessa ordem, constituindo-se a medida, além de ter base em fundamentos jurídicos, como antes mencionei em meu voto e os colegas que me acompanharam também sustentaram, substancial economia para os mínguaos orçamentos municipais⁷⁰⁵.

Então, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela e criou um critério para cálculo da proporcionalidade de vereadores, dentro de cada uma das faixas estabelecidas pela Constituição. Ao fazê-lo,

⁷⁰⁵ RE 197.917, p. 464-465.

ainda que com base em princípios constitucionais, avançou sobre um espaço que deveria ter sido ocupado pelo legislador, a quem cabia, em primeira mão, limitar os referidos excessos. E proferiu uma decisão maximalista, que ia além da solução do caso concreto, com o propósito de exaurir o tratamento a ser dado ao tema nos municípios. De fato, o ministro Marco Aurélio, que ficou vencido na decisão, observou:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – [...]. O Tribunal, ao meu ver, ao avançar no tema, poupará trabalho do próprio Congresso Nacional, no qual temos, hoje, mais de quatro emendas sobre a matéria, visando à fixação de uma proporcionalidade mais apegada ao número de habitantes do que a estabelecida no artigo 29 da Constituição Federal⁷⁰⁶.

Por outro lado, a decisão não produziu efeitos imediatos no plano concreto. O STF optou, nesse caso, por modular seus efeitos, com o propósito de preservar o integral cumprimento do mandato pelos vereadores que já haviam sido eleitos, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Ponderou-se, ainda, que, em junho, começariam as convenções partidárias para escolha dos candidatos e que tal escolha dependia das vagas de vereador existentes, nos termos da legislação eleitoral. Essas vagas deveriam ser reduzidas, de acordo com o entendimento afirmado pelo julgador. No entanto, este produziria efeitos apenas para aqueles que foram parte na ação, tendo em vista tratar-se de declaração de inconstitucionalidade proferida em controle difuso. E não haveria prazo suficiente para que as leis orgânicas municipais dispusessem sobre o tema.

Assim, poderia haver grande tumulto nas próximas eleições, em razão de dúvida quanto ao quantitativo de vereadores a ser observado – aquele de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal (desprovida, no caso, de efeitos vinculantes e gerais) ou aquele constante das leis orgânicas ainda em vigor. Acordou-se, então, que o Tribunal Superior Eleitoral expediria uma resolução, normatizando o assunto. A providência foi atendida dias depois da proclamação do julgamento, e antes mesmo da publicação de seu acórdão, pela expedição da Resolução 21.702/2004, TSE, que atribuiu efeitos gerais à decisão proferida pelo Supremo no controle difuso.

Art. 1º – Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas.

⁷⁰⁶ RE 197.917, p. 494.

Parágrafo único. A população de cada município, para os fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003.

A expansão dos efeitos da decisão proferida em controle difuso, no caso, motivou, ainda, uma nova sugestão de investida do Supremo Tribunal Federal em território legislativo. Conforme observação do ministro Gilmar Mendes, tal expansão era indicativa da superação da função do Senado, prevista no art. 52, inc. X, CF, de suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso da constitucionalidade⁷⁰⁷, cabendo-lhe meramente conferir publicidade à decisão, questão que merecia ser discutida em momento oportuno, segundo o ministro⁷⁰⁸. Deste modo, além da criação de critérios para a definição da proporcionalidade do número de vereadores, da redução do número de cadeiras nas Câmaras Municipais e da extensão dos efeitos da decisão, através de resolução do TSE, ainda se sugeriu futuro debate pela supressão de competência constitucional do Senado com base em mutação constitucional!

A Resolução 21.702/2004 do TSE foi alvo da ADIn 3345⁷⁰⁹, proposta pelo Partido Progressista, pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Socialista Brasileiro. Essa ação foi admitida pelo STF, com reconhecimento do teor normativo daquela resolução, mas foi julgada improcedente, explicitando-se, em sua ementa, que competia ao Supremo garantir a força normativa da Constituição, bem como que este detinha o “monopólio” de proferir a última palavra sobre seu significado. Afirmou-se, ainda, que *a prerrogativa de interpretar a Carta abrangeria inclusive o poder de (re)formulá-la*.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo

⁷⁰⁷ O art. 52, inc. X, CF dispõe ser da competência do Senado Federal: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

⁷⁰⁸ Como já observado no capítulo 2, o ministro Gilmar Mendes defende a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* também no controle difuso e o esvaziamento da competência do Senado na hipótese, por mutação constitucional.

⁷⁰⁹ ADIn 3345, j. 25 ago. 2005, DJ 20 ago. 2010, Pleno, rel. min. Celso de Mello.

Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político- jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

A Resolução 21.702/2004 do TSE provocou enorme resistência no ambiente político, por razões óbvias – a supressão de assentos nas Câmaras Municipais e a invasão do STF sobre seara legislativa. Ao que tudo indica, os ministros já previam, quando do julgamento do RE 197.917, a reação que seu julgado poderia provocar inclusive no que respeita ao Congresso Nacional. Neste sentido, o art. 3º da Resolução 21.702/2004, TSE, dispunha: “Art. 3º - Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras”. Nota-se, ainda, que a possibilidade de uma emenda superar a interpretação do Supremo Tribunal Federal não evitou a decisão pelo STF ou provocou uma moderação estratégica de seu teor, ao menos não de forma explícita, à luz do material levantado.

E a avaliação do STF sobre a possível reação do Congresso Nacional ao julgado estava correta. De fato, aprovou-se a Emenda Constitucional 58/2009, que alterou o teor do art. 29, CF, revogando a decisão do Supremo e gerando um acréscimo de, aproximadamente, 7.700 cargos de vereador, segundo informações veiculadas pelos meios de comunicação⁷¹⁰. Mas não é só. O art. 3º da referida Emenda, aprovada em 2009, determinava que os novos números de cargos de vereador seriam aplicáveis retroativamente a partir do pleito eleitoral já consumado de 2008, ao passo que os novos limites de gastos do Poder Legislativo municipal, também previstos na Emenda, incidiriam apenas a partir de 1º de janeiro de 2010.

Sobreveio, então, a ADIn 4307, dessa vez proposta pelo procurador-geral da República especificamente contra o art. 3º, inc. I, que determinava a aplicação retroativa da norma. O Supremo Tribunal Federal deferiu a liminar pleiteada para suspender de imediato os efeitos do dispositivo, ante a notícia de que, logo após a publicação da Emenda, diversos municípios começaram a dar posse a suplentes (não eleitos) de vereadores eleitos no ano anterior. Entendeu-se que tal previsão violava, entre outros: i) o princípio da anualidade eleitoral, que dispõe que a norma que altera o processo eleitoral não será aplicada à eleição que ocorrer em até um ano da data de sua vigência (art. 16, CF); ii) o ato jurídico (pleito eleitoral) aperfeiçoado com base nas regras vigentes em 2008 (art. 5º, inc. XXVI, CF c/c art.

⁷¹⁰ ADIn 4307, j. 11 nov. 2009, DJ 04 mar. 2010, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia p. 57. É importante, contudo, registrar que a mesma emenda estabeleceu novos limites de gastos para o Poder Legislativo municipal.

60, §4º, inc. IV, CF), bem como iii) o princípio da segurança jurídica; e iv) o princípio da soberania popular, exercida pelo voto direto (art. 1º, inc. I, CF, art. 14, CF c/c art. 29, inc. I, CF).

Prevaleceu, contudo, a vontade do Congresso Nacional quanto aos limites, mais amplos, para o número de vereadores nos municípios da federação, frustrando-se o caráter moralizador da redução de tais cargos, buscado pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2.4.2 Criação de municípios

O art. 18, §4º, do texto original da Constituição de 1988 previa que lei complementar estadual deveria dispor sobre a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios. Tal dispositivo estabelecia, ainda, que as aludidas alterações deveriam se concretizar por lei estadual, preservando-se a unidade histórico-cultural do ambiente urbano e mediante consulta prévia às populações diretamente interessadas. Experimentou-se, então, após a promulgação da Carta uma *proliferação excessiva de municípios, muitas vezes com objetivos meramente eleitorais*, tendo-se constatado a necessidade de se estabelecerem condições constitucionais mais rigorosas, com o propósito de conter tais abusos. Editou-se, então, a Emenda Constitucional 15/1996, que alterou a redação do art. 18, § 4º, estabelecendo que:

Art. 18
 § 4º – A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a nova norma possuía eficácia limitada, dependendo da publicação da lei complementar federal nela aludida para produzir efeitos plenos, sem o que não seria lícito aos estados alterar seus municípios. Seguiram-se várias tentativas de regulação da matéria pelo Congresso Nacional, tendo sido apresentados diversos projetos de lei complementar entre os anos de 1996 a 2003, quando, finalmente, o Senado Federal chegou a aprovar o Projeto de Lei Complementar 41/2003, que foi, entretanto, vetado pelo presidente da República, por meio da Mensagem 289/2003, tendo

em vista as manifestações contrárias à norma produzidas pelo Ministério da Justiça⁷¹¹ e pelo Ministério das Cidades⁷¹² à época.

Diante desse quadro, a lei complementar federal não chegou a ser editada e os estados passaram a proceder à alteração de seus municípios à revelia da Constituição. Em consequência, os aludidos atos estaduais começaram a ser questionados perante o Supremo Tribunal Federal, através de ações diretas de inconstitucionalidade, de que são exemplo aquelas listadas abaixo:

- i) ADIn 3682, em que se pedia a declaração de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista a mora do Congresso Nacional em produzir a mencionada lei complementar⁷¹³;
- ii) ADIn 2240, na qual se requeria a declaração de inconstitucionalidade da criação do Município Luís Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia⁷¹⁴;

⁷¹¹ Foi o seguinte o teor da manifestação do Ministério da Justiça: "A forma como foi redigido o art. 2º da proposição em tela dá margem a uma má aplicação do dispositivo, uma vez que estabelece como prazo de 'início da tramitação' do procedimento destinado a criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, o período compreendido entre a posse dos Prefeitos e dez meses da data prevista para a realização das eleições municipais, não dispondo de forma precisa que o referido prazo não inclui só o termo inicial, como também o respectivo trâmite do referido procedimento. Ademais, a segunda parte do mencionado artigo não disciplina a matéria com clareza, uma vez que, em face da redação que lhe foi conferida, ou seja: 'e dez meses da data prevista para a realização das eleições municipais', deixa para o aplicador da lei pressupor, de forma vaga, que o período de tramitação do procedimento em análise vai da posse dos Prefeitos até dez meses antes da data prevista para a realização das eleições municipais, fato que, a nosso ver, não oferece a necessária segurança jurídica ao intérprete da norma proposta. Dessa forma, sugerimos que o referido artigo seja vetado, haja vista não dispor sobre a matéria com a precisão e a clareza necessária ao alcance dos fins visados pela Emenda Constitucional 15, de 1996, a qual busca assegurar o máximo de objetividade e transparência aos procedimentos destinados a criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Contudo, em razão do veto ora sugerido comprometer substancialmente a integralidade do presente projeto de lei, entendemos que este não deverá receber a sanção presidencial".

⁷¹² De acordo com o Ministério das Cidades: "A Constituição Federal de 1988 elevou os Municípios à condição de componentes da estrutura federativa (arts. 1º e 18). A sua autonomia, nos campos político (auto-organização e governo próprio), normativo, administrativo e financeiro, passou a ser reconhecida pela própria Lei Fundamental. Se antes eles eram organizados pelos Estados-membros, hoje são as normas constitucionais que lhes outorgam a autonomia. E as linhas básicas de instituição dos Municípios, como proclamado pela nossa Corte Constitucional, seu regime jurídico e as normas regentes de sua criação interessam não apenas ao Estado-membro, mas à estrutura do Estado Federal. Tais normas regentes, por conseguinte, não podem se limitar à definição do período próprio para o processamento. Se assim se fizer, estará frustrada a razão de ser da Emenda Constitucional 15, de 12 de setembro de 1996, pois que a primitiva redação do § 4º, do art. 18 da Constituição Federal, já outorgava aos Estados-membros que por Leis Complementares estabelecessem os requisitos para a criação de novos municípios. Assim o que se deseja é que a Lei Complementar Federal, no interesse da Federação, defina o período e os critérios mínimos reclamados pelo dispositivo constitucional conforme o magistério da nossa Corte Suprema. Não nos parece suficiente, nesse ponto, a necessária observância pelos demais entes federativos, por simetria, dos princípios constitucionais maiores. A criação de municípios diz respeito à dimensão populacional e territorial e à sustentabilidade financeira das novas unidades, entre outros critérios. Se não é adequado que se mantenha congelado o processo de criação de municípios, também não é salutar que se prive a Federação de regramentos mínimos que devem orientar tal processo de criação".

⁷¹³ ADIn 3682, j. 9 maio 2007, DJ 6 set. 2007, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes.

iii) ADIn 3316, pela qual se sustentava a inconstitucionalidade da criação do Município de Santo Antônio do Leste, no Estado de Mato Grosso⁷¹⁵;

iv) ADIn 3489, na qual se pleiteava a nulidade do desmembramento da localidade de Vila Arlete e de sua integração ao Município de Monte Claro, no Estado de Santa Catarina⁷¹⁶;

v) ADIn 3689, em que se defendia a invalidade do desmembramento de faixa de terra do Município de Água Azul do Norte e sua integração a Ourilândia do Norte, no Estado do Pará⁷¹⁷.

A primeira ação referida acima, ADIn 3682, foi julgada procedente em maio de 2007, por unanimidade, observando-se que entre a publicação da Emenda Constitucional 15/1996 e o julgamento em questão passaram-se mais de dez anos, sem a edição da lei complementar federal, evidenciando-se a *omissão do Congresso Nacional em dispor sobre a matéria*, omissão esta que acabou dando ensejo à conformação e à *consolidação de estados de inconstitucionalidade*, que deveriam ser considerados pelo legislador na elaboração da lei complementar em discussão. Concluiu-se, então, por declarar o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional, a fim de que, *em prazo razoável de dezoito meses*, fossem adotadas todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional de legislar imposto pelo art. 18, § 4º, CF, devendo-se contemplar, na referida norma, uma solução para os municípios criados ou alterados à revelia da Constituição.

As demais ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas procedentes, reconhecendo-se que as situações de exceção nelas retratadas decorriam de *violação da ordem constitucional pelo próprio Congresso*, cuja inércia inviabilizava o que a Carta autorizava, ou seja, a criação de municípios ou a alteração dos seus limites territoriais. Declarou-se, então, a inconstitucionalidade das referidas situações, sem a pronúncia de nulidade, mantendo-se a vigência das leis que efetivaram a criação ou a alteração dos municípios, pelo prazo de 24

⁷¹⁴ ADIn 2240, j. 9 maio 2007, DJ 3 ago. 2007, Pleno, rel. min. Eros Grau.

⁷¹⁵ ADIn 3316, j. 9 maio 2007, DJ 29 jun. 2007, Pleno, rel. min. Eros Grau.

⁷¹⁶ ADIn 3489, j. 9 maio 2007, DJ 3 ago. 2007, Pleno, rel. min. Eros Grau.

⁷¹⁷ ADIn 3689, j. 10 maio 2007, DJ 29 jun. 2007, Pleno, rel. min. Eros Grau.

meses, dentro do qual o legislador estadual deveria reapreciar o tema, com base nos parâmetros fixados na lei complementar federal, a ser editada, pelo Congresso Nacional, conforme decisão proferida na ADIn 3682.

Aparentemente, o Supremo Tribunal Federal já previa, então, a possibilidade de que suas determinações não fossem atendidas, já que, na prática, não havia como compelir o Congresso Nacional a legislar. Isso fica claro na conclusão da ADIn 3682, em que, após fixar o prazo de dezoito meses para que o Congresso publicasse a lei complementar, observou-se:

Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADIns 2.240, 3.316, 3489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam Municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses Municípios⁷¹⁸.

As decisões em questão tinham diversos inconvenientes para o Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, havia o risco de que o Legislativo federal não viesse a produzir a lei complementar no prazo assinado, ignorando o julgado. Se a lei complementar fosse aprovada, havia, ainda, a possibilidade de que os Legislativos estaduais não reapreciassem a criação dos municípios, à luz da nova norma, ensejando a invalidade de sua criação, ao final do prazo de 24 meses conferido pelo STF. Por fim, se a lei complementar não fosse aprovada, também não haveria como superar a situação de inconstitucionalidade dos municípios. A nulidade da criação dos municípios geraria graves consequências jurídicas, tais como: a cassação de mandatos de prefeitos e de vereadores, o fechamento de repartições, a exoneração de servidores públicos, a discussão quanto a imposições fiscais etc. Quanto ao ponto, o ministro Sepúlveda Pertence observou:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Ministro, não estarei aqui se não aprovada a lei complementar, não feito o plebiscito em Barreiras e no Município criado e aprovada uma lei estadual, criando esse Município. O Tribunal realmente terá dificuldade, até os defuntos a que se referia o Ministro Eros Grau ficarão com a sua “situação jurídica indefinida”. Mas o Tribunal terá que declarar, aí, inconstitucional aquele Município e fechar-lhe as repartições, ou é isso ou estamos brincando de decidir⁷¹⁹.

O cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal dependia, portanto, da adesão voluntária – e improvável – do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas

⁷¹⁸ ADIn 3682, p. 311.

⁷¹⁹ ADIn 2240 p. 342-343.

dos Estados da Bahia, do Mato Grosso, de Santa Catarina e do Pará. Dependia, no caso da lei complementar federal, da sanção do presidente da República. No caso da lei estadual, da sanção dos governadores. Dependia, ainda, do sucesso de eventuais estudos de viabilidade municipal e das consultas às populações diretamente interessadas. Caso qualquer dessas condições falhasse, a criação dos municípios seria desconstituída. Tal desconstituição dependeria provavelmente da utilização de força policial, disponibilizada pelo Executivo federal e/ou pelo Executivo estadual, e instalaria uma crise institucional. Havia, portanto, grande possibilidade de que as decisões do STF não fossem cumpridas ou de que seu cumprimento parcial gerasse desdobramentos políticos com notáveis desgastes para o Tribunal. Apesar disso, este não recuou de sua decisão, que, mais uma vez, visava corrigir situações de fato inconstitucionais resultantes da incapacidade das instâncias representativas de obter um consenso sobre a matéria.

O Congresso Nacional não editou a lei complementar prevista no art. 18, §4º, CF. Em lugar disso, aprovou a Emenda Constitucional 57/2008, declarando simplesmente “convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006”, desde que tais normas tivessem respeitado “os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. A solução implementada pelo Congresso reduzia os riscos de crise entre Poderes, pois solucionava a situação de inconstitucionalidade dos municípios independentemente de qualquer outro ato. Entretanto, a situação de omissão inconstitucional persistiu, com o risco de se criarem novos municípios em desrespeito à Constituição. A tentativa do STF de provocar uma solução para o impasse na regulação da matéria gerado pelas instâncias representativas foi superada pelas próprias instâncias representativas.

4.2.4.3 Cláusula de barreira⁷²⁰

⁷²⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reúne diversos casos em que se discutiu a validade de cláusulas de barreira ou de medidas que restringiam a participação dos partidos políticos menores no processo eleitoral. São exemplo disso as ADIns 958 e 966, nas quais se avaliou a constitucionalidade da Lei 8.713/1993, que condicionara a indicação de candidatos a presidente e a vice-presidente da República, a governador, a vice-governador e a senador ao desempenho de seu partido na eleição anterior; bem como as decisões proferidas nos autos das ADIns 4430 e 4795, em que se debateu a Lei 9.504/1997, que dispunha sobre o acesso dos partidos políticos à propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Optou-se, contudo, por centrar a presente análise nas ADIns 1351 e 1354, cujo objeto é bastante amplo e suficiente para os fins pretendidos.

A ADIn 1351, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), e a ADIn 1354, proposta pelo Partido Social Cristão (PSC), tinham por objeto o questionamento da constitucionalidade da Lei 9096/1995, na parte em que dispunha sobre o funcionamento parlamentar dos partidos políticos, bem como sobre o seu acesso ao rateio dos recursos do Fundo Partidário e à propaganda eleitoral gratuita. As mencionadas ações impugnavam, conjuntamente, o art. 13, o art. 41, incs. I e II, o art. 48, o art. 49, o art. 56, *caput* e inc. II, e o art. 57, da Lei 9.096/1995⁷²¹. Era o seguinte o teor dos dispositivos questionados:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

I – um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II – noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.

Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:

I – a realização de um programa, em cadeia nacional, e de um programa, em cadeia estadual, em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada;

II – a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

Art. 56. No período entre a data da publicação desta Lei e o início da próxima legislatura, será observado o seguinte:

I – fica assegurado o direito ao funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados ao partido que tenha elegido e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes Estados;

II – a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados disporá sobre o funcionamento da representação partidária conferida, nesse período, ao partido que possua representação eleita ou filiada em número inferior ao disposto no inciso anterior;

III – ao partido que preencher as condições do inciso I é assegurada a realização anual de um programa, em cadeia nacional, com a duração de dez minutos;

IV – ao partido com representante na Câmara dos Deputados desde o início da Sessão Legislativa de 1995, fica assegurada a realização de um programa em cadeia nacional em cada semestre, com a duração de cinco minutos, não cumulativos com o tempo previsto no inciso III;

⁷²¹ ADIns 1351 e 1354, j. 7 dez. 2006, DJ 30 mar. 2007, Pleno, rel. min. Marco Aurélio.

V – vinte e nove por cento do Fundo Partidário serão destacados para distribuição a todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na proporção da representação parlamentar filiada no início da Sessão Legislativa de 1995.

Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I – direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta Lei que, a partir de sua fundação tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representante em duas eleições consecutivas:

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos;

b) nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na Circunscrição, não computados os brancos e os nulos;

II – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição aos Partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III – é assegurada, aos Partidos a que se refere o inciso I, observadas, no que couber, as disposições do Título IV:

a) a realização de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos por semestre;

b) a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e de igual tempo nas emissoras dos Estados onde hajam atendido ao disposto no inciso I, b.

Como se nota pela leitura dos textos reproduzidos acima, a Lei 9.096/1995 previu, em seu art. 13, que, superado o período de transição disposto nos arts. 56 e 57, o partido político deveria preencher as seguintes condições cumulativas para possuir funcionamento parlamentar: i) ter eleito representante para a respectiva Casa Legislativa; ii) ter obtido, em cada eleição, 5% dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos; iii) ter os pertinentes votos distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados da federação, com um mínimo de 2% do total de cada um deles. Essas condições configuravam o que se convencionou chamar “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho”.

A não obtenção da votação prevista na cláusula de barreira ensejaria o não funcionamento parlamentar do partido, o que, por sua vez, importaria a não formação de bancadas e de suas lideranças, com todas as suas repercussões, como, por exemplo, a não participação em comissões parlamentares e o não exercício de cargos e funções nas casas legislativas. A aplicação da norma à época implicaria que, dos 29 partidos então registrados no Tribunal Superior Eleitoral, apenas 7 possuiriam funcionamento parlamentar, a saber: o PT, o PMDB, o PSDB, o PFL, o PP, o PSB e o PDT⁷²².

⁷²² ADIn 1354, p. 189-191.

Quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do Fundo Partidário, as agremiações que não alcançassem os percentuais previstos na cláusula de barreira somente teriam direito a participar do rateio da cota de 1% dos recursos de tal Fundo, a serem divididos em partes iguais entre todos os partidos com estatutos registrados no TSE⁷²³. Ao passo que os partidos que superassem a votação prevista em tal cláusula compartilhariam 99% do total do Fundo Partidário, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados⁷²⁴.

Por fim, no que respeita ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, as agremiações que não superassem a cláusula de barreira teriam direito à realização de um programa eleitoral em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de apenas dois minutos⁷²⁵. Já aqueles partidos que ultrapassassem a cláusula teriam assegurada: i) a realização de um programa em cadeia nacional e de um programa em cadeia estadual, em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; e ii) a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou de um minuto, nas redes nacionais, e do mesmo tempo nas emissoras estaduais⁷²⁶.

Ao examinar a lei, o ministro Marco Aurélio, relator, observou que a Carta outorgada de 1967 havia versado sobre cláusula de barreira, no tocante à extinção dos partidos políticos, esclarecendo que seu art. 149 assentara a necessidade de obtenção, na última eleição para a Câmara dos Deputados, de 10% dos votos, distribuídos em, pelo menos, 7 Estados, com o mínimo de 7% do total de votos em cada um deles. A Emenda Constitucional 1/1969 e a Emenda Constitucional 11/1978 reduziram os aludidos percentuais de votação nacional e estadual, respectivamente, para 5% do total de votos para a Câmara dos Deputados e para 3% dos votos em, no mínimo, 7 estados. Por fim, a Emenda Constitucional 25/1985 conferira ao art. 152, § 1º, nova redação, prevendo que não teria direito à representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o partido que não obtivesse o apoio de 3% do eleitorado, em eleição geral para a Câmara dos Deputados, com, ao menos, 2% dos votos, distribuídos em 5 Estados. Previu-se, ainda, no art. 152, § 2º, que os eleitos por partidos que não obtivessem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior teriam seus mandatos preservados, desde que optassem por ingressar em qualquer dos partidos remanescentes.

⁷²³ Art. 41, inc. I, Lei 9.096/1995.

⁷²⁴ Art. 41, inc. II, Lei 9.096/1995.

⁷²⁵ Art. 48, Lei 9.096/1995.

⁷²⁶ Art. 49, Lei 9.096/1995. Síntese extraída do voto do ministro Gilmar Mendes na ADIn 1351, p. 147-148.

O ministro relator ressaltou, então, que a matéria, anteriormente, tinha disciplina constitucional. Diferentemente, a Constituição de 1988 não teria disposto sobre cláusula de barreira semelhante. Ao contrário, previu como fundamento da própria República o pluralismo político e assentou, em seu art. 17, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardando o pluripartidarismo. Se é certo que, em seu art. 17, inc. IV, havia remetido à lei ordinária dispor sobre o funcionamento parlamentar, era igualmente certo que, a pretexto de regular tal funcionamento, a lei não poderia esvaziar-lhe o preceito, desrespeitando as referidas previsões constitucionais. O ministro relator esclareceu, em seguida, que, quando dos trabalhos de revisão da Constituição de 1988, propôs-se emenda constitucional para acrescentar a seu texto cláusula de barreira, com o seguinte teor:

§ 5º – Somente terá direito a representação na Câmara dos Deputados o partido que obtiver o apoio mínimo de cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos estados, atingindo dois por cento em cada um deles.

§6º – Somente o partido que cumprir o disposto no parágrafo anterior poderá registrar candidato a Presidente da República.

Muito embora não se tenha aprovado a referida emenda, resultante de substitutivo apresentado em 1994, por não ter sido obtido o consenso necessário para tal, aprovou-se, em 1996, a lei ordinária objeto de exame, que veiculava cláusula de barreira semelhante àquela proposta pela emenda, exigindo, para a “sobrevivência” dos partidos políticos, os mesmos percentuais de votação previstos no mencionado substitutivo. Por essa via, pretendia-se, segundo o relator, “alterar a Constituição por lei ordinária” e criar partidos de primeira e de segunda classe, os últimos, destinados à extinção, em prejuízo da representação das minorias.

[...]. O que se contém no artigo 17 da Carta Federal [liberdade de criação e de extinção dos partidos políticos] diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis, em termos de fortalecimento, e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando via fundo partidário a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira. [...].

.....
Ainda sob o ângulo do pluripartidarismo, da representatividade dos diversos segmentos nacionais, é dado perceber a ênfase atribuída pela Carta Federal às minorias. No tocante às comissões permanentes e temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o § 1º do artigo 58 do Diploma Maior assegura sem distinguir, considerada a votação obtida, o número de eleitos, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa [...].

.....
 Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeiro alerta a desavisados, encontrar-se subjacente a toda esta discussão o ponto nevrálgico concernente à proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, [...].

No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo.

.....
 Democracia que não legitima esse convívio não merece tal *status*, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria⁷²⁷.

À luz desses e de outros argumentos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em decisão unânime, que os dispositivos questionados interferiam na igualdade de oportunidades entre os partidos, inviabilizando a sobrevivência e o aumento da representação das agremiações menores. De fato, o não funcionamento parlamentar limitava a participação dos partidos na Casa Legislativa e, por consequência, a efetiva representação de seus eleitores, bem como motivava seus deputados à mudança de legenda (“infidelidade partidária”), de modo a ter mais possibilidade de atuação nos trabalhos da Câmara. O acesso muito restrito aos meios de comunicação, para fins de propaganda eleitoral gratuita, impossibilitava que os partidos menores divulgassem adequadamente a sua plataforma eleitoral. A destinação de parcela ínfima dos recursos oriundos do Fundo Partidário a tais partidos comprometia a sua própria viabilidade econômica.

Tal estado de coisas limitava a liberdade de expressão e de representação das minorias nas decisões sobre os destinos da sociedade como um todo, restringindo a concorrência livre e equilibrada entre os partidos e suas ideias. Por essas e outras razões, elencadas na votação, o STF concluiu pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira e seus consectários. Entretanto, a mera declaração de inconstitucionalidade geraria um vácuo normativo no que respeita às normas aplicáveis ao funcionamento parlamentar, ao rateio dos recursos do Fundo Partidário e ao acesso à propaganda eleitoral gratuita. Deliberou-se, então, estender a vigência dos arts. 56 e 57 da Lei 9.096/1995, contra disposição textual expressa, até que outra norma

⁷²⁷ ADIn 1351, p. 47-61.

dispusesse sobre o assunto. Essa decisão, que importava a notória atuação do STF como legislador positivo, inclusive *contra legem*, mantinha o regime jurídico em vigor até então, com normas mais brandas para os partidos menores.

O julgamento das duas ações diretas de inconstitucionalidade, ultimado em dezembro de 2006, foi marcado pelo tom de protesto adotado por alguns ministros. O ministro Eros Grau afirmou que os dispositivos em exame criavam um “corredor da morte das minorias políticas”⁷²⁸. A Ministra Cármen Lúcia registrou que a minoria de hoje deveria ter espaço assegurado para poder se tornar a maioria de amanhã⁷²⁹. O ministro Ayres Britto, com seu habitual humor, chamou a cláusula de barreira de “cláusula de caveira”⁷³⁰. Outros ministros afirmaram a exaustão do atual sistema político-partidário e a necessidade premente de sua reforma. Nessa linha, observou o ministro Ricardo Lewandowski:

Digo que a criação pura e simples de uma cláusula de barreira sem que se desenvolvam reflexões dentro de um quadro mais amplo, ou seja, sem que se tenha como pano de fundo a chamada reforma política, notadamente no que diz respeito à fidelidade partidária, à votação em listas, ao voto distrital puro ou misto, à questão da verticalização, à quebra da simultaneidade das eleições para o parlamento estadual e federal e ao fim da representação desproporcional dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, não levará aos resultados desejados. Se não se discutir essa questão dentro de um contexto mais amplo, insisto, acabaremos sempre privilegiando os partidos maiores, melhor estruturados materialmente, em detrimento dos partidos menores e ideológicos⁷³¹.

O ministro Gilmar Mendes foi além, registrando:

O nosso sistema proporcional [de eleição para a Câmara dos Deputados], consagrado a partir de 1932, vem dando sinais de alguma exaustão. A crise política que aí está bem o demonstra. E acredito que nós aqui estamos inclusive desafiados a repensar esse modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – e vou um pouco além da questão posta neste voto neste caso: talvez estejamos desafiados a pensar inclusive sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional [tema conhecido pela expressão “fidelidade partidária”]. É um segredo de carochinha que todos dependem da legenda para obter o mandato. E depois com ela esse festival de trocas já anunciadas. Uma clara violação à vontade do eleitor⁷³².

⁷²⁸ A expressão é utilizada pelo ministro Eros Grau em citação a Marcelo Cerqueira, que a invocara em exposição proferida em congresso de direito constitucional sobre a matéria (ADIn 1351, p. 102-A).

⁷²⁹ ADIn 1351, p. 99.

⁷³⁰ ADIn 1351, p. 107.

⁷³¹ ADIn 1351, p. 96-97.

⁷³² ADIn 1351, p. 89.

Na passagem acima, o ministro Gilmar Mendes conclama o Tribunal a repensar o modelo político atual *através de sua própria jurisprudência*, portanto, sem aguardar as iniciativas do legislador, *com o propósito de superar as disfunções de tal modelo*. Sugere, ainda, a necessidade de revisão do entendimento do STF sobre a fidelidade partidária, observando que a mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato pelo sistema proporcional constitui uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento do modelo de representação popular. É da fidelidade partidária que se trata a seguir.

4.2.4.4 Fidelidade partidária

O art. 45 da Constituição de 1988 estabeleceu o sistema proporcional de eleição para a Câmara dos Deputados⁷³³. Por meio desse sistema, os partidos políticos apresentam listas abertas de seus candidatos, observando-se a seguinte sistemática: i) os *votos válidos* são aqueles conferidos à legenda partidária e ao candidato; ii) o *quociente eleitoral* corresponde ao índice de votos a ser obtido para a distribuição das vagas e é calculado mediante a divisão do número de votos válidos pelo número de lugares a serem preenchidos no Legislativo⁷³⁴; iii) o *quociente partidário* indica o número de vagas alcançado pelos partidos na casa legislativa e é calculado pela divisão do número de votos conferidos ao partido (ou a seus candidatos) pelo quociente eleitoral⁷³⁵.

Tal sistema permite que um candidato que não tenha obtido um só voto nominal seja eleito, bem como que o candidato mais votado no pleito eleitoral não obtenha assento no Legislativo, a depender do quociente eleitoral de cada partido⁷³⁶. São eleitos tantos candidatos

⁷³³ É a seguinte a redação do dispositivo: “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º – O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

⁷³⁴ Art. 106 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral).

⁷³⁵ Art. 107 do Código Eleitoral.

⁷³⁶ Sobre esse ponto, vale conferir trecho do voto do ministro Gilmar Mendes: “*Interessante notar que esse sistema permite que um candidato sem nenhum voto nominal seja eleito. [...], nas eleições de 2 de dezembro de 1945, o Partido Social Democrático apresentou dois candidatos a deputado federal no Território do Acre: Hugo Ribeiro Carneiro e Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho. O primeiro candidato obteve 3.775 votos; o segundo, nenhum voto nominal, pois ficara no Rio de Janeiro. Não obstante, o partido alcançou uma vez o quociente eleitoral e mais uma sobra de 1.077 votos. O critério do ‘maior número de votos’ do partido em caso de sobra acabou por conferir mandato a candidato que não obtivera sequer um voto. Mencione-se que pode ocorrer até mesmo que o candidato mais votado no pleito eleitoral não logre obter o assento em razão de a agremiação partidária não ter obtido o quociente*”

por partido quantos o quociente partidário possibilitar, na ordem da votação nominal de cada candidato⁷³⁷. Por outro lado, como se trata de um modelo de listas abertas, o desempenho das legendas depende, em geral, do desempenho de alguns candidatos específicos, de personalidades, que, por sua popularidade, levantam a votação no partido⁷³⁸.

Ocorre que se tornou comum no cenário político a troca de partidos pelos deputados eleitos, após a sua eleição e posse, fenômeno designado “infidelidade partidária”, como já observado. Passou-se a debater, então, se a mudança de partido não deveria ensejar a perda do mandato pelo deputado infiel e o direito do partido de preencher novamente tal vaga. Aqueles que defendiam que os mandatos pertenciam às agremiações políticas baseavam-se na obrigação de filiação a um partido como condição de elegibilidade prevista na Constituição, bem como no fato de tais mandatos serem obtidos pelo sistema proporcional de eleição, essencialmente ancorado na votação recebida pelo partido. Os partidos políticos alegavam que os candidatos não poderiam se desfiliar injustificadamente das agremiações com cujos votos se elegeram e, assim, reduzir a representação do partido na casa legislativa, sob pena de desvirtuar o processo representativo.

A discussão foi enfrentada pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal em 1989, no Mandado de Segurança 20.927, relatado pelo ministro Moreira Alves. Esclareceu-se, então, que a perda de mandato por infidelidade partidária havia sido introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional 1/1969, que modificou a redação do art. 152 da Constituição de 1967, e que, posteriormente, foi revogada pela Emenda Constitucional 25/1985. Desde então, no entendimento do STF, a despeito de a perda de mandato constituir uma consequência lógica da adoção do sistema proporcional para eleição dos deputados, a Constituição não a autorizava, já que esta previsão não havia sido reincluída expressamente em seu texto⁷³⁹.

Mandado de Segurança. Fidelidade partidária. Suplente de deputado federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o diplomado pela Justiça Eleitoral, que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu.

eleitoral. Foi o que se verificou em vários casos expressivos, dentre os quais se destaca o de Dante de Oliveira, que, candidato pelo PDT a uma vaga para a Câmara dos Deputados pelo Estado de Mato Grosso, nas eleições de 1990, obteve a maior votação (49.886 votos) e não foi eleito em razão de seu partido não ter obtido o quociente” (grifos do original, MS 26.602, p. 367).

⁷³⁷ Art. 108 do Código Eleitoral.

⁷³⁸ Cf. voto do ministro Gilmar Mendes, no MS 26.602, p. 363 e ss.

⁷³⁹ MS 20927, j. 11 out. 1989, DJ 15 abr. 1994, Pleno, rel. min. Moreira Alves.

A inaplicabilidade do princípio da fidelidade aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes.

Esse foi o entendimento dominante durante aproximadamente 18 anos, até que, no ano de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à Consulta 1398, formulada pelo PFL, decidiu que os mandatos parlamentares obtidos nas eleições proporcionais pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos. Com base neste entendimento, alguns partidos políticos requereram ao presidente da Câmara dos Deputados a posse dos suplentes nas vagas de parlamentares desfiliaados. Entretanto, a providência foi indeferida na Câmara, sob o fundamento de que a situação em análise não constituía hipótese de perda de mandato, nos termos da Constituição.

Em razão disso, o PPS, o PSDB e o Partido Democratas impetraram, respectivamente, os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo o reconhecimento de seu direito líquido e certo ao mandato dos parlamentares infiéis⁷⁴⁰. Ao examinar o assunto, o STF reconheceu que já havia precedente antigo do Tribunal em sentido contrário àquele defendido pelos impetrantes e observou, inclusive, que a tese defendida nos três mandados de segurança em apreciação já havia sido rechaçada no precedente, sob o fundamento de que a Constituição de 1988 não acolhia expressamente em seu texto a perda do mandato na hipótese, como ocorrera em Constituição anterior.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que era hora de reapreciar o tema. Esclareceu-se, então, que as normas sobre fidelidade partidária, a que aludiu o precedente relatado pelo ministro Moreira Alves, foram inseridas na Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional 1/1969, quando se estabeleceu que os parlamentares que se opusessem às diretrizes estabelecidas pela direção partidária ou que deixassem o partido sob cuja legenda tivessem sido eleitos perderiam os seus mandatos. Entretanto, o propósito da fidelidade partidária, então, era o de manter o *status quo* e a hegemonia dos militares, sob o culto de aparências democráticas⁷⁴¹. Ao passo que o dever de fidelidade partidária discutido no caso referia-se meramente à necessidade de manter-se o parlamentar vinculado ao partido pelo qual foi eleito, por uma questão de coerência com a plataforma e com as ideias que o elegeram, bem como por uma questão de lógica sistêmica.

Ponderou-se, ainda, que no sistema proporcional de listas abertas e votação nominal, se, por um lado, os candidatos dependem da votação obtida pelo partido para se elegerem, por

⁷⁴⁰ MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, j. 4 out. 2007, DJ 03 out. 2008.

⁷⁴¹ MS 26.602, p. 372, p. 409.

outro lado, o partido pode captar mais votos dependendo não apenas de seu programa, mas igualmente da força de seus candidatos. O mandato seria, portanto, o resultado do desempenho do partido e da expressão dos seus candidatos. No entanto, na legislatura em curso à época, dos 513 eleitos, 31, ou seja, apenas 6,04 % do total haviam alcançado o quociente eleitoral por votação própria⁷⁴².

Afirmou-se, então, que existe um liame entre o partido, o eleitor e o eleito, em caso de representação proporcional, e que os partidos não podem ser tratados como meros instrumentos de acesso ao poder. O parlamentar não seria apenas representante do povo, mas também representante do partido, e, se fosse possível trocar inconsequentemente de legenda, uma vez conquistado o mandato com o quociente eleitoral de determinado partido, haveria o risco de tal partido zerar seus representantes e não mais poder exercitar seu direito subjetivo ao funcionamento parlamentar, quer perante a Câmara dos Deputados, quer perante o Supremo Tribunal Federal, na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade. Nessas circunstâncias, estaria neutralizado, ainda, o direito de oposição e de representação das minorias, na medida em que os partidos com maior peso passariam a atrair os mandatários dos partidos menores, distorcendo-se o processo democrático representativo.

Observou-se, por fim, que o fato de o art. 55, CF, elencar as hipóteses de perda do mandato, sem mencionar a infidelidade partidária, seria irrelevante para o deslinde da questão, uma vez que a perda do mandato, no caso, decorreria da própria lógica do sistema de eleição proporcional. Além disso, argumentou-se que o art. 56, CF, à semelhança do art. 55, indicava as situações em que *não* ocorreria a perda do mandato, não incluindo a infidelidade partidária entre elas, de modo que o argumento literal se mostrava insuficiente para esclarecer o assunto.

Por todo o exposto, o STF, por maioria, superou seu entendimento anterior, procedendo à releitura da Constituição com base nos princípios da democracia partidária, da representação proporcional e do pluralismo político, passando a entender que o abandono da legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas as situações excepcionais e específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem apreciadas, caso a caso, pelo Tribunal Superior Eleitoral⁷⁴³.

Entretanto, tendo em vista que a decisão alterava antiga jurisprudência do Supremo e que a possibilidade de mudança só teria sido sinalizada quando da resposta, pelo TSE, à

⁷⁴² MS 26.602, p. 213.

⁷⁴³ Votaram a favor da perda do mandato, em caso de infidelidade partidária, os ministros Carlos Alberto Direito, Carmen Lúcia, Carlos Ayres de Brito, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ellen Gracie. Votaram contra a perda do mandato, os ministros Eros Grau, Lewandowski e Joaquim Barbosa.

Consulta 1398, de 27 de março de 2007, decidiu-se modular os efeitos temporais do novo entendimento, para que passasse a vigorar tão somente a partir da Consulta, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da confiança depositada nos atos do Poder Público. Na prática, a modulação implicou – *talvez estrategicamente* – a denegação da ordem em 22 dos 23 casos de desfiliação apreciados. Apenas um dos casos tratava de uma desfiliação ocorrida após o aludido marco temporal, e, neste, ainda haveria a necessidade de procedimento administrativo para se apurarem as razões que motivaram a desfiliação, a fim de se avaliar se era o caso de perda de mandato efetivamente⁷⁴⁴.

A modulação de efeitos temporais nas condições narradas poderia constituir uma estratégia do STF porque, ao mesmo tempo em que a decisão passava a reconhecer a obrigação de fidelidade partidária, contrariando o interesse dos partidos maiores, mais hábeis em atrair parlamentares eleitos por partidos de menor expressão, o julgado não produzia efeitos na quase totalidade das situações concretas de infidelidade que o motivaram e, assim, minimizava a insatisfação e a resistência ao novo posicionamento do STF. De todo modo, também neste caso, o Tribunal parecia estar engajado na correção de disfunções democráticas do processo político, em circunstância na qual tudo indicava não ser plausível esperar tal providência das instâncias políticas majoritárias.

4.2.4.5 Greve de servidores

A Constituição de 1988, em seu texto original, previu que o direito de greve dos servidores públicos seria exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar⁷⁴⁵. A Emenda Constitucional 19/1998, 10 anos depois, conferiu nova redação ao dispositivo, prevendo que o direito de greve seria exercido de acordo com a regulamentação prevista em lei (ordinária) específica, reduzindo o *quorum* para a regulação da matéria⁷⁴⁶. A despeito disso, a referida norma jamais chegou a ser aprovada pelo Congresso Nacional.

Então, em 2007, o Supremo Tribunal Federal apreciou os Mandados de Injunção 670, 708 e 712 propostos, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e

⁷⁴⁴ MS 26.602, p. 413-415.

⁷⁴⁵ Art. 37, inc. VII, do texto original.

⁷⁴⁶ Eis o teor da nova redação conferida ao direito de greve no setor público: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, requerendo o reconhecimento de seu direito de greve com base na Lei federal 7.783/1989, que regulava o exercício de tal direito no âmbito da iniciativa privada, e/ou pedindo que o Supremo Tribunal Federal suprisse a omissão legislativa do Congresso Nacional, de forma a permitir o exercício do direito no caso concreto.

O voto ao qual a maioria dos ministros do STF aderiu foi elaborado pelo ministro Gilmar Mendes, designado relator para o acórdão do MI 670 e do MI 708⁷⁴⁷. O ministro esclareceu, então, que o Tribunal, no passado, havia firmado o entendimento de que o objeto do mandado de injunção se limitaria à declaração da existência da mora legislativa e de sua comunicação ao Congresso Nacional, para que editasse a norma regulamentadora, cuja ausência impedia a fruição do direito constitucional. Seguindo esse entendimento, a omissão legislativa, em matéria de direito de greve no setor público, foi reconhecida diversas vezes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sem que a situação fosse sanada. Ao contrário, a inércia do legislador se estendeu por mais de 18 anos. O Mandado de Injunção 20 foi o primeiro em que se apreciou a questão⁷⁴⁸:

O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção.

A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo prefixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

No MI 20, pelas razões expostas no trecho transcrito acima, reconheceu-se, ainda no ano de 1994, a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, comunicando-se tal estado de inércia ao Legislativo, para que editasse a norma necessária à viabilização do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Decisões idênticas foram proferidas no MI 438⁷⁴⁹, no

⁷⁴⁷ O MI 712 foi relatado pelo ministro Eros Grau, alinhadamente com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes. O relato objeto deste tópico parte da decisão e dos debates constantes do acórdão do MI 670.

⁷⁴⁸ MI 20, j. 19 maio 1994, *DJ* 22 nov. 1996, Pleno, rel. min. Celso de Mello.

⁷⁴⁹ MI 438, j. 11 nov. 1994, *DJ* 16 jun. 1995, Pleno, rel. min. Néri da Silveira.

MI 485⁷⁵⁰ e no MI 585⁷⁵¹, sempre reiterando-se a comunicação ao Congresso Nacional e instando-o a suprir a omissão, sem que se obtivesse êxito. Essa circunstância, segundo o relator, ensejara a consolidação de uma situação de omissão inconstitucional por parte do legislador, a quem a Constituição não havia atribuído a discricção de conferir ou não o direito de greve aos servidores, mas apenas a competência para regulamentá-lo. A excessiva mora do legislador foi objeto de observação por diversos ministros durante o julgamento dos MIs 670, 708 e 712. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes:

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos) remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais⁷⁵².

Em sentido semelhante, a Ministra Cármem Lúcia observou que a inação do Congresso Nacional configurava verdadeiro “abuso do poder de não legislar”⁷⁵³ e ponderou:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA – Por essa razão, fiz questão de chamar atenção para a circunstância de estarmos na quinta legislatura subsequente à promulgação da Constituição, que garante este direito [de greve no setor público]. Há treze anos, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se e pôs em mora o Congresso Nacional [através da decisão proferida no MI 20].

Exatamente para o caso concreto, como o do mandado de injunção, penso que se configura fraude à Constituição a não-legislação de tal forma a se negar eficácia ao que entrou em vigor para produzir efeitos no mundo jurídico⁷⁵⁴.

Constatou-se, ainda, que o Projeto de Lei 4.497/2001, que tinha o propósito de dispor sobre o direito de greve, encontrava-se na mesa diretora da Câmara dos Deputados, aguardando apreciação de pedido de desarquivamento, situação que demonstrava a indiferença do legislador à sua situação de mora e às inúmeras decisões proferidas pelo

⁷⁵⁰ MI 485, j. 25 abr. 2002, *DJ* 23 ago. 2002, Pleno, rel. min. Mauricio Corrêa.

⁷⁵¹ MI 585, j. 15 maio 2002, *DJ* 2 ago. 2002, Pleno, rel. min. Ilmar Galvão.

⁷⁵² MI 670, p. 35.

⁷⁵³ MI 670, p. 142.

⁷⁵⁴ MI 670, p. 144.

Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, seria inócuo que o STF persistisse na adoção de decisões semelhantes àquelas proferidas no passado, devendo viabilizar o exercício do direito constitucional obstado pelo Congresso, sob pena de somar-se à omissão legislativa a omissão judicial daquele que possuía a última palavra sobre a matéria em âmbito judicial. A adoção de decisões normativas (ou aditivas, nas palavras do ministro Gilmar Mendes) para esses três novos mandados de injunção, além de se justificar pelas circunstâncias narradas, era compatível com a evolução da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, pela qual julgados mais recentes vinham possibilitando diretamente o exercício dos direitos constitucionais, em caso de mora já reconhecida e comunicada ao legislador.

O caso guardava uma particularidade que pode ter sido relevante para a mudança de orientação do STF na matéria. De acordo com o ministro Gilmar Mendes, originalmente, a não regulamentação do direito de greve dos servidores era percebida pelo próprio Poder Público como uma omissão favorável à governabilidade. Entendia-se que qualquer paralisação seria ilegal e, assim, o governo protegia-se de pressões por reajuste de vencimentos e/ou por melhores condições de trabalho.

Entretanto, segundo o ministro, a manutenção dessa situação de anomia por um tempo muito prolongado, em parte viabilizada por uma jurisprudência de autocontenção do STF no assunto, acabou dando margem à realização de movimentos grevistas e a paralisações de serviços essenciais, ao arripio de qualquer norma que estabelecesse critérios e limites para tais movimentos ou que garantisse ao menos a continuidade da prestação de serviços públicos inadiáveis à população. Mais grave ainda: as greves no setor público acabavam por se realizar em situação privilegiada, no que respeita àquelas promovidas pelo setor privado, já que, neste último, havia lei específica, inclusive com a previsão de que a paralisação suspende o contrato de trabalho, permitindo-se o corte de ponto e o não pagamento dos dias não trabalhados.

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, suas colocações eram confirmadas pelos transtornos causados, à época, pelos movimentos grevistas promovidos por servidores do Judiciário, do INSS e, sobretudo, pela greve dos controladores de voo, que instalou um verdadeiro caos no setor aeroportuário, com incontáveis prejuízos para as companhias aéreas, para a população em geral e para a própria imagem do país. Essa greve ocorreu entre o fim do ano de 2006 e o início do ano de 2007, justamente o ano em que se concluiu o julgamento dos MIs 670, 708 e 712, ora em exame⁷⁵⁵. Ainda segundo o relator, a falta de norma

⁷⁵⁵ MIs 670, 708 e 712, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008.

regulamentadora do direito de greve teria instalado uma verdadeira “lei da selva”, que acabava por favorecer a representação dos servidores.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por *criar* o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, os episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.⁷⁵⁶

Segundo o ministro Gilmar Mendes, pelo que se infere do trecho acima, a inércia do legislador provavelmente se devia a um “bloqueio” do processo legislativo causado por uma curiosa “convergência de interesses”. De um lado, o Poder Público acreditava que a falta de regulamentação do direito de greve lhe favorecia porque, em tais condições, o seu exercício pelos servidores estaria vedado e seria, portanto, ilegal. De outro lado, os sindicatos dos servidores exerciam tal direito de qualquer modo e viam na anomia uma oportunidade para promover paralisações sem limites juridicamente definidos e, portanto, em condições mais benéficas do que aquelas enfrentadas pelos trabalhadores do setor privado. Os últimos movimentos grevistas, de que era exemplo aquele deflagrado pelos controladores de voo, demonstravam, segundo o ministro, o erro de avaliação em que incorrera o Poder Público.

Com base em tais argumentos, o ministro Gilmar Mendes defendeu que, enquanto persistisse a falta de lei regulamentadora do direito de greve dos servidores, deveria ser aplicada às paralisações a Lei 7.783/1989, que disciplina o exercício de tal direito no setor privado, reconhecendo, contudo, a possibilidade de adaptação dos termos da aludida Lei, pelo Judiciário, à luz do caso concreto, com o propósito de assegurar o atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade, bem como a continuidade do serviço público.

⁷⁵⁶ MI 670, p. 30.

Defendeu, ainda, a aplicação da Lei 7.701/1988, no que tange à competência para julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos, definindo os tribunais competentes para a apreciação dos dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal, bem como para decidir sobre o pagamento ou não dos dias de paralisação, adotando, como regra geral, o não pagamento da remuneração, ressalvadas situações excepcionais. Por fim, decidiu pela fixação do prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria.

O ministro Ricardo Lewandowski capitaneou a divergência, argumentando que a solução proposta pelo ministro Gilmar Mendes ensejaria violação ao dogma do legislador negativo, bem como que a greve no setor público demandava tratamento específico, não equiparável ao que fora conferido ao setor privado. Observou que este era também o entendimento das centrais sindicais e se opôs ao não pagamento dos dias parados. Tais considerações indicavam não serem desarrazoadas as observações do ministro Gilmar Mendes quanto ao posicionamento dos órgãos de representação dos servidores. Estabeleceu-se, então, um debate entre os dois ministros:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhora Presidente, permito-me fazer um pequeno parêntese: ontem fui procurado, publicamente, no Salão Branco desta Casa, por líderes sindicais do setor público e por dirigentes de uma importante confederação sindical que manifestaram a preocupação de adotar-se esta lei de greve do setor privado para o setor público. E ressaltou-se não só a diferença entre ambos os fenômenos, mas dizendo que – menciono isso também para reflexão dos eminentes Pares – a lei de greve do setor privado pressupõe, para o seu desencadeamento, o esgotamento das tratativas das negociações. Ponderaram-me os representantes sindicais que não há, no setor público, os instrumentos adequados, os canais institucionais para estas tratativas.

.....

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR MI 670) – [...]. Compreendo integralmente as razões dessas centrais sindicais. O estado de coisas hoje vigente – porque não é Estado de Direito – favorece realmente essa situação de verdadeira anomia.

Na verdade, esse estado, criado a partir da Constituição de 1988, permitiu que entidades governamentais e sindicais, por motivos diversos, favorecessem o estado de inércia.

“A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva.”

Os exemplos que trouxe naquela assentada já se encontram totalmente superados. Basta chamar, hoje, a questão da greve dos controladores.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – A bem da verdade, preciso complementar que as centrais sindicais que me procuraram – creio que todos temos sobre a bancada o memorial por elas encaminhado –, enfatizaram exatamente que querem uma disciplina específica para o setor público. Disseram-me –

certamente também aos outros eminentes Ministros – que negociam nesse momento não só com o Poder Executivo, como também com o Legislativo. O memorial encaminhado enfatiza que elas querem a regulamentação da matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR MI 670) – [...]. Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência, conforme o seu voto, acaba de proibir o desconto de dias parados, o que, como sabemos, não acontece no âmbito da atividade privada. Por definição, a greve é uma opção de risco. Neste caso – permita-me uma ironia –, teremos um quadro de soma de felicidades, [a paralisação] é um acréscimo em termo de férias.

.....
Em outras palavras, estou a dizer o seguinte: não acho que, *a priori*, a partir da verificação de uma omissão, deva o Tribunal imiscuir-se, na esfera legislativa, e desde logo produzir normas. Evidentemente, há todo um quadro de institucionalidade a ser respeitado.

No entanto, conforme vimos, e tive a oportunidade de elencar, são inúmeros os pronunciamentos desta Corte – citei o MI nº 20, Ministro Celso de Mello; MI nº 485, Ministro Maurício Corrêa; MI nº 585, Ministro Ilmar Galvão. Todas essas decisões se limitavam a fazer apelos ao legislador; conforme sabemos, os apelos caíram no vazio por conta da convergência de visões [do Poder Público e dos representantes dos servidores] que levaram a essa inoperância.

.....
O quadro de anomia – como dizia eu –, na verdade, favorecia, de um lado, a visão governamental de que não poderia haver greve no serviço público, o que se tornou, depois, uma quimera. As greves passaram a ocorrer; são, inclusive, privilegiadas, porque somente aqui há greve com o pagamento de salário – não se conhece isso no serviço privado⁷⁵⁷.

Mais adiante, o ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se sobre o debate acima, observando:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – [...]. Não desconheço os riscos de rejeição na aplicação com temperamentos da Lei nº 7.783 à greve dos servidores públicos. É da maior seriedade a ponderação trazida pela Central Única dos Trabalhadores e outras numerosas entidades: a inexistência, nas questões salariais relativas aos servidores públicos, de mecanismos institucionais de negociação coletiva.

Mas, ou nos conformamos com essa inércia que, digo, é abusiva – o que seria demitirmo-nos da guarda da Constituição que nos foi confiada – ou, a meu ver, a solução propugnada por ambos os relatores – Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes – me convence que ela, no momento, é a mais razoável.

Para não adotá-la – pelas razões que expôs com muita ponderação –, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski acabou por chegar a uma solução mais radical: reconhecer o direito à paralisação, proibindo o desconto de dias parados, o que é risco inerente ao mecanismo da greve, o qual normalmente há de resolver-se mediante negociação que existirá – não tenhamos dúvida –, haja ou não mecanismos formais para tanto. Porque o risco da suspensão do pagamento pelos dias de greve será um instrumento necessário à ponderação de interesses em choque a fim de chegar-se ao fim da paralisação⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ MI 670, p. 86-95.

⁷⁵⁸ MI 670, p. 128.

Prevaleceu, então, a solução proposta pelo relator, que abrangia, como já mencionado, a adoção da Lei 7.783/1989 e da Lei 7.701/1988, com temperamentos, para a disciplina do direito de greve dos servidores públicos e, ainda, a fixação de prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria. A fixação de tal prazo também gerou discussão, tendo o ministro Marco Aurélio se posicionado contra a providência, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal não disporia de instrumentos para impor o cumprimento do prazo por parte do Legislativo, razão pela qual a sua imposição – já descumprida em outras ocasiões – poderia gerar o descrédito do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – [...]. Se Vossa Excelência fizer uma pesquisa, verá que sou coerente. Devo ter ficado vencido [em outras decisões em que se fixou prazo] por que não fixo o prazo. E não o faço porquanto, se descumprido o prazo, para não haver o descrédito do Supremo, teremos que contar com instrumental próprio à suplantação do ato omissivo.

Se vier uma reclamação pelo descumprimento da decisão, do pronunciamento do Supremo, julgaremos procedente o pedido? Qual será a consequência? Substituiremos os deputados e senadores? Aí está o problema.

A colocação do ministro Marco Aurélio, ainda que não reflita o pensamento dominante no Supremo Tribunal Federal nesse caso, é um exemplo de atuação judicial preocupada com limites institucionais e, até mesmo, de um comportamento estratégico que visa a preservar a credibilidade do Tribunal: não proferir decisões que possam vir a ser ostensivamente descumpridas, sem a possibilidade de reação eficaz por parte do STF.

A própria decisão proferida pelo Supremo no caso constituía uma reação ao descumprimento de suas decisões anteriores, pelas quais se reconheceu a mora na regulação do direito de greve e se instou o Congresso Nacional a legislar sobre o tema, sem sucesso. Representava, ainda, uma resposta do Supremo Tribunal Federal a certos limites institucionais de sua atuação, em especial aos limites impostos pelo dogma do legislador negativo. Como não se conseguira superar a mora do legislador na matéria com decisões que respeitavam tal dogma, o STF entendeu que estava justificada sua atuação como legislador positivo e não se limitou a dispor sobre o caso concreto. Ao contrário, definiu balizas para o exercício do direito de greve dos servidores em geral, decisão maximalista que tinha o claro propósito de desenvolver o direito.

4.2.4.6 Aviso prévio proporcional

Ainda no ano de 2007 – mesmo ano em que se encerraram os julgamentos, narrados acima, sobre a inconstitucionalidade da criação de municípios, sobre o dever de fidelidade partidária e sobre o direito de greve dos servidores públicos (e ano seguinte àquele em que se declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira estabelecida pela Lei 9.096/1995) –, o Supremo Tribunal Federal examinou o Mandado de Injunção 695⁷⁵⁹, proposto por ex-empregado do Banco do Brasil, que tinha por objeto a ausência de regulamentação do direito constitucional ao aviso prévio proporcional, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição⁷⁶⁰.

Ao examinar esse novo mandado de injunção, seu relator, o ministro Sepúlveda Pertence, observou que o dispositivo constitucional não regulado já era “velho cliente do tribunal” e que a mora do Congresso Nacional em dispor sobre o assunto fora reconhecida em 1992, quando do julgamento do MI 95, e reiterada, em 2001, na decisão do MI 278, constatando-se que o Congresso Nacional estaria “obstinado na inércia legislativa a respeito”. Consignou-se, então, que talvez fosse a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que estaria ocorrendo no julgamento sobre o direito de greve no setor público, registrando-se, explicitamente, que esta providência não seria adotada no caso específico porque nele o impetrante havia se limitado a requerer a comunicação da mora ao Congresso Nacional, com o propósito de que elaborasse a lei sobre a matéria, e o STF não podia julgar além do que fora pedido.

Em 2011, abriu-se, então, nova oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre o aviso prévio proporcional, nos autos do Mandado de Injunção 943, relatado pelo ministro Gilmar Mendes. O relator manifestou-se favoravelmente à procedência do pedido, inclusive no que respeitava à produção de uma decisão normativa que assegurasse o exercício do direito ao aviso prévio proporcional desde logo. Ao que tudo indica, havia um consenso no STF quanto ao provimento do *writ*, mas era necessário buscar uma referência normativa a partir da qual se pudesse construir a norma aplicável ao caso, passível de reprodução em demandas futuras. Nesse ponto, os ministros apresentaram diversas propostas:

O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. [...]. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construiu solução provisória fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser

⁷⁵⁹ MI 695, j. 1º mar. 2007, DJ 20 abr. 2007, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence.

⁷⁶⁰ É o seguinte o teor do dispositivo: “Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de heterointegração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional⁷⁶¹.

Decidiu-se, então, suspender a sessão de julgamento, realizada no dia 22 de junho de 2011, para que fossem aprofundados os critérios de regulação da matéria. Entretanto, em 11 de outubro de 2011, antes mesmo que o Supremo Tribunal Federal voltasse a se reunir para deliberar sobre o assunto, o Congresso Nacional editou a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, composta por apenas um artigo, que dispunha sobre o direito ao aviso prévio proporcional⁷⁶².

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Ao que tudo indica, o julgamento do mandado de injunção sobre o direito de greve tinha produzido um importante efeito pedagógico. No caso do direito de greve – e possivelmente também no caso do aviso prévio proporcional – grupos relevantes tinham interesse na inércia legislativa e a ação ou omissão desses grupos favorecera a permanência da situação de mora do legislador. Havia-se aprendido, contudo, que era arriscado deixar a regulação a cargo do STF, que já tinha, inclusive, dado mostras de ser mais progressista do que o Congresso Nacional em certas matérias⁷⁶³. No caso do aviso prévio, era o que bastava para que forças políticas acionassem o Legislativo e o fizessem superar, em quatro meses,

⁷⁶¹ Informativo 632, STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=MI943&numero=632&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 04 maio 2013.

⁷⁶² O segundo e último dispositivo da norma limitava-se a dispor que ela entrava em vigor na data de sua publicação.

⁷⁶³ Este argumento será mais explorado no próximo capítulo.

uma inércia de quase 23 anos. De acordo com comentários de Luís Roberto Barroso sobre o episódio:

[...] o diálogo institucional que se instaurou por conta da decisão [no MI 943] não poderia ser mais explícito (e acelerado). Menos de quatro meses após a decisão – e antes que o STF tivesse a chance de concluir o julgamento e explicitar o regime aplicável – viria a ser editada a Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o dispositivo constitucional e estabeleceu o tempo máximo de noventa dias para o aviso prévio.⁷⁶⁴

Não seria surpreendente caso se viesse a constatar que as forças políticas que provocaram a rápida edição da lei regulamentadora do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço antes que o Supremo Tribunal Federal o fizesse eram as mesmas que haviam evitado tal regulamentação até então. Enquanto não havia, no horizonte, o risco de mobilização sobre o assunto fora do Congresso, a situação ideal para o aludido grupo era a não regulamentação do dispositivo, que resultava, na prática, na inaplicabilidade do aviso prévio proporcional. No momento em que se verificou o risco de que a matéria viesse a ser regulamentada no STF, as aludidas forças políticas optaram, estrategicamente, pela segunda melhor alternativa (*second best*), provocando a atuação do Congresso Nacional, aparentemente de forma mais conservadora do que aquela que teria resultado da disposição da matéria pelo STF.

O caso sobre a regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional e, ainda, as ações que discutiram o limite ao número de vereadores, o dever de fidelidade partidária, a omissão da regulamentação sobre a criação de municípios e sobre o direito de greve demonstram que a inação de um Poder em matérias relevantes pode constituir um convite para o avanço dos demais Poderes. Parte de tais casos indica, ainda, que as instâncias representativas podem ter as suas decisões bloqueadas ou influenciadas pela atuação de grupos de interesse minoritários, aspecto que será aprofundado no próximo capítulo.

4.3 Considerações finais

Os casos examinados acima traçam a imagem de um Supremo Tribunal Federal bastante sensível às expectativas do Poder Executivo, tanto no que respeita à governabilidade quanto no que se refere a questões relacionadas à economia, matérias em que o Tribunal se mostrou bastante deferente àquele Poder e nas quais proferiu decisões notadamente

⁷⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2011: Direito Constitucional e Supremo Tribunal Federal, p. 9-10. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2013.

consequencialistas e, portanto, orientadas pelos resultados a serem produzidos por seus julgados⁷⁶⁵.

Verificou-se, ainda, que, a despeito de o STF dar a palavra final sobre a constitucionalidade das normas e sobre a interpretação da Constituição em sede judicial, as discussões podem ser renovadas pelo Executivo e pelo Legislativo, por meio da edição de leis e/ou de emendas constitucionais superadoras das decisões do Tribunal. No plano político, os casos apreciados sugerem que o alinhamento e a convergência de interesses entre o Executivo e o Legislativo podem fazê-los prevalecer sobre o Judiciário no longo prazo, sobretudo quando a matéria não esbarra ostensivamente em cláusula pétrea.

No que concerne à interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, os casos examinados flagraram um Legislativo incapaz de construir consensos que permitissem a efetivação de determinados direitos constitucionais e omisso quanto a correções imprescindíveis ao adequado funcionamento do processo político. O STF, por sua vez, mostrou-se disposto a preencher o vácuo de poder, após tantos anos de espera. Assim, ao que tudo indica, a expansão do STF sobre o campo legislativo responde, em alguma medida, à retração do legislador⁷⁶⁶. Apesar disso, em alguns casos, prevaleceu a vontade do Congresso, que legislou sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, antes que o Supremo o fizesse; e dispôs, via emenda constitucional, sobre a proporcionalidade do número de vereadores, bem como sobre a convalidação dos municípios criados de forma inconstitucional, afastando as decisões do STF.

Os casos antes mencionados demonstram, por fim, que algum grau de descumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Legislativo faz parte do *script* e é tolerado pelo Tribunal, sem que este recue ou modere seus entendimentos. Tais entendimentos, mesmo quando abertamente descumpridos ou quando superados por emenda constitucional, marcam a posição do STF perante a opinião pública, perante grupos de

⁷⁶⁵ Para uma análise acerca da predominância de características do pragmatismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. SILVA, Alexandre Garrido da; BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas et. al. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Op. cit., p. 99-136.

⁷⁶⁶ É o que esclarece Luís Roberto Barroso: “O segundo impulso natural do poder é a expansão [o primeiro, segundo o autor, é a autoconservação]. No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a Corte Suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012, p. 35).

identificação dos ministros e/ou perante movimentos sociais e podem fazer avançar o processo político, desbloqueando as instâncias representativas.

5 A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO JUDICIAL III: A OPINIÃO PÚBLICA

5.1 Opinião pública

As pessoas comuns pensam sobre a política e têm opiniões sobre questões públicas. Têm uma concepção do que é certo ou errado, moral ou imoral. Avaliam a atuação dos governos, têm expectativas que desejam ver atendidas, preocupam-se com a corrupção, com a economia, com a segurança pública e concordam ou discordam de escolhas e de decisões tomadas pelas autoridades. Aquilo que se denomina opinião pública corresponde justamente ao conjunto de ideias e de juízos partilhados pela maioria dos membros da sociedade sobre temas de interesse social⁷⁶⁷.

A opinião pública não é um sujeito. É um objeto, um entendimento popular, uma vontade coletiva produzida pela interação dos cidadãos com diversos agentes, entre os quais podem-se citar: os meios de comunicação, as autoridades públicas, os movimentos sociais, as organizações da sociedade civil. A interação das pessoas comuns entre si e com esses agentes promove um intercâmbio de informações e de interpretações sobre fatos políticos e sobre questões do dia a dia que conformam os juízos partilhados sobre determinados assuntos.

Justamente porque a opinião pública corresponde à visão da maioria da sociedade, ao pensamento dominante nas ruas, entre os cidadãos comuns, espera-se que ela pautará a atuação do Executivo e do Legislativo, uma vez que esses poderes se compõem por representantes eleitos pelo voto popular e têm a missão de expressar os interesses da comunidade. O mesmo não ocorre, contudo, no âmbito do Poder Judiciário⁷⁶⁸.

5.2 Caráter contramajoritário da jurisdição constitucional

Os capítulos anteriores demonstraram que o exercício da jurisdição constitucional pode ensejar a anulação de atos produzidos pelo Executivo ou pelo Legislativo. Embora os juízes que compõem uma Corte Constitucional (como a norte-americana ou a brasileira)

⁷⁶⁷ Esse é o conceito de opinião pública dominante na literatura consultada e empregado pelo dicionário Novo Aurélio (*Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.449).

⁷⁶⁸ STIMSON, James A. *Public opinion in America: moods, cycles and swings*. 2. ed. Colorado: Westview Press, 1999, p. 1-3.

sejam selecionados pelos representantes que integram os dois poderes antes referidos, através de um processo que é político, a atuação dos magistrados, uma vez nomeados e empossados, não se submete ao controle democrático. Ao contrário, o exercício do cargo, por tais magistrados, é protegido por um conjunto de regras constitucionais que tem por propósito justamente garantir a sua independência perante os demais poderes. Em virtude disso, atribui-se à jurisdição constitucional um caráter contramajoritário e discute-se em que medida e com base em quais fundamentos seria possível legitimá-la à luz do princípio democrático, que atribui ao povo a titularidade do poder soberano.

Em breves linhas, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é defendida com base em dois argumentos principais. Alega-se, em primeiro lugar, que tal jurisdição constitui um *instrumento de defesa de direitos fundamentais*, de conteúdos morais mínimos, generalizadamente aceitos e inerentes à dignidade humana, que, por sua essencialidade, devem ser retirados do espaço de deliberação democrática, com o propósito de serem protegidos contra maiorias transitórias. A constitucionalização dos direitos humanos cumpriria a função de suprimir esses direitos do alcance da maioria.

Afirma-se, em segundo lugar, que a jurisdição constitucional presta-se a *tutelar o próprio processo democrático*, cabendo-lhe avaliar se os canais de participação política que levaram à elaboração de uma norma estavam abertos e/ou se a nova norma frustra a participação de grupos minoritários no processo político, por violar, ilustrativamente, a liberdade de expressão, de consciência, de associação, o direito dos cidadãos ao tratamento com igual respeito ou o direito ao voto secreto, universal e periódico. Neste caso, o controle de constitucionalidade cumpriria o papel de impedir que as maiorias atentem contra a própria democracia⁷⁶⁹.

A discussão sobre o caráter contramajoritário e sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade é bastante antiga, mas é periodicamente revisitada por juristas, por políticos e por grupos insatisfeitos com o conteúdo das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais. Em tempos de Cortes Constitucionais progressistas, o caráter “antidemocrático” de suas decisões é apontado por pensadores conservadores. Em épocas de

⁷⁶⁹ A discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é abordada neste trabalho sem pretensão exaustiva, nos limites necessários à reflexão que será desenvolvida adiante. Ver sobre o assunto: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

julgados conservadores, alegação semelhante é invocada pelos progressistas⁷⁷⁰. Movimento desse gênero é atualmente capitaneado nos Estados Unidos da América por teóricos progressistas norte-americanos que defendem a adoção de um “constitucionalismo popular”, em razão do excessivo conservadorismo da Suprema Corte.

5.3 Constitucionalismo popular

Os teóricos do constitucionalismo popular defendem que a última palavra sobre o significado das normas constitucionais deve competir ao povo, único titular do poder soberano⁷⁷¹. Esses autores geralmente recorrem à história dos Estados Unidos da América para demonstrar que a prática norte-americana, na origem da formação do país, estava comprometida com a soberania popular e com a interpretação da Constituição pela própria comunidade. Isso ocorria porque a implementação adequada da Carta era essencial para o respeito aos compromissos assumidos pelos Estados-membros e, portanto, para preservar a sua união. Nada na história sugeria que os tribunais pudessem ser um fator importante ou, mais do que isso, um poder dotado de supremacia no exercício de tal função. Ao contrário, a

⁷⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, p. 1298-1299; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 226-230.

⁷⁷¹ KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o interesse do homem. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 85-147; TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-242; TUSHNET, Mark. Popular constitutionalism as political law. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>>. Acesso em: 29 maio 2013; WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 243-270; WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-158; FRIEDMAN Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 101, 2003, p. 2596-2636; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 226-230; STAMATO, Bianca. Constitucionalismo popular. O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório norte-americano. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Op. cit., p. 55-77; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias, 30 out. 2012. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

revolução norte-americana fora alicerçada na concepção de que um país poderia ser criado e governado com base no consentimento de seu povo⁷⁷².

A atual atribuição da última palavra sobre a Constituição à Suprema Corte, na visão de tais teóricos, expressa uma desconfiança quanto à capacidade dos cidadãos comuns de se autogovernarem. No entanto, um governo só pode ser considerado republicano caso se submeta à opinião pública. Por isso, de acordo com Kramer, cabe às lideranças e às autoridades eleitas educar o povo e fomentar um processo de deliberação que promova a troca de pontos de vista e a formação de uma “mente pública”. É essa mente pública que orientará os representantes eleitos na tomada de suas decisões. O engajamento ativo do povo na deliberação política é essencial para a democracia participativa e garante que todos os cidadãos tenham voz e sejam levados em consideração, em igualdade de condições, nas decisões fundamentais⁷⁷³. A interpretação da Constituição deveria observar o mesmo processo de participação e de deliberação.

Por outro lado, a implementação de direitos humanos contra maiorias eventuais, através dos tribunais, um dos principais argumentos em defesa da legitimidade do controle de constitucionalidade, segundo tais autores, é rara ou não tem respaldo na história. Nenhuma Corte Constitucional seria capaz de evitar o sacrifício de judeus promovido pelo nazismo⁷⁷⁴. E, em diversos períodos do passado, a Suprema Corte norte-americana atuou de forma ambígua, atendendo a interesses da elite; ou teve a oportunidade de afirmar o direito de minorias, mas recuou, evitando o embate com os demais Poderes ou com o público⁷⁷⁵.

A título de ilustração, Tushnet demonstra que a Corte protegeu a liberdade de expressão de dissidentes políticos que não representavam ameaça à ordem, mas manteve as condenações aos líderes do Partido Comunista. Por outro lado, invocou o mesmo direito à livre expressão para proteger as atividades comerciais de grandes empresas da mídia e invalidar restrições contra a propaganda de cigarros. E entendeu que programas de ação

⁷⁷² KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o interesse do homem. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Op. cit., p. 87 e ss.

⁷⁷³ KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o interesse do homem. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Op. cit., p. 121 e ss.

⁷⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 228.

⁷⁷⁵ TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Lumen Juris, 2009, p. 226 e ss.

afirmativa eram inconstitucionais à luz do direito à igualdade. Quando de fato exerceu sua jurisdição, em caráter excepcional, para proteger minorias sob ameaça, como foi o caso de *Brown v. Board of Education*, estava, na verdade, respondendo a uma mudança ideológica que já se encontrava em curso na sociedade e que teria ocorrido de qualquer modo, um pouco mais tarde, através das instâncias majoritárias. Assim, para Tushnet, a defesa da legitimação democrática da jurisdição constitucional com base na necessidade de proteção dos direitos fundamentais das minorias é bastante contestável⁷⁷⁶.

Os teóricos do constitucionalismo popular propõem diferentes instrumentos para a solução dos conflitos entre o Judiciário e a opinião pública acerca do significado da Constituição. Kramer menciona o descumprimento de decisões judiciais, bem como o exercício de pressão sobre os juízes, por meio da abolição de tribunais, do descumprimento de julgados, da alteração do número de membros da Corte, da supressão de competências, do *impeachment* de magistrados, da limitação do orçamento dos tribunais ou da remuneração de seus membros⁷⁷⁷.

Alude também à concepção de Madison segundo a qual a participação popular deveria ser mediada por “instituições representativas múltiplas”, que “consultariam” o povo, dariam ouvidos às diversas opiniões e concorreriam pelo poder político, mantendo-se cada qual delas dentro de certos limites, em razão da atuação e da disputa pelo poder com as demais (na verdade, uma ideia correspondente à “separação de poderes” como limitação do poder político). Tais instituições, segundo Krammer, corresponderiam, por exemplo, ao Legislativo bicameral, ao veto do Executivo e ao federalismo⁷⁷⁸. Kramer propõe, portanto, uma participação popular indireta, através dos seus representantes⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Lumen Juris, 2009, p. 226 e ss. A análise do caso *Brown v. Board of Education* será desenvolvida mais adiante neste trabalho e confirmará o acerto das considerações de Tushnet a seu respeito.

⁷⁷⁷ KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: Op. cit., p. 85-147; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 228-229.

⁷⁷⁸ Krammer menciona, ainda, como instituição, o “tamanho estendido” do governo, que corresponderia à concepção de um governo dividido em “vários governos” e “departamentos” e colocado em tantas mãos que o exercício abusivo por parte de um departamento seria impedido pelos demais, não apenas por razões ideológicas, mas também em razão do interesse pessoal de cada autoridade em defender sua parcela de poder (KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: Op. cit., p. 115 e ss.).

⁷⁷⁹ Segundo Krammer: “o controle do povo, embora real e substancial, não é direto. Ele é indireto: mediado por respostas populares aos argumentos e às ações ou inações dos representantes em diferentes partes de diferentes governos, representantes que estão, cada qual a seu turno, pegando suas pistas com o público” (KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular. Op. cit., p. 115).

Waldron afirma que se deve atribuir a última palavra sobre a Constituição ao Legislativo, pois este constituiria a única instituição na qual se garante oportunidade de igual participação a todas as pessoas⁷⁸⁰. Tushnet defende a supressão do controle judicial de constitucionalidade ou o estabelecimento de um processo dialógico entre todas as instituições envolvidas na interpretação da Constituição, sem o reconhecimento de prioridade ou de supremacia ao Judiciário⁷⁸¹. Nota-se, portanto, uma tendência de tais autores a atribuir aos representantes eleitos a aferição, a mediação e a expressão da vontade do povo sobre o sentido das normas constitucionais.

O constitucionalismo popular tem a virtude de reafirmar a importância da comunidade e de seu engajamento na definição do conteúdo da Constituição. A experiência constitucional não se resume ao que fazem os tribunais. O significado das normas constitucionais também é construído, dia a dia, por todos aqueles que interagem sob a sua ordem⁷⁸². No entanto, o constitucionalismo popular falha ao idealizar a “representação popular” levada a efeito pelo Executivo e pelo Legislativo. A história da decisão de *Brown v. Board of Education* é um bom exemplo disso.

5.4 Desbloqueio das instâncias majoritárias pela Suprema Corte: *Brown v. Board of Education*

A Segunda Grande Guerra e o Holocausto, promovido pelo regime nazista, produziram uma aversão à ideia de superioridade racial nos Estados Unidos da América. A experiência dos soldados afro-americanos na guerra, o contato com a ideologia democrática dessa última e as oportunidades de desenvolvimento político e econômico proporcionadas por tal momento histórico incutiram nos negros norte-americanos a consciência dos direitos

⁷⁸⁰ É importante ressaltar que Waldron reconhece a adequação do *judicial review* em sociedades cujas instituições legislativas sejam disfuncionais. Entretanto, não acredita ser este o caso dos Estados Unidos da América, percepção contestável à luz das considerações sobre o caso *Brown v. Board of Education*, que serão apresentadas mais adiante. Cf. WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Op. cit., p. 243-270; WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. Op. cit., p. 93-157

⁷⁸¹ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; TUSHNET, Mark. *Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos*. Op. cit., p. 221-241; TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>>. Acesso em: 29 maio 2013.

⁷⁸² Sobre a importância de ampliar o rol de intérpretes da Constituição, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

fundamentais e o desejo de lutar pelo reconhecimento de uma cidadania plena e pelo tratamento em igualdade de condições com os cidadãos brancos⁷⁸³. Durante e após a guerra, registraram-se, no sul dos Estados Unidos da América, área com maior tendência racista do país, diversos movimentos pelos quais cidadãos afro-americanos protestaram pelo final da segregação e da desigualdade na educação, no acesso à saúde e à moradia, nos transportes públicos etc.⁷⁸⁴.

Os negros engajaram-se politicamente, o registro de afro-americanos votantes e de candidatos afro-americanos deu um salto e os questionamentos contra a segregação começaram a dar frutos, no final dos anos quarenta e início dos anos cinquenta, com a adoção de medidas contra a discriminação racial no uso de elevadores em prédios comerciais, no acesso a lojas de departamento, em espaços públicos, bibliotecas, parques e piscinas públicas, bem como com a absorção de afro-americanos nas forças policiais e nos júris federais. Em virtude de tais conquistas, os políticos sulistas passaram a adotar um discurso mais moderado e, algumas vezes, ambíguo, no que respeita à questão racial.

No norte do país, com tradição progressista, a experiência da guerra combinada com o declínio da agricultura sulista, com a grande migração de afro-americanos provenientes de áreas rurais, com o surgimento de uma classe média negra, com o aumento nos índices de alfabetização, com o crescente poder político dos negros e com a busca de integração social e econômica dos afro-americanos favorecia a formação de uma maioria contra a segregação racial. O país deparava-se, ainda, com a necessidade de preservar a sua imagem internacional durante a Guerra Fria, que ficava prejudicada por imputações de racismo⁷⁸⁵.

No entanto, a despeito dos fatos narrados acima e da maioria nacional favorável à adoção de medidas contra a segregação racial, a luta pelos direitos civis, nos Estados Unidos da América, se estendeu por décadas, até os anos sessenta, sem que as instâncias majoritárias tomassem as medidas necessárias para o amplo reconhecimento da igualdade racial no país. Isso era possível porque os segregacionistas do sul detinham o controle das principais comissões legislativas no Congresso, dispunham de conexões políticas que lhes permitiam bloquear a votação de normas contra a segregação racial no Senado e tinham grande peso nos

⁷⁸³ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n.1, p. 81, jun.1994, p. 88.

⁷⁸⁴ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. Op. cit., p. 89 e ss.

⁷⁸⁵ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. Op. cit., p. 91 e ss.

colégios eleitorais responsáveis pelas eleições presidenciais⁷⁸⁶. Por isso, sua reação contra medidas antidiscriminatórias era muito temida, o que acabava resultando no predomínio de um grupo minoritário sobre a vontade da maioria da população, nas próprias instâncias representativas. Segundo Corinna Lain, essa falha do sistema político norte-americano decorre de alguns aspectos indicados a seguir⁷⁸⁷:

- i) Uma grande parcela dos cidadãos com direito de voto opta por não exercer tal direito e, assim, frustra a seleção de representantes que correspondam à composição ideológica da maioria da população.
- ii) A contribuição privada para campanhas eleitorais permite que uma minoria – a elite econômica – exerça grande poder sobre os candidatos.
- iii) O partido que controla a definição dos distritos eleitorais – e, portanto, sua configuração ideológica –, controla boa parte do resultado eleitoral (*gerrymander*)⁷⁸⁸.
- iv) A polarização política entre os partidos (democrata e republicano) – associada ao alto custo das eleições e aos artifícios utilizados para o redesenho de distritos eleitorais – faz com que a eleição e a permanência no poder seja produto da lealdade do político às orientações do partido a que pertence e não propriamente à vontade de seus eleitores⁷⁸⁹.
- v) Os estados norte-americanos são representados, no Senado, pelo mesmo número de senadores, independentemente da sua população. Consequentemente, os estados que

⁷⁸⁶ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1984060>>. Acesso em: 27 set. 2013, p. 11.

⁷⁸⁷ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 34 e ss.

⁷⁸⁸ A definição dos distritos eleitorais determina o conjunto de eleitores de uma determinada área. Conhecendo-se a composição ideológica dos distritos, é possível redesenhá-los de forma a criar ou diluir maiorias ideológicas e otimizar o resultado eleitoral em favor de algum partido.

⁷⁸⁹ Corinna Lain exemplifica o argumento relatando que, durante o governo Clinton, um analista político teria recomendado ao Partido Republicano que orientasse seus membros a não permitir uma alteração no sistema de saúde do país porque esta ameaçaria os interesses eleitorais do partido. Veja-se que a razão da diretriz não era o bem-estar da população ou a necessidade de promover/preservar um bom serviço, mas, ao contrário, a repercussão política que uma mudança positiva no sistema causaria em favor do Partido Democrata (LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 40).

detêm maioria ideológica nessa casa não necessariamente representam a maioria dos norte-americanos.

vi) O presidente do país é escolhido pelo colégio eleitoral, composto pelos senadores e pelos representantes de cada estado na Câmara, repetindo a distorção representativa antes mencionada.

vii) A Constituição norte-americana exige *quorum* qualificado (*supermajority*) para a superação do veto presidencial.

viii) A Constituição exige, ainda, *quorum* qualificado para a aprovação de emendas constitucionais. Por isso, pequenas minorias podem inviabilizá-las.

ix) A tramitação de projetos de lei depende da atuação de diversas comissões legislativas em ambas as casas do Congresso. Os líderes dessas comissões têm considerável poder para decidir se, quando e em que condições um projeto de lei será examinado. Grupos capazes de influenciar um grande número de comissões podem impedir a apreciação de propostas de normas que não atendam a seus interesses. De fato, na década de cinquenta, os segregacionistas controlavam cinco das oito comissões mais importantes do Senado.

x) No Senado, uma minoria de senadores pode criar obstáculos à tramitação e à apreciação de um projeto, utilizando-se da prerrogativa de discursar longamente, de gerar debates desnecessários ou de estabelecer exigências adicionais e dilatórias para impedir a votação das normas (*senate filibuster*).

Diante da obstrução das instâncias representativas, a pressão popular pelo reconhecimento do direito à igualdade racial nos Estados Unidos da América buscou caminho na via judicial. Em 1954, a Suprema Corte norte-americana apreciou *Brown v. Board of Education*⁷⁹⁰. Nesse caso, menores afrodescendentes oriundos dos Estados do Kansas, da Carolina do Sul, de Virgínia e de Delaware, por intermédio de seus representantes legais, narravam que sua admissão nas escolas públicas de suas respectivas comunidades, escolas

⁷⁹⁰ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

estas frequentadas por crianças brancas, havia sido indeferida, sob o fundamento de que os requerentes eram negros e de que as normas locais determinavam ou permitiam a segregação racial nas escolas. Os requerentes entendiam que tais normas ensejavam violação a seu direito à igualdade previsto na 14ª Emenda à Constituição norte-americana.

Em todos os casos, ressalvado aquele oriundo de Delaware, o pedido havia sido julgado improcedente, com base na decisão proferida pela Suprema Corte, em *Plessy v. Ferguson*, segundo o qual não haveria violação à igualdade na separação escolar de brancos e negros, desde que ambos tivessem acesso a serviços educacionais semelhantes. No caso de Delaware, a Suprema Corte do estado aderiu ao mesmo precedente, mas determinou que os autores fossem admitidos nas escolas para brancos, tendo em vista que elas eram superiores às escolas frequentadas pelos negros.

A decisão de *Brown* foi redigida em termos bastante sucintos e específicos, pelos quais o precedente de *Plessy v. Ferguson* foi superado, esclarecendo-se que a educação constitui uma das funções estatais de maior relevância, e que a segregação nas escolas públicas tinha um efeito prejudicial para as crianças negras, simbolizando a sua inferioridade. Ao mesmo tempo em que a Corte, protegida pela vitaliciedade e pela independência de seus juízes, proclamou um entendimento que já havia se estabelecido na nação, no sentido do direito dos negros à igualdade, ela tinha consciência de que uma reação negativa importante seria desencadeada pelos segregacionistas do sul. Muito embora 54% da população norte-americana concordassem com a decisão, 71% do sul discordavam dela⁷⁹¹. Além disso, a decisão de *Brown* representava também a afirmação de um entendimento nacional, em detrimento da autonomia dos estados do sul, circunstância que reforçaria a rejeição ao julgado.

Atenta a tais aspectos, a Suprema Corte buscou fundamentar sua decisão de forma econômica, *estrategicamente minimalista*, a fim de conferir a impressão de que o julgamento se restringia à questão escolar, e determinou que a supressão da segregação deveria ocorrer “o mais rapidamente possível” (“*all deliberate speed*”)⁷⁹². A expressão utilizada para definir as condições de cumprimento do julgado era vaga justamente porque havia temor de que este viesse a ser descumprido e procurava-se preservar a credibilidade da Corte. Entretanto, tal expressão foi interpretada pelos jurisdicionados como uma “carta branca” para a manutenção da segregação escolar, o que efetivamente ocorreu. O percentual de cumprimento da decisão

⁷⁹¹ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 9.

⁷⁹² FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Strauss e Giroux, 2009, p. 244-246.

de *Brown* foi baixíssimo. Por outro lado, o julgado provocou uma polarização de interesses na matéria e gerou uma “histeria racial” no sul, transformando a questão em um tema central da política na região⁷⁹³.

Paralelamente, o movimento pelos direitos civis dos negros foi ganhando força, sob a liderança de Martin Luther King, até que eventos sangrentos, envolvendo a brutal supressão de manifestações pacíficas de afro-americanos pela polícia, transmitida pela televisão, chocaram a nação, mobilizaram a sociedade favoravelmente à causa e culminaram com a aprovação da Lei dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*)⁷⁹⁴. A partir de então, com o Executivo e o Legislativo a seu favor, a Suprema Corte passou à efetiva supressão da segregação escolar, proferindo determinações precisas que a implementavam⁷⁹⁵.

O caso acima oferece algumas lições. Demonstra, primeiramente, que grupos minoritários relevantes e bem-articulados podem prevalecer sobre a vontade da maioria nas instâncias representativas. A própria doutrina tem reconhecido que alguns grupos minoritários são muito eficientes na defesa de seus interesses, em especial se reunirem associados com boa interlocução política e com poder econômico para patrocinar campanhas eleitorais e formar opiniões. Quando os políticos consideram arriscado assumir uma posição contra um grupo de interesses relevante, optam por permanecer inertes, fazendo com que a vontade popular busque outras vias pelas quais possa ser atendida⁷⁹⁶.

Muito embora os juízes não sejam eleitos, o Judiciário pode funcionar como um canal de correção das disfunções do processo democrático, proferindo as decisões majoritárias que ficaram obstruídas. Nestas circunstâncias, o apoio popular protege a atuação da Corte, blindando-a contra reações do Executivo ou do Legislativo que possam prejudicá-la⁷⁹⁷. O espaço ocupado pelo Judiciário na arena política é, portanto, resultado de sua interação com os demais Poderes e com a sociedade. A inação dos demais Poderes ou a percepção de sua

⁷⁹³ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. Op. cit., p. 81-108.

⁷⁹⁴ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. Op. cit., p. 113 e ss.

⁷⁹⁵ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 248-250.

⁷⁹⁶ RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. Op. cit., p. 27 e ss.; LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 2 e ss.; MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Nova York: State University of New York Press, 2008. p. 5.

⁷⁹⁷ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 2-4.

ineficiência em temas relevantes para a comunidade pode provocar o avanço da Corte no espaço político⁷⁹⁸.

Brown v. Board of Education, ainda que imediatamente descumprido, foi um poderoso catalisador político, cujos efeitos favoreceram a defesa dos direitos dos afro-americanos. O povo foi amplamente atuante na discussão, que, embora tenha se iniciado no Judiciário, encerrou-se através de um “diálogo” travado entre os diversos Poderes de Estado e a comunidade. Como o caso demonstra e como ficará claro ao longo deste capítulo, a atuação contramajoritária da Suprema Corte pode ser menos comum do que se supõe.

5.5 Desbloqueio das instâncias majoritárias pelo Supremo Tribunal Federal: fidelidade partidária e outros

Reflexões semelhantes àquelas desenvolvidas acima são aplicáveis ao sistema constitucional brasileiro. Assim como no caso norte-americano, algumas de nossas instituições políticas podem favorecer o predomínio de interesses minoritários sobre a vontade da maioria. Ilustram esta assertiva os seguintes aspectos⁷⁹⁹:

- i) O financiamento privado de campanhas eleitorais no Brasil e os vultosos valores nelas empregados tornam os candidatos muito vulneráveis ao poder econômico, já que dependem de importâncias consideráveis para viabilizar sua eleição⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. Op. cit., p. 89 e ss.; LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 2 e ss.; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *U Chicago Public Law Research Paper*, n. 28th, June 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso em: 12 dez. 2006; SUNSTEIN, Cass. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Op. cit., p. 55-57.

⁷⁹⁹ O rol apresentado abaixo não é exaustivo. Uma discussão completa acerca dos desvios representativos de nosso atual sistema constitucional e eleitoral fugiria ao escopo do trabalho. Com o rol acima pretende-se apenas demonstrar a existência de normas que interferem no caráter efetivamente representativo das decisões produzidas pelos representantes eleitos, explicando-se a ocorrência de algumas deliberações contramajoritárias nas instâncias majoritárias. Discute-se, atualmente, a necessidade de uma ampla reforma política, que teria o propósito de corrigir alguns desvios representativos. Sobre o tema, cf. relatório e proposta de reforma política produzidos a partir de seminário promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil (BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Relatório-Reforma-Política-OAB.pdf>. Acesso em 01 jun. 2013).

⁸⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Relatório-Reforma-Política-OAB.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.

ii) No sistema proporcional de listas abertas, aplicado à eleição dos deputados federais, os candidatos, em regra, não se elegem com base na votação individual que recebem, mas sim com base nos votos angariados por seu partido político. Por outro lado, os partidos não têm uma definição ideológica e programática clara e/ou formam coligações partidárias ao arrepio de seus compromissos ideológicos, comprometendo sua representatividade⁸⁰¹.

iii) Para aumentar o número de votos a seu favor no sistema proporcional, os partidos políticos lançam mão de candidaturas de celebridades (como atores, jogadores de futebol, cantores), que não necessariamente têm experiência ou vocação política e que majoram artificialmente a votação e, portanto, a representatividade do partido.

iv) Cada estado brasileiro dispõe de três representantes no Senado, independentemente de sua população. Por conseguinte, os estados que detêm maioria no Senado não necessariamente representam a maioria do povo⁸⁰².

⁸⁰¹ Para uma melhor compreensão do sistema proporcional de listas abertas, cf. capítulo 4, item 2.4.4., deste trabalho. Segundo Luís Roberto Barroso: “30. A ideia romântica de que a lista desordenada ou aberta permite ao eleitor escolher de forma personalizada os candidatos que serão eleitos simplesmente não corresponde à realidade. Do ponto de vista estatístico, menos de 10% dos parlamentares têm sido eleitos com base em sua votação individual. Os demais dependem da transferência de votos obtidos por outros candidatos de seu partido ou mesmo de outras agremiações, como ocorre nas coligações partidárias. Como visto, todos os votos são computados, em primeiro lugar, para os partidos, conferindo-lhes direito a determinado número de vagas. A votação individual determina apenas a posição de cada candidato na lista partidária. Embora essa circunstância possa privilegiar pontualmente a vontade popular – sobretudo ao garantir a eleição de umas poucas figuras carismáticas –, a verdade é que o sistema produz muito mais distorções do que acertos. 31. Na prática, um candidato que obtenha um número expressivo de votos pode conferir ao seu partido a prerrogativa de eleger outros parlamentares, com votação pessoal baixa ou insignificante. Dada a limitação dos mandatos disponíveis, o efeito colateral é a preterição de candidatos, de outros partidos, com votação pessoal muito mais expressiva. Com efeito, já se tornaram comuns – e, por vezes, folclóricos – os casos em que indivíduos com votação irrisória acabaram eleitos. Longe de constituírem incidências isoladas, tais situações têm sido corriqueiras nas eleições proporcionais realizadas no país. 32. O modelo estimula os partidos a lançar a candidatura de personalidades carismáticas, mesmo quando não apresentem afinidade com o programa partidário ou mesmo qualquer histórico de engajamento político. O sucesso dessas pessoas pode alavancar a eleição de candidatos que defendam orientações políticas diversas ou mesmo opostas, atribuindo ao voto consequências que o eleitor medianamente informado não teria condições de antever e com as quais, provavelmente, ele não concordaria. O que se tem, portanto, é um sistema parcialmente aleatório ou, o que é pior, um sistema que pode ser manipulado para a produção de resultados inteiramente desvinculados da vontade que os eleitores pensam estar manifestando ao votar” (BARROSO, Luís Roberto. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. Op. cit., p. 13-15).

⁸⁰² Art. 46, § 1º, CF: “Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. § 1º – Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos”.

v) Os estados são representados na Câmara dos Deputados por um número de deputados federais proporcional à sua população. Entretanto, a Constituição determina que cada estado terá o mínimo de oito e o máximo de setenta deputados, e que os territórios disporão cada qual de quatro deputados. Essas regras mitigam a relação de proporcionalidade entre o número de eleitores dos estados e sua representação no Congresso, gerando distorções em favor dos entes que têm menor densidade demográfica⁸⁰³.

vi) A superação do veto presidencial aos projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional depende de quórum qualificado correspondente à maioria absoluta dos deputados e senadores, circunstância que permite o bloqueio da decisão pela minoria⁸⁰⁴.

vii) O *quorum* para a aprovação de projetos de emenda à Constituição é de 3/5 dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional. Tais projetos podem, assim, ser obstados pela vontade da minoria⁸⁰⁵.

viii) Os procedimentos previstos nos regimentos internos da Câmara e do Senado para a apreciação e para a votação dos projetos de lei permitem o estabelecimento de exigências adicionais e dilatórias, que podem postergar ou inviabilizar a conclusão do processo legislativo em prazo razoável. A título de exemplo, deputados e senadores podem requerer que os projetos de lei sejam submetidos a um sem-número de comissões legislativas, desde que tenham alguma relação com o tema tratado. Atualmente, a Câmara dos Deputados dispõe de vinte e uma e o Senado de onze

⁸⁰³ Art. 45, §§ 1º e 2º, CF, dispõe: “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º – O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. § 2º – Cada Território elegerá quatro Deputados”.

⁸⁰⁴ Art. 66, § 4º, CF: “§ 4º – O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto”.

⁸⁰⁵ Art. 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...]. § 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

comissões permanentes, destinadas a discutir e votar as propostas de leis. A submissão de um projeto a múltiplas comissões pode alongar e até mesmo frustrar a sua aprovação⁸⁰⁶.

Os institutos descritos acima demonstram, portanto, que, no Brasil, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América, a estrutura do sistema eleitoral, a composição do Congresso Nacional e as características do processo legislativo podem gerar uma distorção no sistema de representação popular. O caso em que se afirmou o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional, já narrado anteriormente, é um exemplo disso. Nesse caso, alguns partidos políticos requereram ao STF que este reconhecesse que a mudança injustificada de agremiação, pelo deputado, após as eleições pelo sistema proporcional, ensejava a perda do mandato, bem como o direito do partido de preencher a vaga com o suplente. Defendia-se que, no sistema proporcional, a maior parte dos candidatos se elegia com base na votação recebida pela agremiação. Por isso, o mandato pertencia aos partidos e não aos políticos.

A demanda foi julgada favoravelmente aos requerentes, tendo se afirmado que a mudança de partido em tais circunstâncias distorcia a representação popular⁸⁰⁷. A decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso, rompeu com precedente anterior do próprio Tribunal e se voltou contra uma prática que era, então, comum no Congresso. A decisão do STF contrariou poderosos interesses. No entanto, uma pesquisa de opinião realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), a pedido da Confederação Nacional da Indústria (CNI), apurou que *52% da população aprovavam a fidelidade partidária e que apenas 37%*

⁸⁰⁶ De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 140. Quando qualquer Comissão pretender que outra se manifeste sobre determinada matéria, apresentará requerimento escrito nesse sentido ao Presidente da Câmara, com a indicação precisa da questão sobre a qual deseja o pronunciamento [...]”. Já o Regimento Interno do Senado prevê: “Art. 279. A discussão, salvo nos projetos em regime de urgência e o disposto no art. 349, poderá ser adiada, mediante deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador ou comissão, para os seguintes fins: I – audiência de comissão que sobre ela não se tenha manifestado; II – reexame por uma ou mais comissões por motivo justificado”. Segundo definição da própria Câmara dos Deputados, as comissões permanentes que a integram: “São órgãos técnicos criados pelo Regimento Interno da Casa e constituídos de deputados(as), com a finalidade de discutir e votar as propostas de leis que são apresentadas à Câmara. Com relação a determinadas proposições ou projetos, essas comissões se manifestam emitindo opinião técnica sobre o assunto, por meio de pareceres, antes de o assunto ser levado ao Plenário; com relação a outras proposições elas decidem, aprovando-as ou rejeitando-as, sem a necessidade de submissão ao Plenário. A composição parlamentar desses órgãos técnicos é renovada a cada ano ou sessão legislativa”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

⁸⁰⁷ MS 26602, MS 26603 e MS 26604, j. 4 out. 2007, DJ 03 out. 2008.

*eram contra a medida*⁸⁰⁸. Tudo indica, portanto, que o STF proferiu, neste caso, uma decisão convergente com o entendimento da maioria da população. E que as instâncias representativas, ao contrário, vinham mantendo uma atitude contramajoritária, que atendia aos interesses de um determinado grupo – os partidos políticos maiores.

Outros casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, também já apreciados neste trabalho, provavelmente apresentam características semelhantes. Ainda em 2007, por exemplo, o Tribunal deu provimento a três mandados de injunção pelos quais se requeria a regulamentação do direito de greve de certas categorias de servidores públicos⁸⁰⁹. Os debates travados entre os ministros durante o julgamento demonstraram que a não regulamentação de tal direito constitucional pelo Congresso atendia a dois grupos de interesse aparentemente antagônicos. O Poder Público acreditava que a omissão legislativa lhe era favorável porque ensejava a ilegalidade das greves de servidores. Já os sindicatos, na ausência de norma, promoviam paralisações em condições menos onerosas do que aquelas aplicáveis aos trabalhadores da iniciativa privada, nas quais autorizava-se, por exemplo, o corte do ponto, em caso de não comparecimento ao serviço.

Provavelmente a população era a maior prejudicada pela não regulamentação do direito de greve, sendo submetida a verdadeiros colapsos na prestação de serviços públicos essenciais, cujo exemplo mais emblemático foi a greve dos controladores de voo, no início do ano de 2007, que instalou um verdadeiro caos nos aeroportos do país. Merecem menção, ainda, algumas greves de policiais, que privaram os cidadãos de condições mínimas de segurança pública. O Supremo Tribunal Federal determinou, então, a aplicação analógica da norma que regulava a greve na iniciativa privada às greves de servidores, com algumas adaptações. Mais uma vez, os interesses da política majoritária conflitavam com os interesses da comunidade e foi no STF que os últimos foram acolhidos⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Não se logrou obter acesso direto à aludida pesquisa de opinião. As assertivas acima se baseiam em referências idênticas acerca de seu resultado, publicadas em três veículos diversos. Disponível em: <<http://www.impactoonline.com.br/not%C3%ADcias-de-impacto/ibope-aponta-que-54-sao-contra-voto-obrigatorio.html>; http://www.vermelho.org.br/orlando_silva/noticia.php?id_noticia=10856&id_secao=1; http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1306>. Acesso em: 30 maio 2013.

⁸⁰⁹ MI 670, MI 708 e MI 712, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008.

⁸¹⁰ Ante a ausência de pesquisas de opinião e de outros indicadores objetivos, não é possível afirmar com segurança que a decisão de regulamentar o direito de greve, tomada pelo Supremo Tribunal Federal, foi aprovada pela maioria dos cidadãos. Essa decisão tinha o propósito de superar uma inércia legislativa que prejudicava a população como um todo. Mas uma avaliação positiva dela pela opinião pública dependeria da compreensão dos interesses das partes e das razões de decidir do Tribunal. Caso contrário, tal regulamentação poderia ser encarada como um favorecimento às paralisações. Seja como for, uma vez compreendidas as particularidades do caso, verifica-se que coube ao STF a decisão que supostamente

Por fim, em 2011, o STF deu início ao exame de um mandado de injunção pelo qual se requeria a regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional, previsto no art. 7º, XXI, CF, em favor dos trabalhadores⁸¹¹. Obviamente, grupos empresariais eram favorecidos pela não regulação desse direito. O feito foi levado a julgamento em sessão plenária, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal indicaram que reconheceriam a procedência do pedido e produziram uma norma regulamentadora do benefício. O julgamento foi suspenso para que refletissem sobre paradigmas legislativos a serem utilizados na normatização em questão e, neste ínterim, o Legislativo editou a norma regulamentadora, superando, em 4 meses, uma inércia de quase 23 anos⁸¹². Ao comentar a questão, Luís Roberto Barroso observou:

Aqui entre nós, o sistema eleitoral e o custo das campanhas impõem inevitáveis aproximações entre o poder econômico e o poder político, fazendo com que grandes interesses sejam bem representados no parlamento. Já o Judiciário, ambiente no qual o recrutamento se dá por concurso público, sem injunções econômicas diretas, tornou-se menos dependente das elites e, em alguma medida, mais representativo da sociedade. A tese é complexa, com nuances e sutilezas que não cabe aprofundar aqui. Meu argumento de que o Judiciário está à esquerda do Legislativo é ilustrado pelo episódio da regulamentação do aviso prévio em caso de dispensa imotivada [...]. Quando o STF deliberou que iria regulamentar o tema, diante da prolongada omissão do Congresso, as classes empresariais acorreram ao Legislativo, obtendo legislação a respeito. Isso porque estavam convencidas de que do STF viria regulamentação mais protetiva aos trabalhadores⁸¹³.

Foram essas as condições em que o Congresso Nacional produziu a Lei 12.506/2011, que dispôs sobre o direito ao aviso prévio proporcional⁸¹⁴. A decisão por parte da “instância representativa” somente se concretizou após o sinal de que o Supremo Tribunal Federal avançaria sobre o campo legislativo para solucionar o assunto⁸¹⁵.

acabaria com a “lei da selva” nas greves de servidores públicos e que, por isso, preservaria os interesses da comunidade.

⁸¹¹ MI 943. Mais uma vez, não foram localizadas pesquisas sobre a aprovação da decisão do STF pelo público, até porque tal decisão não chegou a ser proferida por completo, como esclarecido adiante. No entanto, tratou-se de decisão favorável aos trabalhadores em geral, apta, portanto, a provocar uma recepção positiva por parte de uma parcela da população potencialmente majoritária.

⁸¹² No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2011: Direito constitucional e Supremo Tribunal Federal, p. 9-10. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2013.

⁸¹³ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2011: direito constitucional e Supremo Tribunal Federal. Op. cit., p. 21-22.

⁸¹⁴ O segundo e último dispositivo da norma limitava-se a dispor que ela entrava em vigor na data de sua publicação.

⁸¹⁵ Para uma crítica ao reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como “representante argumentativo da sociedade”, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Entrevista concedida ao blog Os Constitucionalistas. Disponível em <http://estadodedireitos.com/>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

5.6 Mecanismos indutores do alinhamento entre a Suprema Corte e a opinião pública

5.6.1 Critério político de seleção dos juízes da Suprema Corte

Estudos empíricos têm demonstrado que as decisões contramajoritárias são exceção na Suprema Corte norte-americana. De acordo com dados levantados por Thomas Marshall nos períodos de 1935 a 1986⁸¹⁶ e de 1986 a 2005 (*Rehnquist Court*)⁸¹⁷, as decisões da Corte mostraram-se convergentes com o resultado das pesquisas de opinião sobre os respectivos temas em percentual superior a 60%. Ainda segundo o autor, entre 1935 e 1986, a Suprema Corte apresentou um comportamento tão convergente com a opinião pública quanto os demais poderes⁸¹⁸. Verificou-se, ainda, que suas decisões tendiam a ser mais alinhadas com a maioria quando esta demonstrava estar muito atenta a determinada questão, quando a população expressava uma opinião muito clara sobre a matéria⁸¹⁹ ou durante períodos de crise⁸²⁰.

Diversos são os fatores que induzem a Suprema Corte a um comportamento judicial convergente com as convicções da maioria. O primeiro deles, examinado por Robert Dahl e bastante referenciado pela doutrina, corresponde ao critério político de seleção dos juízes da Corte⁸²¹. Como já esclarecido, tais magistrados são escolhidos pelo presidente e submetidos à

⁸¹⁶ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Boston: Unwin Hyman, 1989, p. 97.

⁸¹⁷ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Nova York: State University of New York Press, 2008. p. 21 e ss.

⁸¹⁸ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Op. cit., p. 97; MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 21 e ss.

⁸¹⁹ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 38 e ss.

⁸²⁰ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Op. cit., p. 97-98. Utilizou-se como indicador da ocorrência de “tempos de crise” a seguinte pergunta dos institutos de pesquisa: “Qual é, na sua opinião, o problema mais relevante enfrentado pelo país neste momento?” Então, procuravam-se casos que tratassem do problema indicado e partia-se da premissa de que, em tais casos, a Corte estaria julgando a matéria em tempos de crise, verificando-se, então, o percentual de convergência das decisões com a opinião pública. Thomas Marshall ressalva, contudo, que o número de casos pertinentes a tempos de crise era baixo, aspecto que poderia comprometer a certeza dos resultados, em razão do pequeno número de amostras (MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Op. cit., p. 81-83). Outros critérios utilizados para medir a relevância de um caso são: a presença de *amicus curiae* no processo e a ocorrência de publicação de notícia sobre o julgamento na primeira página de jornais de grande circulação, como o *The New York Times* (HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. Op. cit., p. 235; e GILES, Micheal W; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. Op. cit., p. 8-9, respectivamente).

⁸²¹ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. Op. cit., p. 570 e ss.

aprovação do Senado. Em um universo político altamente polarizado, como é o caso do ambiente norte-americano, é de se supor que o presidente não escolherá um candidato que tenha visões claramente antagônicas às suas. Por razões semelhantes, o Senado não aprovará candidatos cujos entendimentos sejam muito diferentes das convicções da maioria de seus membros.

Assim, se predominar no Senado uma visão ideológica alinhada com aquela endossada pelo presidente, é possível que o candidato selecionado apresente ideias mais radicais acerca de questões constitucionais fundamentais. Por outro lado, se predominarem no Senado visões antagônicas àquelas defendidas pelo presidente, este procurará designar um juiz cujas convicções se afinem com seu programa de governo, mas que assuma posições ideologicamente moderadas, de forma a facilitar a sua aprovação no Legislativo. Em ambos os casos, esse procedimento ensejará a escolha de um juiz que reflete o pensamento político dominante em tal momento.

Segundo Dahl, o critério utilizado para a seleção de tal magistrado induziria, portanto, à escolha de candidatos atentos a questões políticas, engajados e bem relacionados, já que as tendências ideológicas e as conexões políticas de tal profissional teriam um peso especial em sua avaliação. Assim, o procedimento de seleção dos *justices* favoreceria a nomeação de juízes sensíveis à opinião pública, aspecto que repercutiria em suas decisões.

Além disso, Dahl observa que, no período por ele estudado, coube aos presidentes nomear a média de um novo juiz a cada 22 meses de governo para integrar a Suprema Corte. Com base nessa média, cada presidente teria a expectativa de nomear 2 juízes por mandato e, portanto, 4 juízes no período de dois mandatos. Consequentemente, em um período de 2 mandatos presidenciais, seria possível ao chefe do Executivo promover a alteração de quase 50% da Suprema Corte, composta por 9 juízes, *realinhando-a à vontade popular*, se necessário. Procurando comprovar a tese de realinhamento, Dahl demonstra que o presidente Hoover nomeou três *justices*; que Roosevelt nomeou 9; Truman, 4; e Eisenhower, 4. Na sua opinião, a constante alteração da composição da Corte também a induziria a acompanhar as tendências ideológicas da comunidade.

Essa última tese descrita acima é contestada com base em dois argumentos⁸²². Em primeiro lugar, observa-se que, apesar de os presidentes procurarem nomear juízes que se alinhem com as suas convicções fundamentais, nada garante que tal magistrado não os

⁸²² LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 47 e ss.; GILES, Micheal W; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. Op. cit., p. 1.

surpreenderá com decisões que conflitam com tais convicções. Isso pode ocorrer porque, por mais cuidadosa que seja a pesquisa sobre a vida pregressa de tal profissional, nem sempre é possível avaliar com precisão seu entendimento sobre a ampla gama de assuntos que poderão ser levados a julgamento na Suprema Corte. Além disso, as tendências ideológicas de um juiz podem variar ao longo do tempo. E, qualquer que seja a razão de sua divergência política com a autoridade que o nomeou, o fato é que, uma vez empossado, o magistrado ocupará o cargo em caráter vitalício e sua atuação será protegida por normas que asseguram a sua independência.

A título de ilustração, conta-se que, em certa ocasião, perguntou-se ao presidente Eisenhower se ele acreditava ter cometido algum erro durante o seu mandato presidencial e que este teria respondido: – “Sim, dois” e “ambos os erros integram a Suprema Corte”⁸²³. De fato, apesar das tendências conservadoras daquele presidente, 2 dos 4 *justices* por ele nomeados, Earl Warren e William Brennan, mostraram-se extremamente progressistas. A *Warren Court*, sob a presidência do primeiro, foi considerada uma das cortes mais ousadas da história do *judicial review* justamente por ter ampliado o poder judicial e a tutela a direitos fundamentais, implementando julgados cujos efeitos perdurariam e provocariam mudanças sociais relevantes, como, por exemplo, a decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, que determinou o fim da segregação racial nas escolas⁸²⁴.

Além disso, um estudo empírico conduzido por Thomas Marshall com o propósito de verificar a correção da tese do realinhamento à opinião pública de Dahl concluiu que esta estaria incorreta no que respeita aos juízes indicados antes e depois do *New Deal*. Como já esclarecido, o *New Deal* correspondeu a um conjunto de medidas propostas pelo presidente Roosevelt com o objetivo de recuperar a economia norte-americana. Tais medidas, inicialmente, encontraram resistências na Suprema Corte, mas esta acabou por validá-las. A resistência antes mencionada poderia ser indicativa da divergência ideológica entre os *justices* e o novo presidente e, para confirmar a tese do realinhamento de Dahl, seria necessário demonstrar que os juízes posteriormente indicados pelo presidente para compor a Corte foram mais convergentes com a opinião pública do que aqueles que já a integravam.

No entanto, constatou-se que os juízes indicados antes do *New Deal* foram mais alinhados à opinião pública do que aqueles nomeados posteriormente, não se confirmando a tese do realinhamento. Outro estudo de Marshall foi, ainda, inconclusivo, no que respeita ao

⁸²³ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 11.

⁸²⁴ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 47.

realinhamento durante a *Rehnquist Court*. Diante desses resultados, entende-se que a dúvida quanto à correção da tese de Dahl permanece, demandando novos estudos empíricos⁸²⁵.

O segundo argumento levantado contra a tese antes aludida diz respeito à periodicidade atual de renovação da composição da Suprema Corte. Observa-se que, diferentemente do que ocorria na época estudada por Dahl, o tempo médio para nomeação de um novo juiz, entre 1972 e 2004, teria subido para quatro anos⁸²⁶. Ressalta-se que o tempo de vida médio da população e, portanto, dos juízes está aumentando e que o interesse dos presidentes em preservar poderes e penetração política após o término de seus mandatos os motiva a indicar para a Suprema Corte candidatos mais jovens, que permaneçam por um longo tempo em tal função. Por isso, alega-se, atualmente haveria uma tendência maior à estabilidade da composição ideológica da Corte, aspecto que poderia distanciá-la da opinião pública, caso esta viesse a experimentar uma alteração em suas inclinações políticas⁸²⁷.

No entanto, alguns estudos apresentam indícios de que a Corte é sensível a alterações ideológicas independentemente de haver ou não mudança em sua composição. Caso confirmada essa premissa, a tese de Dahl, que explica a predominância de decisões majoritárias na Suprema Corte, com base na correspondência entre a sua composição e as forças políticas dominantes no momento da seleção dos juízes, não forneceria uma explicação completa para a convergência entre os julgados e a opinião pública. Ao contrário, o fato de que juízes da Suprema Corte alteram seus entendimentos e se alinham a mudanças na opinião pública, mesmo quando já empossados em cargos vitalícios, indicaria a existência de um vínculo direto entre o sentimento popular e as decisões da Suprema Corte⁸²⁸.

⁸²⁵ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 99-105. A dificuldade de promover estudos empíricos sobre a tese do realinhamento de Dahl decorre do fato de que a Suprema Corte atravessa períodos longos sem que haja alternância ideológica relevante na política majoritária. Por isso, alguns juízes ingressam na Corte e se aposentam antes que um período de realinhamento com a opinião majoritária se verifique.

⁸²⁶ GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. *The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making*. Op. cit., p. 1.

⁸²⁷ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 159.

⁸²⁸ A questão não é pacífica e, aparentemente, a reatividade da Suprema Corte a alterações na opinião pública pode variar conforme o período examinado e/ou conforme o perfil mais ou menos politizado de seus juízes. Estudos empíricos desenvolvidos por Thomas R. Marshall demonstraram que: i) entre 1935 e 1986, os juízes eram tão convergentes com a opinião pública em seus primeiros anos de Corte quanto em seus últimos anos, independentemente do partido que se encontrasse no poder (MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Op. cit., p. 116-119); ii) entre 1986 e 2005, durante a *Rehnquist Court*, os juízes mostraram-se mais alinhados com a opinião pública nos seus quatro primeiros anos de Corte. Assim, concluiu-se que, nesse período, o longo tempo de um magistrado na Suprema Corte poderia reduzir a convergência entre as suas decisões e a opinião pública. Uma possível explicação para a diferença quanto ao comportamento observado em períodos pretéritos se relaciona à tendência, verificada no segundo período, de selecionar juízes de cortes federais de apelação para integrar a Suprema Corte, em lugar de

5.6.2 Valores da comunidade e movimentos sociais

No capítulo 4, observou-se que, por maiores que sejam as divergências entre os juízes, sua formação profissional, seu dia a dia nos tribunais e a cultura das instituições que integram são responsáveis por referências homogêneas mínimas sobre a função de um magistrado, sobre os elementos de que pode fazer uso para proferir suas decisões, sobre o que é ser um bom juiz. Tais referências constituem limites institucionais, muitas vezes informais e até inconscientes, que restringem as alternativas consideradas por um magistrado para decidir os casos que lhe são submetidos, configurando o que se denominou *regime interpretativo mínimo*.

Vínculo semelhante pode ser verificado entre os juízes e os valores da comunidade à qual pertencem. Em todas as sociedades, existe uma compreensão sobre a missão a ser cumprida por uma Corte Constitucional, sobre o que são bons e maus argumentos, sobre os valores essenciais a serem preservados. Os juízes integram a sociedade e, portanto, são influenciados por tais elementos. Sujeitam-se, ainda, às mesmas forças sociais que modelam e que eventualmente alteram a opinião pública⁸²⁹. Por isso, haveria uma tendência natural à convergência entre seus julgados e a visão dominante na sociedade.

A título de ilustração, vale retomar brevemente a história do caso *Brown v. Board of Education*. Como já relatado, a experiência da Segunda Guerra Mundial e o nazismo ensejaram a rejeição à ideia de superioridade racial, inspirando movimentos sociais pela supressão da segregação entre brancos e negros nos Estados Unidos da América e pelo tratamento dos afro-americanos em condições de igualdade com os demais cidadãos. Tais movimentos promoveram uma alteração ideológica na sociedade e ensejaram, em âmbito

profissionais com perfil mais politizado (MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 159). De todo modo, havendo alteração ideológica convergente com a opinião pública, sem que tenha havido alteração na composição do órgão judicial, tem-se um indício da existência de um vínculo direto entre a convicção dos magistrados e o entendimento da maioria. Ver, ainda, sobre a discussão: GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. *The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making*. Op. cit., p. 9 e ss.

⁸²⁹ LAIN, Corinna Barrett. *Upside-down judicial review*. Op. cit., p. 49 e ss.; SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*. Op. cit., p. 142 e ss.; GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. *The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making*. Op. cit., p. 6 e ss.; FRIEDMAN, Lawrence M. *Taking law and society seriously*. Op. cit., p. 533 e ss.; BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 134.

judicial, a decisão proferida em *Brown*, que condenou a segregação nas escolas, superando antigos precedentes da Corte que a admitiam⁸³⁰.

Da mesma forma, movimentos sociais pela não discriminação nas relações homoafetivas resultaram na decisão de *Lawrence v. Texas*⁸³¹, quando a Suprema Corte afirmou a inconstitucionalidade da criminalização de tais relações e revogou o precedente produzido no caso *Bowers v. Hardwick*⁸³², em sentido diametralmente oposto. Curiosamente, a juíza O'Connor, que votara pela validade da criminalização em *Bowers*, votou pela inconstitucionalidade de medida idêntica em *Lawrence* e, quando questionada a respeito da divergência entre seus votos, observou:

A verdadeira mudança [dos precedentes judiciais], quando emerge, baseia-se sobretudo em mudanças ideológicas ocorridas na comunidade como um todo. Raríssima é a vitória – nas Cortes ou no Legislativo – que não seja produto de um novo consenso social. As Cortes, em particular, são bastante reativas a tais consensos⁸³³.

Os casos acima demonstram que novos valores que afloraram na sociedade norte-americana e que foram objeto de importantes movimentos sociais encontraram expressão na Suprema Corte, provocando a mudança de precedentes antigos. Sugerem, portanto, a existência de um vínculo direto entre as decisões da Corte e as convicções da maioria, em especial quando novos consensos emergem. Acredita-se que tal convergência de entendimentos deve-se, em parte, ao fato de que os juízes se submetem às mesmas influências e travam contato com os mesmos movimentos sociais que provocam alterações na convicção da maioria, e por isso tais alterações se refletem em suas decisões.

5.6.3 Legitimidade e estabilidade institucional da Suprema Corte

A Suprema Corte não tem poderes para legislar⁸³⁴, para aprovar orçamentos ou para impor o cumprimento de seus próprios julgados. Ao contrário, depende da adesão dos demais Poderes para isso e sujeita-se a normas constitucionais que conferem a eles considerável rol

⁸³⁰ KLARMAN, Michael J. How *Brown* changed race relations: the backlash thesis. Op. cit., p. 81 e ss.; LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 10.

⁸³¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸³² *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁸³³ FRIEDMAN, Barry. The Politics of judicial review. Op. cit., p. 320.

⁸³⁴ Ao menos não dispõe de tal poder em sentido formal.

de medidas de represália em desfavor da Corte. O Judiciário norte-americano já teve tribunais extintos, decisões descumpridas; seus juízes já foram alvo de *impeachments*, parte das suas competências já foi suprimida. Reações muito negativas da opinião pública, que possam provocar um descumprimento em massa das decisões da Suprema Corte (*backlash*) podem comprometer a sua imagem e desestabilizá-la institucionalmente⁸³⁵. *A melhor proteção de que a Suprema Corte dispõe contra os representantes do povo é o próprio povo*⁸³⁶. Decidir as grandes questões em debate de forma convergente com a opinião pública preserva a imagem da Corte e reforça a sua legitimidade⁸³⁷.

Além disso, segundo Sunstein, razões de ordem epistêmica e consequencialista também podem favorecer a opção pelo entendimento da maioria. Do ponto de vista epistêmico, o autor argumenta que a forte convicção da coletividade sobre a decisão mais adequada a ser prolatada pode ser indicativa da correção ou incorreção do julgado que a Suprema Corte pretende proferir. Deve, portanto, despertar ao menos a sua prudência em considerar seriamente seus argumentos⁸³⁸. Já do ponto de vista das consequências, se um julgado puder despertar reações de tal ordem que ameacem a credibilidade da Corte, talvez a decisão não deva ser tomada, até porque, se for dotada de tamanha impopularidade, possivelmente será descumprida, não resultando em qualquer benefício concreto para a sociedade ou para a Suprema Corte⁸³⁹.

É importante notar, contudo, que as considerações acima não implicam dizer que a Suprema Corte não pode contrariar a opinião pública em nenhuma hipótese. Como já observado, a Corte tem uma função contramajoritária a desempenhar no que respeita à

⁸³⁵ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 375.

⁸³⁶ LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. Op. cit., p. 49.

⁸³⁷ Como esclarece Luís Roberto Barroso: “De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que diverjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 41-42).

⁸³⁸ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Op. cit., p. 143 e ss. No entanto, o próprio autor reconhece que o discernimento da maioria pode ser comprometido por preconceitos, pela repetição acrítica da opinião de terceiros, pela apreensão em divergir do grupo, vícios estes que desqualificariam uma espécie de presunção de relevância das convicções coletivas. Esse aspecto será tratado adiante.

⁸³⁹ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Op. cit., p. 159 e ss.

proteção dos direitos fundamentais e dos pressupostos para a democracia. Essa função pressupõe a tomada de algumas decisões impopulares. A questão que se coloca, portanto, é como seria possível conciliar tais decisões impopulares com a preservação da estabilidade institucional da Suprema Corte.

Ao discorrer sobre o assunto, a doutrina costuma recorrer aos conceitos de “apoio popular específico” (*specific support*) e de “apoio popular difuso” (*diffuse support*). O apoio popular específico refere-se à aprovação de uma decisão determinada da Suprema Corte pelo público. O apoio popular difuso diz respeito à credibilidade de que dispõe a Corte perante a comunidade como um todo. Ela é produto de sua história, do acerto das decisões tomadas no passado, da confiança conquistada junto à população.

A Suprema Corte profere, ao longo do tempo, muitas decisões populares e algumas impopulares⁸⁴⁰. As decisões populares geram uma espécie de “reserva de credibilidade”, de “apoio difuso”, que constitui o “capital político” da Corte. Quanto maior for tal “reserva”, maior será a sua liberdade para tomar decisões contramajoritárias, que não gozarão do apoio específico da população. Por outro lado, nenhuma instituição política é capaz de se manter sistematicamente em confronto com as opiniões dominantes na sociedade. Tal “capital político” é finito e deve ser utilizado com parcimônia. Caberá à Corte avaliar quando deve fazer uso dele⁸⁴¹.

O embate entre o presidente Roosevelt e a Suprema Corte, em razão do *New Deal*, ilustra o acerto dessas considerações. A Corte declarou a inconstitucionalidade de uma série de medidas apresentadas pelo presidente Roosevelt, que tinham por propósito remediar a grave crise econômica pela qual passava o país na década de 30. As decisões judiciais que as invalidaram eram contramajoritárias. Não gozavam de apoio popular específico. Contrariado por tais julgados, o presidente concebeu um plano para aumentar o número de membros da Suprema Corte, de forma a que os novos juízes que viesse a indicar permitissem a formação

⁸⁴⁰ Como já esclarecido acima, estudos empíricos demonstram que o número de decisões populares da Suprema Corte é superior ao número de decisões impopulares.

⁸⁴¹ A ideia de que as instituições públicas têm um reservatório de apoio popular difuso que as protege contra decisões impopulares específicas foi formulada originalmente por David Easton (*A re-assessment of the concept of popular support. British Journal of Politics Science*, n. 5, 1975, p. 435 e ss., 1975). Cf., sobre o tema: FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. Op. cit.*, p. 379 e ss. FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review. Op. cit.*, p. 326; FRIEDMAN Barry. *Mediated popular constitutionalism. Op. cit.*, p. 2615 e ss.; EGAN, Patrick J.; CITRIN, Jack. *Opinion leadership, backlash, and delegitimation: Supreme Court rulings and public opinion. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1443631>>. Acesso em: 27 set. 2013, p. 5 e ss.; GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. *The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. Op. cit.*, p. 4.*

de uma maioria alinhada com seus interesses. Tratava-se, portanto, de uma tentativa de submissão da Corte à vontade do Executivo.

Entretanto, a iniciativa do Executivo não foi apoiada pela população. Essa iniciativa comprometia, aos olhos da comunidade, a independência da Suprema Corte, órgão que gozava da credibilidade e da confiança dos cidadãos. No caso, o apoio popular difuso de que a Corte dispunha a protegeu das investidas do Executivo. Por outro lado, a Corte recuou dos entendimentos que inviabilizavam as aludidas medidas econômicas e superou seus precedentes anteriores, de forma a se alinhar às preferências específicas da maioria.

5.6.4 Diálogo social

Mesmo nas situações em que a Suprema Corte opta por produzir uma decisão contramajoritária, esta não necessariamente será definitiva. Um julgado pode descontentar a população, mas não provocar maior resistência a seu cumprimento. Neste caso, provavelmente será mantido. Pode, contudo, levantar um verdadeiro clamor público contra a Suprema Corte, gerar uma intensa e prolongada discordância por parte da comunidade, acompanhada de atitudes que demonstrem o propósito de descumprir a decisão (*backlash*). Nesse caso, essa decisão da Corte cumprirá a função de “abrir” o debate acerca de uma questão que é altamente controversa.

Esse debate se estabelecerá através da imprensa, dos movimentos sociais e de outras instituições que atuam no espaço público. Ele repercutirá nas instâncias representativas e possivelmente provocará iniciativas legislativas que novamente conduzirão o assunto à Suprema Corte, abrindo-se a oportunidade para que esta volte a se manifestar sobre a matéria, até que se encontre um ponto de equilíbrio com o pensamento majoritário. Assim, a opinião pública interfere no comportamento judicial da Corte em dois momentos: durante o processo de julgamento de um caso e depois do anúncio da decisão⁸⁴².

A discussão sobre o direito da mulher à interrupção voluntária da gravidez nos Estados Unidos da América demonstra com clareza essa dinâmica. No início da década de setenta, movimentos em favor dos direitos da mulher abriram caminho para que a Suprema Corte reconhecesse, em *Roe v. Wade*⁸⁴³, o direito à interrupção de uma gestação não desejada e afirmasse a inconstitucionalidade da norma que restringisse tal direito. O novo precedente,

⁸⁴² MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Op. cit., p. 24.

⁸⁴³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

que se acreditava refletir uma tendência popular, produziu considerável impacto na comunidade, dividindo-a entre grupos favoráveis e contra o aborto. Estes últimos engajaram-se em movimentos sociais a favor da vida, criticaram a Corte e mobilizaram-se contra o julgado. A mobilização popular motivou a edição, pelos legislativos estaduais, de diversas normas que estabeleciam limites ao aborto, cuja constitucionalidade foi novamente submetida à Corte.

Então, em *Planned Parenthood v. Casey*⁸⁴⁴, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade i) da exigência de consentimento informado da gestante ou de seus pais e ii) da determinação de um período de 24 horas como condições para a consumação do aborto. Na oportunidade, ressaltou que a decisão não implicava a superação da essência do entendimento proferido em *Roe v. Wade* e defendeu a necessidade de assegurar a previsibilidade e a estabilidade do direito. Esse cuidado tinha o propósito de reforçar que a Corte não estava cedendo a pressões políticas, tampouco estava alterando o direito com base nas preferências ideológicas conservadoras dos seus novos membros. No entanto, os autores de modo geral reconhecem que a ampla liberdade afirmada em *Roe v. Wade* foi bastante mitigada em *Casey*, tendo-se abandonado o critério mais rigoroso de exame das normas restritivas ao direito de aborto (*strict scrutiny*), adotado na primeira decisão, por um critério mais brando⁸⁴⁵.

Nota-se, assim, que a Suprema Corte estabeleceu um *diálogo* com a comunidade e reviu parcialmente sua decisão, de forma a aproximá-la de um *ponto de equilíbrio* que contemplasse opiniões de ambos os grupos envolvidos no debate. Segundo Thomas R. Marshall, a experiência demonstra que, em casos com tal repercussão, a maioria geralmente tem uma “segunda chance” de fazer prevalecer a solução que entende mais adequada na Corte. Em reforço a essa tese, Marshall apresenta levantamentos empíricos que demonstram que os precedentes impopulares são menos estáveis, que são superados mais rapidamente e que, no longo prazo, a Suprema Corte tende a acompanhar os entendimentos da opinião pública⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁸⁴⁵ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 381-385; LEVY, Richard E.; SOMEK, Alexander. Paradoxical parallels in the American and German abortion decisions. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 9, p. 109, 2001, p. 127-166.

⁸⁴⁶ MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Supreme Court*. Op. cit., p. 68; MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 151-152; DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Emory Law Journal*, n. 50, 2001, p. 563-582.

5.6.5 Opinião pública como grupo de referência

A convergência com a opinião pública não ocorre apenas por razões instrumentais, como preservar a legitimidade da Suprema Corte. Ela pode constituir também um fim em si mesmo. Os juízes não vivem em isolamento. Ao contrário, constroem sua identidade a partir da interação com os diversos grupos com os quais se relacionam e desejam preservar a sua imagem e conquistar o reconhecimento e a estima dos seus membros. Por isso, quanto maior for a identificação do magistrado com um determinado grupo, maior será o poder de influência desse grupo sobre os votos que virá a proferir.

Os aspectos que interferem na definição dos grupos de identificação dos indivíduos têm íntima relação com seu *background* – com suas vivências anteriores, com experiências profissionais e políticas. Estudos sobre a *Rehnquist Court* constataram que aqueles juízes que já haviam concorrido em eleições, que ocuparam cargos públicos de alto escalão que não demandavam conhecimento jurídico ou que trabalharam como assessores próximos dos presidentes apresentavam maior tendência a convergir com a opinião pública. Apresentavam a mesma inclinação, ainda, os juízes oriundos das universidades mais bem avaliadas; aqueles juízes cujas atividades anteriores os expunham à interação com grupos majoritários ou com a cultura contemporânea; juízes sem experiência anterior na magistratura; juízes ideologicamente moderados; juízes presidentes da Suprema Corte e os líderes intelectuais da Corte⁸⁴⁷.

Acredita-se que profissionais com tais características tendem a considerar a opinião pública um grupo de referência para a formação de sua convicção. Além disso, em alguns casos, o reconhecimento pela opinião pública e a popularidade podem constituir um importante objeto de desejo perseguido pelos magistrados⁸⁴⁸. Por isso, o público em geral

⁸⁴⁷ Em compensação, constatou-se que *justices* com experiência anterior na magistratura ou com experiência acadêmica como professores eram menos convergentes com os entendimentos dominantes na comunidade (MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 77-105 e 162). É válido observar, contudo, que resultado diverso foi obtido pelo mesmo autor, em estudo sobre período anterior à *Rehnquist Court*, em que os *justices* que haviam concorrido em eleições para cargos representativos não apresentaram maior tendência de convergência com a opinião pública. Segundo Marshall, uma diferença marcante entre o perfil dos juízes da *Rehnquist Court* e o perfil dos juízes de cortes anteriores estava na crescente tendência à seleção de juízes de cortes de apelação federais para compor a última Corte, em lugar de profissionais com maior viés político. A divergência de resultados indica que o comportamento dos juízes com relação à opinião pública pode variar de acordo com a época e/ou com seu maior ou menor viés político (MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Op. cit., p. 113).

⁸⁴⁸ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 66 e ss.

influenciaria seu comportamento judicial. Cita-se como exemplo o caso da juíza O'Connor. O'Connor concorrera em eleições para cargos representativos no passado e notoriamente buscava cultivar sua imagem pública junto à população. Dava entrevistas, escrevia livros para o grande público, respondia correspondências encaminhadas pelos cidadãos e era considerada o “juiz médio” da Suprema Corte, conhecida por suas posições moderadas e alinhadas com a opinião pública⁸⁴⁹.

Acredita-se, por outro lado, que juízes de carreira, juízes sem experiência política anterior e juízes marcadamente técnicos tendem a se identificar mais com grupos menores, como, por exemplo, a comunidade jurídica e a academia. Nesse caso, é possível que a visão desses grupos menores tenha maior influência sobre o seu comportamento judicial do que a comunidade como um todo⁸⁵⁰.

Nota-se, assim, que o grau de relevância conferido pelos magistrados à opinião pública tende a variar muito. No entanto, mesmo que apenas uma minoria de juízes seja sensível ao público tal influência pode produzir resultados importantes. Em uma corte dividida ideologicamente, como é o caso da Suprema Corte norte-americana, a convicção de um ou de dois juízes pode ser determinante para a formação da maioria e, portanto, para o resultado da decisão. O'Connor é novamente um bom exemplo disso. Coube a ela desempatar alguns julgados da Corte, e, nessa situação, a mera existência de um juiz permeável à opinião pública podia definir o entendimento que prevaleceria⁸⁵¹.

5.7 Modelo estratégico externo (a interação com a opinião pública)

As considerações acima demonstram que o alinhamento de entendimentos entre a Suprema Corte e a opinião pública pode ser motivado pelo comportamento sincero ou pelo comportamento estratégico dos seus juízes. Quando tais juízes concordarem com a visão da maioria ou quando a tiverem como um grupo de referência importante para a solução do caso, o primeiro tipo de comportamento estará presente. Quando, por outro lado, deixarem de julgar

⁸⁴⁹ BAUM, Lawrence. Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior. Op. cit., p. 69-71.

⁸⁵⁰ BAUM, Lawrence. Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior. Op. cit., p. 66-72.

⁸⁵¹ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 168-171; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Op. cit., p. 320; BAUM, Lawrence. Judges and their audiences; a perspective on judicial behavior. Op. cit., p. 135-155; LEVY, Richard E.; SOMEK, Alexander. Paradoxical parallels in the American and German abortion decisions. Op. cit., p. 127-128; GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. Op. cit., p. 4.

com base em suas preferências, com o fim de evitar ou minimizar uma reação muito negativa na comunidade, ter-se-á uma atuação estratégica.

A história da Suprema Corte norte-americana traz diversos exemplos de atuação estratégica nos moldes sugeridos acima. No mesmo ano em que *Brown v. Board of Education* foi julgado, chegou à Suprema Corte o caso *Jackson v. Alabama*⁸⁵², pelo qual se relatava que Linnie Jackson, uma mulher negra, fora condenada a 5 anos de prisão por se casar com um homem branco, em desrespeito a uma lei estadual. Requeria-se, então, que a Corte, por meio do *writ of certiorari*, reapreciasse o assunto e invalidasse a norma. Entretanto, a admissão do caso foi negada e a Sra. Jackson foi encarcerada por 5 anos. Especula-se que a Corte acreditava que uma decisão favorável à Sra. Jackson em tal oportunidade poderia tornar ainda mais difícil o cumprimento da decisão de *Brown*, agravar as ações segregacionistas no sul e expor o órgão judicial a novos desgastes. Por esta razão, optou por não julgar o caso.

Em *Engel v. Vitale*⁸⁵³, a Suprema Corte entendeu que a realização de preces nas escolas públicas violava a 1ª Emenda à Constituição norte-americana, que vedava ao Poder Público o incentivo a qualquer religião. Conta-se que 13 mil cópias do julgado foram vendidas pela Suprema Corte então. Um recorde histórico, segundo Barry Friedman. A decisão enfrentou grande protesto popular e foi manifestamente descumprida. A reação da comunidade só não foi maior porque, na prática, a Corte não tinha como impor o respeito à decisão em todas as salas de aula de todas as escolas públicas do país⁸⁵⁴.

Tema semelhante foi levado ao exame da Suprema Corte em *Elk Grove Unified School District v. Newdow*⁸⁵⁵, quando se requereu a declaração de que a expressão “perante Deus”, utilizada na saudação à bandeira dos Estados Unidos da América, violava a 1ª Emenda, devendo ser suprimida. A questão constitucional não chegou a ser analisada pela Corte, ao argumento de que o pai da estudante não teria legitimidade para postular em juízo

⁸⁵² *Jackson v. Alabama*, 348 U.S. 888 (1954).

⁸⁵³ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

⁸⁵⁴ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 262-267; BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 127-135. Caso semelhante foi apreciado na Alemanha, tendo-se declarado a inconstitucionalidade de uma lei da Bavária que previa a exibição de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas de ensino fundamental. A decisão provocou protestos e os crucifixos não foram retirados (VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 2-4 apud BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012, p. 48).

⁸⁵⁵ *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004).

no lugar da filha, já que a posse e guarda desta havia sido atribuída à mãe com exclusividade. Nesse caso, o argumento processual evitou a reapreciação de uma questão altamente controvertida na comunidade, que poderia reeditar os protestos decorrentes da decisão sobre a inconstitucionalidade das preces nas escolas.

É válido registrar, ainda, que a Suprema Corte, tanto em *Jackson v. Alabama* quanto em *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, deixou de apreciar o mérito da ação. No primeiro caso, inadmitiu o *writ of certiorari*, com base em juízo discricionário. No segundo caso, invocou argumentos processuais que impediriam a apreciação da questão de fundo. Em ambos, portanto, exerceu suas “virtudes passivas” (*passive virtues*) e evitou entrar em choque com a opinião dominante em âmbito regional e nacional, respectivamente.

O comportamento estratégico da Suprema Corte é confirmado, ainda, pela constatação de Marshall, já aludida anteriormente, de que a Corte tende a ser mais deferente à opinião pública em tempos de crise e em matérias que atraíam especialmente a atenção da população; e menos deferente em casos menos relevantes, nos quais os *justices* julgariam conforme as suas convicções. Tal comportamento demonstraria que quando a vigilância do público sobre a Corte é menor, esta considera-se mais livre para decidir conforme suas preferências.

Há, contudo, autores que contestam a influência da opinião pública sobre as decisões da Suprema Corte. Estes últimos acreditam que os juízes são mais preocupados com questões jurídicas e ideológicas do que com hipotéticos prejuízos que poderiam ser gerados por decisões impopulares. E alegam que é difícil, para um juiz, prever se uma decisão provocará uma forte reação negativa no público; que, ainda que se imagine que tal reação ocorrerá, não necessariamente ela interferirá no apoio dado à Corte pela comunidade; e que, mesmo que a decisão atinja a credibilidade da Corte, não necessariamente será descumprida.

Alguns estudos empíricos citados por tais autores parecem indicar que, ao contrário dos achados de Thomas Marshall, a conduta da Corte não varia de acordo com a importância do caso. Outros sugerem que, nos assuntos em que as opiniões da comunidade são mais polarizadas, os *justices* teriam um comportamento mais ideológico, tendendo a decidir de forma consistente com suas convicções pessoais e não com o entendimento da maioria. Essa conclusão contrariaria a ocorrência do comportamento judicial estratégico⁸⁵⁶. Como já mencionado, a Suprema Corte goza de um apoio popular difuso que lhe permite proferir

⁸⁵⁶ Entendimento semelhante é sustentado por Lawrence Baum (*Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 63-72) e por Saul Brenner e Joseph M. Whitmeyer (*Strategy on the United States Supreme Court*. Op. cit., p. 127-135). Sobre os mencionados estudos empíricos, ver, ainda, GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. *The Supreme Court in American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making*. Op. cit., p. 20-21.

decisões impopulares sem gerar grandes danos para a sua credibilidade ou para a sua estabilidade institucional. Entretanto, esse capital político é limitado. Por isso, parece razoável imaginar que os juízes avaliarão quando ele deve ser empregado e quando, ao contrário, é melhor adotar uma atitude de deferência à opinião pública.

Por fim, é inevitável reconhecer a dificuldade de aferição objetiva da opinião da maioria até mesmo para avaliar a convergência entre esta e as decisões da Suprema Corte. Geralmente, a academia utiliza para tal fim as pesquisas de opinião, recurso nem sempre disponível para os magistrados na oportunidade do julgamento. Além disso, a forma de apresentar o problema e de formular os questionários em tais pesquisas pode induzir os entrevistados a determinadas respostas. As próprias pesquisas de opinião estão sujeitas a erros e distorções. E se é difícil avaliar o entendimento dominante na sociedade até mesmo para quem dispõe dessas pesquisas, mais difícil ainda será tal avaliação pelos magistrados, que geralmente não têm acesso a elas.

5.8 Mecanismos indutores do alinhamento entre o STF e a opinião pública

5.8.1 Critério político de seleção dos juízes do STF

Embora não seja possível avaliar se as decisões convergentes com o sentimento popular são predominantes no Supremo Tribunal Federal, em razão da ausência de levantamentos empíricos com tamanha amplitude, pode-se demonstrar, contudo, que, em alguns casos de grande repercussão julgados pelo Tribunal, as decisões foram razoavelmente influenciadas pela opinião pública, e que mecanismos semelhantes àqueles examinados acima podem explicar tal influência.

Os ministros que integram o STF são indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. São, portanto, selecionados por critérios substancialmente políticos e por autoridades eleitas pelo voto popular. Entretanto, o ambiente político brasileiro não é ideologicamente bipartido como o ambiente norte-americano. E as sabinas dos candidatos a ministro do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não têm o mesmo rigor ideológico daquelas que ocorrem nos Estados Unidos da América. Predominam, no STF, ministros com experiência pretérita na Magistratura e/ou oriundos de carreiras jurídicas cujo acesso depende de concurso público, como membros do Ministério Público e das Procuradorias-Gerais estaduais.

Assim, se, por um lado, o acesso ao Supremo Tribunal Federal depende de conexões que pressupõem algum nível de abertura do candidato às instâncias políticas, por outro, o ambiente político brasileiro e a tendência a selecionar magistrados de carreira e/ou candidatos que ingressaram no serviço público mediante concurso poderia atenuar a sensibilidade do STF para a opinião pública, pela falta de experiência política ou de vinculação ideológica de seus membros. Entretanto, aspectos pessoais e institucionais, examinados mais adiante, cumprem a função de sensibilizar os ministros para as reações da população aos seus julgados.

5.8.2 Valores da comunidade e movimentos sociais

A superação da corrupção, do patrimonialismo, da ineficiência do Poder Público e da impunidade de seus integrantes têm ocupado um papel central na cena política brasileira e constituem um dos principais anseios da população. Esses problemas são, ainda, recorrentemente denunciados pelos meios de comunicação e por organizações da sociedade civil. O próprio Judiciário e, portanto, também o Supremo Tribunal Federal, é considerado

parte do problema, em virtude da dificuldade de acesso e de defesa pelos cidadãos mais humildes, da morosidade da tramitação dos processos, da multiplicidade de recursos e da falta de resposta para escândalos envolvendo o mal uso do dinheiro público.

No que respeita ao STF, uma competência específica, outorgada pela Constituição, era apontada como fonte de ineficiência e de impunidade: a competência originária para processar e julgar, nas infrações penais comuns e/ou nos crimes de responsabilidade, conforme o caso, as mais altas autoridades do país, entre as quais o presidente da República e os membros do Congresso Nacional, instituto que ficou conhecido como foro especial por prerrogativa de função⁸⁵⁷. A população em geral percebia o foro especial como um mecanismo que favorecia a impunidade dos poderosos, já que, na prática, eram muito poucos os políticos que chegavam a ser julgados. A maior parte dos delitos acabava prescrevendo sem que fossem apreciados. E, para agravar o problema, a Súmula 394 do STF estendia tal foro aos ex-ocupantes de cargos e funções públicas⁸⁵⁸.

Atento aos anseios da população, o Supremo Tribunal Federal decidiu reapreciar o assunto, no ano de 2001, nos autos do Inquérito 697. Apesar de se reconhecer que a Súmula 394 refletia um entendimento muito antigo do STF e mesmo não tendo havido alteração no texto da Constituição, a maioria decidiu revogar o verbete e determinar que, cessado o exercício do cargo ou da função, a autoridade deixaria de ter direito ao foro especial, devendo-se remeter o feito ao juízo natural para prosseguimento⁸⁵⁹. Os debates travados entre os ministros davam conta de que, em termos práticos, a competência era de difícil exercício pelo STF, tendo em vista a necessidade de atuação do relator como um juiz de primeiro grau, produzindo e apreciando provas, atividade para a qual os tribunais superiores não estariam adequadamente aparelhados, o que acabava resultando na não apreciação de tais casos. Frisava-se, ainda, a necessidade de uma reforma do Poder Judiciário, para que este pudesse funcionar adequadamente, bem como a resistência ou o desinteresse do Legislativo em tratar do assunto.

A matéria voltou a ser discutida, em 2004, no julgamento da ADIn 2797, quando, então, o ministro Carlos Velloso, um dos ministros mais convictos da necessidade de revogação da Súmula 394, afirmou expressamente que tal competência acabava por resultar

⁸⁵⁷ Cf. art. 102, I, (a) e (b), CF.

⁸⁵⁸ Súmula 394, STF: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

⁸⁵⁹ Inquérito 687, STF, esclarecimentos por parte do ministro Sydney Sanches, p. 252-253.

na impunidade das ex-autoridades e que, por isso, o entendimento proferido no Inquérito 687 devia ser mantido. A referência sobre o tema é breve, mas esclarecedora:

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Ministro Gilmar Mendes, sabemos que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça não têm vocação para julgar ações originárias. A nossa vocação é para julgar recursos, ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceitos fundamentais.

.....
O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Trazer para os tribunais essa competência originária é consagrar a impunidade, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não é.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Ministro Carlos Velloso, estamos julgando uma questão de fato ou uma questão jurídica?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) – Vossa Excelência usou de argumentos extrajurídicos, *data venia*, e eles são absolutamente necessários numa discussão como esta.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Ministro Eros Grau, o juiz está sempre diante de fatos. Por exemplo, Vossa Excelência mencionou longamente Victor Nunes Leal, que raciocinou diante de fatos e circunstâncias. Aliás, é de Recaséns Siches a afirmativa no sentido de que o homem é ele e suas circunstâncias. [...] ⁸⁶⁰.

O trecho demonstrava a preocupação do ministro Velloso diante da realidade: a não conclusão dos julgamentos dos casos de foro especial e a consequente impunidade de altas autoridades. O ministro e os demais colegas que o acompanharam na decisão buscavam justamente a superação da inércia pelo Supremo Tribunal Federal. Ao fazê-lo, *possivelmente respondiam às mesmas forças políticas que modelavam a ação da comunidade em geral: era preciso apurar e penalizar os crimes praticados pelas autoridades e fazer com que o Judiciário atuasse a contento*.

No ano seguinte ao julgamento antes aludido, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal propôs uma emenda constitucional – contramajoritária – que tinha por finalidade estender o foro por prerrogativa de função aos ex-ocupantes de cargos públicos ⁸⁶¹. De fato, uma pesquisa contratada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) no ano de 2007 indicou que *79,8% da população eram contra o foro especial* ⁸⁶². No mesmo ano, a

⁸⁶⁰ ADIn 2797, p. 329-330.

⁸⁶¹ De acordo com a PEC 358/2005: “Art. 97-A. A competência especial por prerrogativa de função em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função”.

⁸⁶² Opinião Consultoria. A imagem das instituições públicas brasileiras. Brasília, set. 2007, p. 13. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/pesquisa/imagem_instituicoes.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

imprensa promoveu uma série de reportagens sobre a impunidade no Brasil. E a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou a campanha “Juízes contra a corrupção”, defendendo o fim do foro privilegiado para autoridades, ainda que estas estivessem no exercício de seus cargos⁸⁶³.

Levantamentos realizados pela AMB revelaram que, em 2006, o STF recebera aproximadamente 127.500 processos, e o STJ, 251.000 processos. Na opinião da Associação não havia estrutura nos tribunais superiores para julgar tamanho volume de casos e conduzir a instrução minuciosa e o julgamento dos processos criminais⁸⁶⁴. De acordo com matéria publicada pela imprensa a partir de dados fornecidos pela AMB, apenas 4,6% das ações penais abertas no Supremo Tribunal Federal e 2,2% das ações em curso no Superior Tribunal de Justiça, desde 1998, haviam sido julgadas então.

Embora permaneça o foro privilegiado para os ocupantes dos cargos públicos, em razão de disposição constitucional expressa, cuja supressão dependeria de emenda constitucional, a extensão do foro especial para aqueles que deixaram o poder decorria de interpretação do STF e foi suprimida pela alteração de tal entendimento por parte do Tribunal. Assim, uma vez findo o exercício do cargo ou do mandato, os respectivos ex-ocupantes passaram a ter seus processos remetidos às instâncias inferiores talvez ainda em tempo de serem apreciados. Atendia-se, assim, ao menos em parte, aos anseios da população.

5.8.3 Legitimidade e estabilidade institucional do STF

No fim do ano de 2004, a tão aguardada reforma do Judiciário finalmente foi efetivada, por meio da Emenda Constitucional 45/2004. A reforma previa medidas que tinham o propósito de reduzir o volume de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal e reforçar o poder vinculante de seus julgados. Previu-se, por exemplo, a repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário⁸⁶⁵ e a súmula vinculante dos entendimentos dominantes no Tribunal, de observância obrigatória no âmbito do Judiciário e

⁸⁶³ Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corrupcao.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

⁸⁶⁴ BRÍGIDO, Carolina. Juízes lançam campanha pelo fim do foro privilegiado. *O Globo*. Rio Janeiro, 07 jul. 2007, p. 10, País. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=mostranoticia&mat_id=9118>. Acesso em: 08 jun. 2013.

⁸⁶⁵ De acordo com previsão inserida pela Emenda Constitucional 45/2004 no art. 102, CF: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

da administração pública⁸⁶⁶. A reforma criava, ainda, o Conselho Nacional de Justiça, órgão de composição híbrida, integrado por juízes e por agentes externos à magistratura, entre os quais: dois membros do Ministério Público, dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e dois cidadãos com notável saber jurídico, indicados um pelo Senado e outro pela Câmara dos Deputados. Atribuiu-se ao CNJ o controle administrativo, financeiro e ético-disciplinar do Poder Judiciário⁸⁶⁷.

Ocorre que a criação de um órgão com tal composição e com as referidas competências encontrava resistência na magistratura. Temia-se que a atuação do CNJ viesse a comprometer a independência dos juízes e as garantias que lhe são conexas e argumentava-se que tal conselho ensejaria violação ao princípio da separação dos poderes. Motivada por esse entendimento, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou uma ação direta com o objetivo de questionar a constitucionalidade do CNJ e observou, em suas razões, que a Súmula 646 do STF estabelecia ser “inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades”, situação semelhante àquela examinada nos autos.

A criação de um órgão de controle do Judiciário e a própria reforma deste Poder haviam sido objeto de amplo debate na sociedade brasileira. Tais iniciativas eram vistas pela população como providências essenciais ao adequado funcionamento da instituição. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da criação do CNJ era particularmente delicada para o Supremo Tribunal Federal, já que lhe transferia a decisão sobre a validade de uma norma aprovada com apoio popular que tinha a própria magistratura como destinatária. Não seria surpreendente se uma decisão favorável ao pleito da AMB viesse a ser qualificada como corporativista pela opinião pública.

A ADIn 3367 foi distribuída à relatoria do ministro Cezar Peluso. O relator, embora reconhecendo suas “reservas cívicas” à reforma, nos termos em que foi realizada, e seu desconforto “pré-jurídico” quanto “à extensão e à heterogeneidade da composição do Conselho”, defendeu a validade da criação do CNJ, sob o fundamento de que este havia sido caracterizado como órgão integrante do Poder Judiciário, e não como órgão externo, bem como sob a alegação de que tal Conselho se comporia por uma maioria de membros do

⁸⁶⁶ Conforme redação do novo art. 103-A, CF: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

⁸⁶⁷ Cf. art. 103-B, § 4º, CF.

Judiciário. O ministro Peluso registrou, ainda, que os atos do CNJ estavam sujeitos ao controle de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, abaixo, o trecho em que o ministro César Peluso faz referência às suas “reservas cívicas”:

Eu próprio jamais escondi oposição viva, menos à necessidade da ressurreição ou criação de um órgão incumbido do controle nacional da magistratura, do que ao perfil que se projetava ao Conselho e às prioridades de uma reforma que, a meu sentir, andava ao largo das duas mais candentes frustrações do sistema, a marginalização histórica das classes desfavorecidas no acesso à Jurisdição e a morosidade atávica dos processos. Não renuncio às minhas reservas cívicas, nem me retrato das críticas pré-jurídicas à extensão e à heterogeneidade da composição do Conselho. Mas isso não podia impedir-me, como meus sentimentos e predileções pessoais não me impediram nunca, em quatro lustros de ofício jurisdicional, de, atento à velha observação de CARDOZO, ter “aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes”, ciente de que “as palavras mágicas e as encantações” são tão fatais à nossa ciência quanto a quaisquer outras⁸⁶⁸.

O entendimento do ministro relator foi acompanhado pela maioria. Quatro ministros ficaram vencidos, entre eles os ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, cujos votos traziam considerações importantes para a presente análise. Estes últimos ministros observaram, primeiramente, que o apoio à criação de um órgão de controle do Poder Judiciário decorria, em parte, de decisões em que este denegara interesses de determinadas autoridades ou de grupos influentes na política. Guardadas as devidas proporções, a colocação indicava que a criação do órgão poderia configurar uma espécie de tentativa de “empacotamento” (*court packing plan*) ou de represália ao STF, em razão de julgados que não atendiam às expectativas de certas partes.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: [...]. O Dr. Saulo Ramos, homem perspicaz, notável advogado, escreveu um artigo recentemente, em que mostra como a ideia de conselho surgiu no Brasil. Um advogado entrou no gabinete de um juiz, com este teve um “bate-boca” e saiu falando, a partir daí, que o Judiciário precisava de um conselho; e a coisa pegou. [...].

Na mesma linha, o ministro Sepúlveda Pertence ponderou:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: [...]. Postas essas premissas, devo reconhecer que a fórmula adotada na Emenda Constitucional 45, de 2004, foi bem mais suave do que a que se temia há alguns anos. Anos em que – costume insistir –, com todas as ressalvas de que a ideia de controle externo se dirigia à fiscalização administrativa, a ideia de sua criação só vinha à tona quando uma decisão judicial, particularmente uma decisão deste Tribunal, desagradava a esta ou àquela corrente política. Tenho em meus guardados – não rasgo papéis, mas também não os encontro – dois artigos exemplares; um, de um caríssimo amigo meu, hoje

⁸⁶⁸ ADIn 3367, p. 207.

Presidente Nacional do Partido no poder, que entendia reacionária, formalista e elitista determinada decisão do Supremo. E terminava o seu artigo: por essas e outras é inadiável o controle externo do Poder Judiciário. Na mesma semana e na mesma página do grande jornal paulista, um outro homem público, e ilustre – que infelizmente não poderia arrolar entre os meus amigos – considerava outra decisão do Supremo “jurássica”, populista, “esquerdoide”. E [no] último período, se não era idêntico, substancialmente vinha o mesmo pensamento: por essas e outras é preciso instituir o controle externo do Poder Judiciário.

As passagens acima demonstram a consciência dos ministros acerca dos riscos institucionais gerados por decisões que divirjam dos interesses de grupos políticos importantes. O ministro Sepúlveda Pertence fez notar, ainda, em seu voto, que, de fato, como argumentado pela AMB, diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal reconheciam a inconstitucionalidade da criação, em âmbito estadual, de órgão de controle do Judiciário com composição híbrida, por se entender que tais órgãos ensejavam violação ao princípio da separação dos poderes. Segundo o ministro Pertence, a mesma lógica era aplicável à esfera federal. Não havia um critério consistente para distinguir entre uma situação e outra. Referindo-se justamente à ausência de tal distinção, o ministro argumentou:

Mudam, essencialmente, as coisas quando se cuida, hoje, não da validade de uma Constituição Estadual, mas, sim, de uma emenda à Constituição da República? O Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso pretende que sim. Chegou a afirmar, se não me engano, que a invocação desses precedentes relativos aos Conselhos Estaduais sustentados pelas Constituições de 1989, ao caso presente, é de impertinência radical. Lamento – quiçá, temerariamente – dissentir de Sua Excelência no ponto.

O núcleo essencial do princípio da independência dos Poderes – sempre conforme a modelagem que lhe deu a Constituição brasileira – não se altera, segundo funcione ele, conforme os precedentes, como limitação à autonomia constitucional dos Estados-Membros ou, como agora se cogita, como limitação material ao poder de emenda da própria Constituição Federal.

Na demarcação desse núcleo essencial do princípio da separação e independência dos Poderes, seja como limitação à autonomia Constitucional do Estado-membro, seja como cláusula pétrea, tem papel do maior relevo o mecanismo positivo, conforme a Constituição, dos pesos e contrapesos.

.....
 Por isso mesmo é que o Tribunal tem repudiado qualquer ensaio, pelas Constituições – estaduais –, e o mesmo, ao meu ver, se aplicaria em relação às emendas constitucionais à Carta da República – de criação de novos pesos e contrapesos, sem correspondência no modelo positivo de regime de poderes⁸⁶⁹.

Por tais fundamentos, o ministro Sepúlveda Pertence concluiu pela inconstitucionalidade da indicação de membros do CNJ pela Câmara dos Deputados e pelo Senado federal, reforçando que, nas condições previstas pela Emenda Constitucional 45/2004,

⁸⁶⁹ ADIn 3367, p. 359-360.

o CNJ constituiria uma nova forma de ingerência do Poder Legislativo sobre o autogoverno do Poder Judiciário.

O ministro Carlos Velloso concordou com as considerações do ministro Pertence e observou que, à época em que a reforma do Judiciário encontrava-se em discussão, *o STF havia deliberado, em sessão administrativa, por uma maioria composta por sete ministros, manifestar-se contrariamente à criação de um órgão de controle de composição mista, integrado por agentes externos à magistratura*. Confira-se trecho do diálogo abaixo:

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – [...]. Eminente colega e Ministro Carlos Britto, o que me parece que não tem legitimidade constitucional não é isso [a criação de um órgão de controle], mas, sim, o que está na sua composição, conforme, aliás, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, pelo voto dos Senhores Ministros.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro, Vossa Excelência me permite? Acho que, na sessão administrativa, não se julgou a constitucionalidade de pretensão, mas, sim, a conveniência política do envio [do entendimento do STF às instâncias representativas]. Essa foi a posição do Ministro Cezar Peluso. Numa sessão administrativa não se submeteu isso, Ministro, mas, sim, a conveniência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal pediu a posição da Casa, que seria levada ao Congresso, os Ministros se manifestaram, expressamente. E a maioria condenou a existência de estranhos no Conselho.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Posição em relação à situação da conveniência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Nenhum Ministro do Supremo Tribunal Federal, *data venia*, deixaria de pensar, primeiro, naquilo que ele tem, por expressa determinação constitucional, a guarda da Constituição. Somos os guardiões da Constituição⁸⁷⁰.

.....
O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – [...]. Na sessão administrativa convocada pela presidência, os Srs. Ministros MAURÍCIO CORRÊA, eu próprio, MARCO AURÉLIO, ELLEN GRACIE, GILMAR MENDES E CEZAR PELUSO votamos contra a inclusão no Conselho dos não magistrados, dos representantes do Senado, da Câmara, dos advogados e dos membros do Ministério Público. Seis Ministros, portanto. A estes votos acresceu, em parte, o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que inadmitia os representantes do Senado e da Câmara, mas admitia os advogados e membros do Ministério Público. Sete ministros, portanto, não admitiam os representantes da Câmara e do Senado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? [...]. Quando dei minha opinião e, de certo modo, reafirmei hoje o meu ponto de vista, de que do ponto de vista da conveniência não me agrada realmente a participação nem de membros da advocacia, do Ministério Público, [do] cidadão, na estrutura do Conselho, não significava que a questão, do ponto de vista constitucional, não fosse outra.

⁸⁷⁰ ADIn 3367, p. 338-339.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Perfeito, Ministro Cezar Peluso. É o que o Ministro Marco Aurélio diz, o juiz costuma evoluir.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ninguém evoluiu, permanece a mesma posição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Não. Ninguém evoluiu. Eu não evolui nada. Eu continuo com a minha convicção.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Ou pode involuir também. Ou pode ser convertido. Saulo foi convertido. Felizmente, não caminhei na estrada de Damasco⁸⁷¹.

Como se nota pelo diálogo transcrito acima, o ministro Carlos Velloso indicava que o entendimento da maioria do STF era no sentido da inconstitucionalidade ou, ao menos, da inconveniência da composição híbrida do órgão de controle externo da magistratura e sugeria que tal maioria havia sido “convertida”. Mas convertida por quem? Pela opinião pública, talvez?

A distinção inconsistente no que respeita a precedentes anteriores do Supremo Tribunal Federal, que condenavam a criação de órgãos de controle híbridos no âmbito dos estados, e a diferença entre as verdadeiras preferências dos ministros e os votos que proferiram na ADIn 3367 sugerem que a decisão não foi tomada com base em aspectos legalistas e ideológicos – ao menos, não exclusivamente. Assim, o modelo de comportamento judicial institucional poderia fornecer uma explicação para o julgado. Uma hipótese possível para tal comportamento judicial seria a influência ou a pressão exercida pela opinião pública no caso.

A preocupação com as expectativas da sociedade foi mencionada por diversos ministros durante o julgamento. O ministro Marco Aurélio, ao votar pela inconstitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, afirmou que se dava “uma esperança vã à sociedade brasileira” com essa providência, porque não se perquiria a causa dos problemas enfrentados pelo Judiciário e tratava-se o assunto como se fosse uma questão disciplinar⁸⁷². O ministro Celso de Mello, que se manifestou favorável à constitucionalidade do CNJ, aludiu à necessidade de compreensão do “contexto histórico” do país e da “realidade política”, que impunham a reformulação do Judiciário e a viabilização de um processo de “fiscalização social” dos atos não-jurisditionais desse Poder⁸⁷³.

⁸⁷¹ ADIN 3367, p. 142-144.

⁸⁷² ADIn 3367, p. 308 e ss.

⁸⁷³ ADIn 3367, p. 345-348.

Na mesma linha, o ministro Eros Grau defendeu a criação do Conselho Nacional de Justiça, ao argumento de que o princípio da separação dos poderes não era estanque, admitindo inovações, no que respeita ao controle dos poderes políticos, e sustentou que a decisão do Supremo Tribunal Federal não podia desconsiderar “o imaginário social” e suas “expectativas”, sob pena de se promover *enorme desgaste para o Tribunal*.

Ademais, o discurso da ordem abrange o lugar da racionalidade [a Constituição, a lei] e o lugar do imaginário social com o controle das disciplinas humanas e da sua sujeição ao poder. De modo que não se justifica a alienação do intérprete à realidade social, constituída também pelas aspirações da sociedade.

Frustrar a existência efetiva do Conselho Nacional de Justiça, a pretexto de incompatibilidade da presença, nele, de membros indicados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, bem assim pelo Ministério Público e pelo Conselho Federal da OAB, frustrar sua existência efetiva, a pretexto de incompatibilidade dessa presença com a doutrina da “separação dos poderes”, isso não se justifica. O confronto com o imaginário social e as expectativas que nutre, neste momento, sem que uma razão constitucional definitiva houvesse a justificá-lo [...], comprometeria a força normativa da Constituição. A Constituição então produzida por esta Corte, na interpretação da Emenda n. 45, afrontaria a natureza singular do presente.

Lembro, neste passo, as conhecidas observações de KONRAD HESSE: “Em síntese, pode se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade”. [...].

A esta Corte [...] não é dado o poder de, interpretando-a de modo a privilegiar a particularidade dos interesses da magistratura, produzir uma Constituição escrita adversa às expectativas da sociedade e ao interesse geral. Fazendo-o, não apenas comprometeria a força normativa da Constituição, mas também a efetividade da atuação do Poder Judiciário, que sairia desse episódio bastante machucada⁸⁷⁴.

Por fim, o ministro Nelson Jobim ressaltou que o Poder Judiciário tornara-se “uma preocupação nacional”, em virtude de seu isolamento da sociedade, da necessidade de melhorar o serviço prestado à população e de efetivamente punir as infrações praticadas pelos magistrados. Segundo o ministro Jobim, a reforma do Judiciário contribuía para a superação de um “modelo autônomo corporativo de isolamento” da Justiça para um “modelo em função do consumidor”. E o CNJ teria a função de formular uma política para o aprimoramento do Judiciário e de viabilizar a atividade disciplinar, cujo exercício muitas vezes ficava prejudicado por órgãos de correição exclusivamente compostos por magistrados.

Assisti, durante todos esses anos, ao debate real que se travava naqueles fóruns, exatamente o debate do espaço de cada uma dessas corporações [dos juízes, dos membros do Ministério Público, da OAB, das associações de advogados públicos,

⁸⁷⁴ ADIn 3367, p. 283-284.

de advogados trabalhistas e de outros especialistas] no controle do Poder Judiciário. Muito pouco se debatia sobre celeridade, sobre eficiência, mas debatiam-se os conflitos entre os espaços de cada um. [...]. Tudo isso levou sempre a um desenho e a um modelo autônomo-corporativo de isolamento, na linguagem de Cappelletti, que era exatamente a absolutização da independência, isolando o Poder Judiciário do resto da organização estatal e da sociedade. [...].

Quando chegamos ao ano 2000, o Poder Judiciário passou a ser uma preocupação nacional; não era mais mera preocupação das categorias ou de juristas e acadêmicos. Por quê? Qual a razão de se debater muito sobre a necessidade de um órgão que tem duas funções? Uma, a principal, sob o meu ponto de vista, é exatamente a função da formulação de uma política nacional do Poder Judiciário. Isso é decorrente do isolamento absoluto dos 96 tribunais que compõem a estrutura brasileira de hoje – reduzidos, agora, a 93, tendo em vista a extinção dos tribunais de alçada. Tínhamos 24 Tribunais Regionais do Trabalho; 27 Tribunais para Justiça, na função de Justiça estadual, incluindo o DF; temos 5 Tribunais Regionais Federais; o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça.

.....
 Creio que o aparte feito pelo Ministro Carlos Britto, na leitura de uma manifestação do Desembargador Vladimir Passos Freitas, mostra exatamente porque a sociedade brasileira, por meio do Congresso Nacional, resolveu instituir um órgão não só fundamental de formulação de políticas, mas, também, um órgão supletivo da questão disciplinar. Como disse o próprio Desembargador, tendo em vista a sua experiência como, hoje, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é difícil se ver a correção horizontal, é muito fácil se ver a correção vertical; mas nem sempre. Por isso creio que a presença de dois membros do Conselho, oriundos do Congresso Nacional, um do Senado e outro da Câmara, mostra que estamos revertendo ou virando a curva do isolamento, porque se o Conselho fosse integrado apenas por magistrados, advogados e promotores, teríamos ainda a manutenção de um sistema corporativo e de isolamento. A presença de dois membros externos ao sistema judicial possibilita, fundamentalmente, inclusive, o constrangimento em relação às decisões que possam ser tomadas.

.....
 [...], ouvi com satisfação o voto do Ministro Cezar Peluso, especialmente porque, de nós todos, é quem tem mais experiência na Magistratura de carreira. Senti-me confortado, pois recebi diversas acusações ao defender as minhas posições favoráveis a este Conselho. E, pelo voto do Ministro Cezar Peluso, vê-se que estamos virando a curva para sairmos do modelo autônomo corporativo de isolamento e entrarmos no modelo em função dos consumidores. Defende-se tanto o Código de Defesa do Consumidor, a grande bandeira, mas o grande consumidor dos trabalhos do Judiciário não tem nenhuma presença dentro do Judiciário, no sentido de verificar a transparência de suas ações⁸⁷⁵.

A preocupação dos ministros em dar uma resposta à sociedade, as diversas alusões ao momento histórico, às expectativas da população, ao imaginário social, à superação de um modelo de isolamento social para um modelo voltado para a satisfação dos “consumidores do serviço judicial” indicam que a preocupação do STF com a sua legitimidade e com a sua credibilidade junto à comunidade tiveram um papel importante no julgamento.

⁸⁷⁵ ADIn 3367, p. 369-373.

5.8.4 Diálogo social no STF

Em meados de 2011, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 135/2011, que dispôs sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Essa norma previa, em seu art. 12, *caput*, que o CNJ teria competência *concorrente* com os tribunais para a instauração de processos administrativos disciplinares contra os juízes e para a aplicação de penalidades. O dispositivo tinha a seguinte redação:

Art. 12. Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, a Associação dos Magistrados Brasileiros entendia que o art. 103-B, §4º, CF, com a redação que lhe havia sido conferida pela Emenda Constitucional 45/2004, havia atribuído ao Conselho Nacional de Justiça mera competência disciplinar *subsidiária* para processar e julgar os magistrados, quando a competência dos tribunais não fosse adequadamente exercida. O entendimento da AMB tinha por base a redação dos incisos III e V do mencionado dispositivo, bem como a necessidade de harmonizar as competências do CNJ com a autonomia administrativa dos tribunais.⁸⁷⁶ O art. 103-B, § 4º, III e V, CF, dispunha:

Art. 103-B..

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

.....
III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

.....
V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

⁸⁷⁶ Sobre a autonomia administrativa do Poder Judiciário, a Constituição de 1988 dispunha: “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”; e “Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”.

A discordância acerca da natureza da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça motivou a propositura de uma nova ação direta pela AMB, questionando a constitucionalidade do art. 12 da Resolução 135/2011, entre outros dispositivos⁸⁷⁷. A ação foi ajuizada em agosto de 2011, tendo-se requerido ao STF a concessão de uma liminar que suspendesse a eficácia da norma.

Ocorre que o exercício de poder disciplinar por parte do CNJ era muito bem visto pela opinião pública, ao passo que a resistência da magistratura à atuação concorrente do Conselho era considerada uma atitude que favorecia a impunidade. O debate atraiu a atenção da imprensa, que passou a monitorar o caso e a noticiar reiteradamente a posição do Conselho e a posição da magistratura, em termos que polarizavam a discussão: de um lado, encontrava-se o CNJ, que trabalhava pelo aprimoramento da Justiça; de outro, a AMB, que defendia interesses corporativistas e resistia à implementação das reformas necessárias ao aperfeiçoamento do Judiciário. O contexto não favorecia uma decisão em benefício da magistratura, tendo-se criado um ambiente de desconfiança quanto à isenção do STF para decidir o caso.

Em razão de tais circunstâncias, o pedido de cautelar, que era urgente e cuja apreciação tinha preferência sobre outros processos, foi incluído em pauta treze vezes pela presidência do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos meses de outubro, novembro e dezembro, sem que viesse a ser efetivamente examinado pelo Plenário⁸⁷⁸. Aparentemente, postergava-se a decisão, na expectativa de que os ânimos se acalmassem e de que o STF tivesse um ambiente mais sereno para decidir. Enquanto isso, a imprensa noticiava que a reação da opinião pública em favor do CNJ estava impedindo o Tribunal de lhe “retirar poderes”. E manchete publicada pelo jornal *O Globo* aludia ao Brasil como o “país da impunidade”, afirmando:

Diante da forte reação da opinião pública e das críticas ao corporativismo no Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) desistiu de julgar ontem a ação que tira do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) poderes para investigar e punir magistrados. A maioria dos ministros do STF tendia a aceitar a ação, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), mas o presidente da Corte, Cezar Peluso, adiou sua apreciação. “O momento não é adequado. Vamos deixar até que os fatos sejam mais esclarecidos”, resumiu Marco Aurélio Mello, relator da ação. A crise chegou ao seu auge com a declaração da corregedora do CNJ, Eliana Calmon, para quem o esvaziamento do Conselho beneficiará “bandidos escondidos atrás da

⁸⁷⁷ ADIn 4638.

⁸⁷⁸ O processo constou da pauta dos dias 14, 21 e 28 de setembro, 5, 13, 19 e 26 de outubro, 3, 16, 23 e 30 de novembro, 7 e 14 de dezembro.

toga”. No Senado, foi apresentada emenda constitucional mantendo os poderes do CNJ⁸⁷⁹,

No interior do jornal, a continuação da reportagem trazia o título “Faltou clima” e o subtítulo “STF desiste de julgar ação que tiraria do CNJ poder de investigar e punir magistrados”⁸⁸⁰. A matéria informava que o Ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal, teria declarado que “a posição do STF não estava sendo compreendida pela mídia” e que “o momento não era propício para julgamento”. A matéria afirmava, ainda, que uma decisão contrária ao CNJ “incentivaria o corporativismo” no Judiciário⁸⁸¹.

A última sessão plenária do ano de 2011 ocorreu em 19 de dezembro. E o pedido de liminar não foi analisado. Em consequência disso, o ministro Marco Aurélio, relator do processo, valeu-se do que dispunha o art. 21, inc. IV, do Regimento Interno do STF⁸⁸² para apreciar e deferir monocraticamente a liminar, suspendendo a eficácia de diversos dispositivos da Resolução 135/2011 do CNJ, entre os quais a do art. 12, *caput*, por entender que a competência do CNJ era subsidiária à competência disciplinar dos tribunais, devendo pressupor a inércia, a simulação investigatória, a indevida procrastinação ou a incapacidade destes órgãos jurisdicionais de promover a responsabilização funcional dos magistrados. E citou como precedentes decisões monocráticas com idêntico teor, proferidas pelo próprio relator no MS 28.884 e pelo ministro Celso de Mello no MS 28.799.

A decisão foi muito mal recebida pela imprensa e por setores da sociedade civil, que a interpretaram como uma atitude corporativista do STF, que frustrava a finalidade para a qual o Conselho Nacional de Justiça havia sido instituído: a viabilização do controle social do Judiciário⁸⁸³. A própria OAB promoveu um ato público de apoio ao CNJ, no qual estiveram

⁸⁷⁹ BRÍGIDO, Carolina. No país da impunidade, STF em crise não consegue decidir sobre punição a juízes. Reação da opinião pública impede tribunal de retirar poderes do CNJ. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 1, 29 set. 2011.

⁸⁸⁰ Veja-se que a própria forma de narrar os fatos distorcia o assunto objeto de debate. A ação não tinha a finalidade de retirar o poder disciplinar do CNJ, mas, sim, de ver reconhecido que tal poder era subsidiário ao poder disciplinar dos tribunais.

⁸⁸¹ BRÍGIDO, Carolina. Faltou clima. STF desiste de julgar ação que tiraria do CNJ poder de investigar e punir magistrados. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 3, 29 set. 2011.

⁸⁸² De acordo com esse dispositivo: Art. 21. São atribuições do relator: “[...]; IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma”.

⁸⁸³ RECONDO, Felipe. Liminar do STF esvazia poder do CNJ para investigar juízes. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 dez. 2011.

presentes autoridades, juristas, advogados, membros da Associação Brasileira de Imprensa e até mesmo da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Durante o ato, o presidente da OAB proferiu um discurso enérgico em defesa da competência concorrente do CNJ para processar e julgar os desvios de conduta dos magistrados.

A atuação concorrente é imprescindível para preservar o princípio da moralidade administrativa e evitar impunidade", sustentou Ophir Cavalcante [presidente da OAB] em seu discurso de abertura do ato [público de apoio], atacando a tese da concorrência apenas subsidiária do CNJ, defendida na liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio Mello, relator da ação direta de inconstitucionalidade (Adin) 4638, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que prega a limitação dos poderes do órgão de controle do Judiciário brasileiro.

Com a presença de cerca de 500 pessoas, do ato na sede do Conselho Federal da OAB participaram diversas entidades representativas da sociedade, como CNBB e ABI, parlamentares, juristas e os ex-ministros da Justiça, Nelson Jobim (primeiro presidente do CNJ) e Márcio Thomaz Bastos, que é também ex-presidente nacional da OAB. Presidentes de Seccionais e conselheiros da OAB de todos os Estados e do Distrito Federal, além de caravanas de advogados de diversas partes do País.

Em seu discurso, Ophir afirmou ainda que não é só a questão da competência do CNJ que está em jogo. "É a visão conservadora de um lado, arraigada na ideia de tribunais soberanos, de juízes soberanos, inalcançáveis, incensuráveis, inquestionáveis e impermeáveis, refratários inclusive ao calor humano do mundo que os cercam", salientou. Ele observou que a Resolução 135 do CNJ, contestada na Adin da AMB, uniformizando as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar, "teve a grandeza de evitar a degeneração dos processos nas mãos dos próprios juízes, o que na prática vinha acontecendo, de tal forma isolando o Judiciário da sociedade, como demonstram os resultados das inspeções realizadas nos tribunais pela Corregedoria Nacional do CNJ⁸⁸⁴.

Então, em julgamento realizado em fevereiro de 2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por um *quorum* apertadíssimo, de 6 a 5, negou referendo à liminar, na parte em que esta afirmara a competência subsidiária do Conselho Nacional de Justiça, qualificando tal competência como concorrente àquela desempenhada pelas corregedorias dos tribunais e, seguindo, assim, o entendimento que parecia ser dominante na sociedade. Votaram favoravelmente à competência concorrente do CNJ os ministros Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Meses depois, o ministro Cezar Peluso, ao se desligar do STF, em virtude de sua aposentadoria, concedeu uma entrevista à imprensa sobre os casos julgados durante o período em que presidiu o Tribunal e declarou que no julgamento sobre a competência disciplinar do

⁸⁸⁴ Ophir defende competência do CNJ para preservar moralidade e evitar impunidade. *Notícias do Conselho Federal da OAB*, 31 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/23385/ophir-defende-competencia-do-cnj-para-preservar-moralidade-e-evitar-impunidade>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

CNJ os ministros foram submetidos a uma fortíssima pressão por parte da opinião pública, pressão esta que, em sua opinião, havia interferido sobre o resultado do julgamento. Segundo o ministro, a decisão poderia ter sido outra em circunstâncias mais amenas⁸⁸⁵. O ministro Peluso declarou, ainda, em outra entrevista, que havia uma preocupante tendência no STF a se alinhar com a opinião pública⁸⁸⁶.

VALOR: O debate sobre os poderes do CNJ não foi uma crise no Judiciário?

PELUSO: Eu acho que tivemos uma má coincidência. Decidir sobre aquela questão num momento de efervescência em relação à discussão sobre os limites das competências constitucionais do CNJ. Se isso tivesse sido decidido num outro clima o resultado poderia ter sido diverso. Houve certa pressão...

VALOR: Um clima de que ninguém investiga juízes no Brasil?

PELUSO: Isso. De intimidação contra os ministros do STF que estavam aparecendo na opinião pública como se fossem corporativistas, o que está longe de corresponder à verdade. Se essa decisão tivesse sido tomada num outro clima o resultado seria diferente⁸⁸⁷.

O caso acima ilustra uma espécie de “diálogo” travado entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade. A primeira decisão proferida no processo deferiu a liminar para suspender o dispositivo que fixara a competência concorrente do CNJ para processar e julgar os juízes. Essa decisão se encontrava em harmonia com decisões monocráticas anteriores e parecia expressar a preferência da maioria dos ministros do STF, tanto com base em relatos da imprensa quanto com base na declaração acima do ministro Peluso. Entretanto, a decisão despertou fortes críticas por parte da comunidade e alguns “arranhões” na credibilidade do Tribunal. Possivelmente em resposta a tais críticas, a liminar não foi referendada pelo Pleno, afirmando-se o entendimento que correspondia às expectativas da opinião pública.

5.8.5 Opinião pública como grupo de referência no STF

De modo geral, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecem a importância de considerar o “sentimento popular” na interpretação da Constituição, quer porque é preciso

⁸⁸⁵ BASILE, Juliano. Peluso propõe esforço concentrado para julgar mensalão neste ano. *Valor*. São Paulo, p. A16, 19 abr. 2012, Política.

⁸⁸⁶ SOUZA, André de; BRÍGIDO, Carolina. Cezar Peluso ataca, alvos não revidam críticas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 abr. 2012, p. 15, O País. Segundo a reportagem, o ministro Peluso teria declarado textualmente: “Há uma tendência dentro da Corte em se alinhar com a opinião pública”.

⁸⁸⁷ BASILE, Juliano. Peluso propõe esforço concentrado para julgar mensalão neste ano. Op. cit., p. A6.

ter em conta a realidade concreta sobre a qual a norma incide, quer em razão da necessidade de legitimar suas decisões aos olhos da opinião pública. Por outro lado, reconhecem igualmente que a guarda da Constituição impõe ao STF a missão de proferir algumas decisões contramajoritárias, com a finalidade de proteger o exercício de direitos fundamentais e o próprio processo democrático.

Assim, a sensibilidade para o sentimento popular e a missão de proferir decisões contramajoritárias constituem dois aspectos do processo decisório do Tribunal em permanente tensão. Essa característica já foi reconhecida expressamente por diversos ministros. O ministro Menezes Direito, por exemplo, já declarou que embora os juízes não se submetam ao “tribunal da opinião pública”, estes não podem deixar de considerar “a cultura de seu tempo” para que suas decisões sejam um “instrumento de realização da justiça”.

Na verdade, não se trata aqui de entender que o papel do Juiz está subordinado aos critérios que são percebidos pela sociedade no rastro de emoções coletivas capazes de ocupar por inteiro o imaginário popular, mas, sim, de submetê-lo aos critérios que foram postos pelos constituintes, assim [como] àqueles valores e princípios que eles pretenderam fossem seguidos considerando a unidade do sistema normativo que construíram. *Os Juízes não estão submetidos ao tribunal da opinião pública, mas não podem deixar de considerar a cultura de seu tempo para que a lei possa ser um instrumento de realização da Justiça.*

Não pretendo agora examinar em profundidade a questão de sistema na ciência do direito, por exemplo, a partir da crítica de Canaris a Viehweg no sentido de que o direito não é tópico. O que se impõe é relevar que a interpretação da Constituição pela Suprema Corte não pode deixar de ponderar os valores e princípios de regência que estão na Constituição e deles extrair o conteúdo lógico capaz de autorizar uma *interpretação que alcance a concretização desejada para mantê-los vigorosos na sociedade política*⁸⁸⁸.

O ministro Gilmar Mendes já observou que o alinhamento de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal à opinião pública não significa que o Tribunal deva se “curvar” a esta. Segundo o ministro, a função de órgão de controle da constitucionalidade e de tutela de direitos fundamentais pressupõe uma atuação contramajoritária em alguns casos, até mesmo com o objetivo de proteger o indivíduo “contra si mesmo”⁸⁸⁹. Confira-se, abaixo, trecho de entrevista concedida pelo ministro sobre o assunto:

⁸⁸⁸ MS 26.602, p. 240.

⁸⁸⁹ MENDES, Gilmar. Entrevista concedida a Ruy Barata Neto. *Brasil Econômico*. São Paulo, 13 jun. 2011, Justiça. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2011_jun_13.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL ECONÔMICO: Logo que o Ministro Luiz Fux assumiu, inclusive, houve a decisão de não aplicar a Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010. O senhor avalia que o STF acabou sendo mais uma vez avaliado de forma negativa pela sociedade [...]?

MENDES: [...], a missão do Tribunal é muito complexa porque ele faz o exame da legislação, das decisões majoritárias, e tem que decidir contrariando a opinião política majoritária e a própria opinião pública. A missão é difícil porque às vezes o Tribunal precisa defender o indivíduo da sua própria sanha. Um indivíduo que defende a arbitrariedade policial, daqui a pouco será vítima dela. Então quando o Tribunal coíbe a arbitrariedade policial ele está protegendo o indivíduo que defende isso contra si mesmo⁸⁹⁰.

Em outra entrevista, o ministro Gilmar Mendes manifestou-se de forma semelhante:

ESTADÃO: Ao se julgar a Lei da Ficha Limpa, falou-se que havia uma pressão popular em favor da lei. Como o senhor vê isso?

MENDES: Não me preocupa a decisão em si sobre a Ficha Limpa, tendo em vista esse alinhamento com a opinião pública. O que me preocupa são fundamentos nesse sentido de que o tribunal deva se curvar à opinião pública. Aí me parece extremamente preocupante, porque isso decreta o falecimento dos argumentos constitucionais. [...]. Nós estamos na rota errada quando um juiz diz que tem que atender a anseios populares.

ESTADÃO: Qual é o risco?

MENDES: O risco é o tribunal perder a sua função de órgão de controle de constitucionalidade, de tutela dos direitos fundamentais. Essas majorias que se formam no Congresso, muitas vezes, são ocasionais⁸⁹¹.

Na mesma linha, o ministro Cezar Peluso já demonstrou preocupação quanto à não submissão do STF à opinião pública, ao observar: “É preocupante. Há uma tendência dentro da Corte a se alinhar com a opinião pública”⁸⁹². Essas declarações demonstram que a participação da opinião pública como grupo de referência na formação da convicção de tais ministros é mitigada, segundo seu discurso⁸⁹³, por aspectos jurídicos e culturais que definem a

⁸⁹⁰ MENDES, Gilmar. Entrevista concedida a Ruy Barata Neto. *Brasil Econômico*. São Paulo, 13 jun. 2011, Justiça. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2011_jun_13.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

⁸⁹¹ MENDES, Gilmar Mendes. Entrevista concedida a Andre Dusek. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 4 mar. 2012, p. A8, Nacional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2012_mar_04.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

⁸⁹² SOUZA, André de; BRÍGIDO, Carolina. Cezar Peluso ataca, alvos não revidam críticas. Op. cit., p. 15.

⁸⁹³ Em razão da escassez de levantamentos empíricos sobre a convergência entre os votos dos ministros do STF e a opinião pública, foram utilizadas como critério de avaliação de tal convergência suas próprias declarações sobre a participação da vontade da maioria em seu comportamento judicial. Tais declarações podem induzir em erro a presente avaliação porque podem também ser produto de uma atuação ideológica inconsciente ou de uma atuação estratégica. Trata-se, contudo, do único critério objetivo de que

missão do Supremo Tribunal Federal e que são largamente reconhecidos pela comunidade jurídica.

Como já observado, os grupos de referência que influenciam as opiniões dos ministros geralmente variam de acordo com seu *background* e com o nível de identificação estabelecido com o pensamento de tais grupos. Os ministros dirigem-se a diversas “audiências” quando proferem seus votos. A profusão de citações acadêmicas em tais votos é um possível indicador da relevância que o reconhecimento da comunidade jurídica tem para eles. A alusão a pensadores ou a obras religiosas, como no caso do ministro Menezes Direito, sugere a identificação do magistrado com grupos religiosos⁸⁹⁴. A preocupação com a superação da desigualdade entre os sexos e com a opressão das mulheres nas considerações da Ministra Cármen Lúcia pode ser indicativa da influência de grupos de defesa dos direitos das mulheres sobre seu comportamento judicial⁸⁹⁵.

Do mesmo modo, a opinião pública parece ser um grupo de referência central para a atuação do ministro Joaquim Barbosa, ao menos segundo suas próprias declarações. Em certa ocasião, quando foi perguntado ao ministro se pensava no público que o assistia através da

se dispõe para tal aferição, além do critério de confronto entre os votos proferidos pelos ministros e o entendimento da maioria, apurado a partir das raras pesquisas de opinião sobre as matérias julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁸⁹⁴ ADIn 3510.

⁸⁹⁵ Cf., sobre o assunto, a manifestação da Ministra Cármen Lúcia no HC 106.212, em que se apreciou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha: “Eu diria, ao iniciar o meu voto, Ministro Dias Toffoli, que Vossa Excelência iniciou citando uma lei de 1830. E para nós, mulheres, juízas, advogadas, que não tenham profissão ou que tenham qualquer profissão, o triste é que aquela lei passou, mas a cultura social ainda não se transformou. O preconceito continua, o preconceito gera raiva, raiva gera violência. E essa violência de dentro de casa é muito pior, porque ela é silenciosa e ela não quebra – e talvez isso, neste *habeas corpus*, especificamente, se deixa apenas entrever –, não é a carne de uma de nós, até porque, todas as vezes em que uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo [o] são. É a circunstância de que se quebra a psiquê de cada uma de nós. É a autoestima que vai abaixo, é esta mulher que não tem mais condições de cumprir o seu papel com a dignidade – estamos falando, na verdade, da dignidade humana. [...]. Qualquer uma de nós, mulheres – estamos aqui, neste Plenário, assentadas pelo menos três: a Ministra Ellen Gracie, a nossa Subprocuradora e eu mesma –, mesmo contra nós há preconceito. E o preconceito se passa no olhar da pessoa, no carro ao lado, quando uma de nós está no carro oficial, porque não se imagina que uma de nós possa ser titular do carro. [...]. Norberto Bobbio dizia que, no século XXI, o nosso problema – nosso que eu digo é de todo ser humano, de todas as sociedades – não era mais o da conquista de direitos, mas o de tornar efetivos os direitos que foram conquistados. Nós, mulheres, conquistamos, sim, direitos, mas a eficácia e a efetividade não apenas jurídicas, mas social dos direitos, ainda é um caminho longo a percorrer por todos os que passam – as chamadas minorias não numéricas, mas minorias de direito, e aí incluímos nós, as mulheres”. Ver, ainda, declaração semelhante em entrevista concedida ao jornal O Globo, em que a Ministra afirma que as juízas do Supremo Tribunal Federal também sofrem preconceito e que já houve quem lhe declarasse que o Tribunal não era lugar para mulheres (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Cármen Lúcia, comandante das eleições, luta pelas liberdades. Entrevista concedida a Carolina Brigido. *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 mar. 2012. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/carmen-lucia-comandante-das-eleicoes-luta-pelas-liberdades-4279478>>. Acesso em: 18 jun. 2013).

TV Justiça ao proferir seus votos, este respondeu, categoricamente, que *seu público é a nação*, não eram os advogados nem a academia⁸⁹⁶.

O GLOBO: Muita gente assistiu ao senhor na TV Justiça. O senhor pensa no público ao buscar essa clareza na redação dos votos?

BARBOSA: Sempre penso que meu público é a nação. Não são os advogados, não é a academia, de onde venho. Nossas sessões são indecentemente transparentes, para citar o ministro (aposentado) Sepúlveda Pertence.

O discurso centrado na moralidade administrativa, na ruptura com o *status quo* e com a impunidade de autoridades públicas, bem como o próprio *background* do ministro Joaquim Barbosa constituem poderosos elementos de identificação popular. O ministro já demonstrou, igualmente, sua preocupação na defesa de grupos raciais minoritários⁸⁹⁷.

Em casos de grande repercussão, a opinião pública pode, ainda, provocar uma atuação estratégica por parte dos ministros, fazendo com que moderem seus entendimentos, com o objetivo de evitar ou minimizar reações negativas da sociedade. Os votos dos ministros Menezes Direito, Eros Grau e Ricardo Lewandowski na ação em que se discutiu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias indicam que os três eram muito resistentes à aprovação de tais pesquisas⁸⁹⁸.

No entanto, a lei que as regulamentou gozava de amplo apoio popular. Um levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) revelou que aproximadamente *75% da população brasileira era favorável ao uso de células-tronco embrionárias para estudos científicos e terapias*⁸⁹⁹. A questão era igualmente alvo do interesse da imprensa, que vinha publicando diversas matérias sobre o julgamento e sobre as divergências que suscitava.

Nesse contexto, eventual voto que declarasse a inconstitucionalidade das pesquisas seria extremamente impopular e as críticas a ele seriam amplamente divulgadas pelos meios

⁸⁹⁶ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Aos que apostam na impunidade, isso acabou. Entrevista concedida a BRIGIDO, Carolina; GODOY, Fernanda; LEALI, Francisco; FADU, Sérgio. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2 set. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2007_set_02_005.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2013.

⁸⁹⁷ ADPF 130.

⁸⁹⁸ ADIn 3510. O caso foi analisado no capítulo 2, item 6.

⁸⁹⁹ IWASSO, Simone. 75% dos brasileiros apoiam o uso de células-tronco, diz Ibope. *Estadão*. São Paulo, 04 mar 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,75-dos-brasileiros-apoiam-uso-de-celulas-tronco-diz-ibope,134474,0.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2012. Não se obteve acesso direto ao resultado da pesquisa mencionada.

de comunicação. Assim, é possível que os aludidos ministros preferissem proferir uma decisão que declarasse a inconstitucionalidade de tais pesquisas, mas que tenham optado por não fazê-lo, com o objetivo de evitar um confronto ostensivo com a opinião da maioria. Por outro lado, seus votos estabeleceram condições tão gravosas para o desenvolvimento das pesquisas que, na prática, estas provavelmente restariam inviabilizadas. Portanto, talvez em virtude da opinião pública, tais ministros tenham optado por uma atuação estratégica.

Em síntese, pode-se afirmar, a partir dos casos já examinados, que a importância da opinião pública como grupo de referência na formação da convicção dos magistrados em casos relevantes que adquiram visibilidade varia conforme o ministro examinado e tem relação com: i) a sua identificação sincera com este grupo (produto, em parte, de seu *background*); ii) o seu desejo de ser reconhecido por ele; iii) a sua identificação com outros grupos de referência que possam influenciar a decisão do caso (como a academia, a comunidade jurídica, grupos religiosos e movimentos de defesa de minorias); iv) a preocupação estratégica de minimizar reações negativas da comunidade. Dependendo da interação entre tais elementos, o juiz atuará sinceramente, de acordo com suas preferências, ou estrategicamente, moderando seu voto de forma a mitigar seu impacto negativo⁹⁰⁰.

5.9 Instrumentos de comunicação entre o STF e a população

O Supremo Tribunal Federal dispõe de diversos instrumentos de comunicação com a população. O primeiro deles, que, durante muitos anos, representou uma peculiaridade brasileira, constitui a transmissão ao vivo dos julgamentos realizados por sua composição plenária. Na verdade, a primeira sessão plenária do Supremo Tribunal Federal transmitida ao vivo para todo o país ocorreu em 23 de setembro de 1992 e teve por objeto o mandado de segurança impetrado pelo então presidente da República Fernando Collor de Mello contra ato do presidente da Câmara dos Deputados que determinara o procedimento para julgamento do

⁹⁰⁰ Obviamente, esses não são os únicos fatores que interferem nas decisões judiciais. Não se pretende descartar, com a afirmação acima, a influência de outros elementos. Pretende-se apenas indicar aspectos que podem ter interferido no comportamento judicial dos ministros e que têm relação direta com a interação com a opinião pública. Esses aspectos foram extraídos a partir da análise dos casos examinados e/ou de declarações dos ministros à imprensa (com a ressalva já efetuada quanto à precisão descritiva de tais declarações). Tal análise é meramente ilustrativa e não exaustiva. Estudos empíricos quantitativos amplos sobre a convergência das decisões do Supremo Tribunal Federal com a opinião pública não foram localizados.

processo de *impeachment* do impetrante⁹⁰¹. O processo foi instaurado em decorrência de denúncias de corrupção envolvendo o referido presidente, o primeiro eleito pelo voto popular após o fim da ditadura, e seu tesoureiro de campanha, e as denúncias de irregularidades geraram uma verdadeira comoção pública.

Pela primeira vez, a nação pode acompanhar integralmente um julgamento com tamanha expressão. A sessão plenária do Supremo Tribunal Federal que apreciou a ação durou mais de 8 horas, foi integralmente transmitida por três redes nacionais de televisão e resultou na procedência parcial do mandado de segurança, apenas para ampliar o prazo de defesa do presidente Collor de Mello, na Câmara, de 5 para 10 sessões. Rejeitou-se a tese que defendia a aplicação do voto secreto, garantindo-se o voto aberto, que favoreceria o controle popular sobre a atuação dos parlamentares. A transmissão por televisão motivou os ministros do STF, então, a justificar cuidadosamente seus votos perante toda a sociedade. Esta experiência era inédita para o Judiciário e para a população brasileira⁹⁰².

Quase dez anos depois, aprovou-se a Lei 10.461/2002, que previu a disponibilização de um canal a cabo, de utilização gratuita, reservado ao Supremo Tribunal Federal, destinado à divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à justiça, canal este que seria denominado TV Justiça. Curiosamente, a norma em questão foi sancionada pelo Ministro Marco Aurélio, quando em exercício interino da Presidência da República, em maio de 2002. Em agosto de 2002, a TV Justiça passou a transmitir todas as sessões plenárias do STF, o primeiro tribunal do mundo a veicular seus julgamentos ao vivo por meio de canal próprio⁹⁰³. Segundo dados divulgados pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), referentes ao ano de 2011, a TV Justiça alcançava, naquele ano, aproximadamente 11 milhões de assinantes da TV a Cabo⁹⁰⁴. Além dos julgamentos ao vivo, a TV Justiça promove programações que explicam os principais julgamentos realizados pelo

⁹⁰¹ MS 21.564, j. 23 set. 1992, DJ 27 ago. 1993, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Carlos Velloso. De acordo com a Constituição atual, compete ao Senado Federal processar e julgar o presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, art. 86, § 1º, II), depois de autorizada, pela Câmara dos Deputados, a instauração do processo (art. 51, I).

⁹⁰² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. Op. cit., p. 169-178.

⁹⁰³ A iniciativa foi seguida pelo Reino Unido e pelo México, conforme informação Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183313>; acesso em 24 jun. 2013.

⁹⁰⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/RELATORIO_DE_GESTAO_2011_sobre_STF.pdf; e em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_informativas_sobre_o_STF_versao_de_2012.pdf. Acesso em 15 mar. 2013.

STF, com o objetivo de aproximar o Judiciário do cidadão. Em 2004, deu-se início, ainda, às transmissões da Rádio Justiça⁹⁰⁵.

Em maio de 2010, criou-se no STF a Central do Cidadão, que possibilitou aos jurisdicionados o contato com o Tribunal por e-mail, telefone ou carta, bem como o encaminhamento de críticas e sugestões para aprimorar seus serviços⁹⁰⁶. No *Twitter*, o STF contava, no ano de 2011, com 110 mil seguidores. No *YouTube*, atingiu, na mesma época, 10 milhões de exibições dos vídeos postados no site⁹⁰⁷. Na grande imprensa, estatísticas do Tribunal indicam, exemplificativamente, que, no mês de agosto de 2011, 45 mil matérias espontâneas foram publicadas a seu respeito na mídia impressa e que, em junho do mesmo ano, o Tribunal foi citado mais de 3.500 vezes no rádio e na televisão.

No âmbito processual, dois institutos têm sido utilizados como forma de comunicação do Supremo Tribunal Federal com a sociedade: i) o *amicus curiae*; e ii) as audiências públicas. A figura do *amicus curiae* ou “amigo da corte” tem previsão no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que estabelece que o relator poderá admitir a participação de outros órgãos ou entidades em ações objeto do controle concentrado de constitucionalidade, tendo por base a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Esse instituto destina-se a dar voz a entidades representativas da sociedade civil que possam auxiliar o Tribunal a reunir informação sobre os diversos pontos de vista a serem considerados no julgamento. Entre as prerrogativas reconhecidas em favor dos *amici curiae* encontram-se a possibilidade de oferecer manifestação escrita sobre a matéria em debate, a realização de sustentação oral e a interposição de recursos das decisões, verificando-se uma tendência no STF a conferir caráter amplo à sua atuação⁹⁰⁸.

O recurso à figura do *amicus curiae* permitiu que entidades de defesa de direitos humanos, movimentos em prol da vida, institutos voltados para a pesquisa científica e grupos de orientação religiosa se manifestassem sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias,

⁹⁰⁵ A transmissão da Rádio Justiça, iniciada em maio de 2004, limitava-se ao Plano Piloto de Brasília. Três anos mais tarde, sua transmissão passou a alcançar o Distrito Federal. É possível acessá-la também via internet.

⁹⁰⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/centralCidadao/mensagem.asp>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

⁹⁰⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183313>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

⁹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_dimensao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2013; VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

trazendo ao STF a sua visão do problema e suas preocupações, na qualidade de amigos da corte⁹⁰⁹. Possibilitou, novamente, a manifestação de diversas entidades de defesa de direitos humanos, de movimentos em prol da família e de grupos de orientação religiosa no debate sobre as uniões estáveis homoafetivas⁹¹⁰. E serviu de base para a participação de grupos de defesa de minorias raciais, de movimentos contra o desvirtuamento de ações afirmativas, de entidades de defesa de direitos humanos e da própria Defensoria Pública no debate sobre a constitucionalidade da política de ações afirmativas para o ingresso nas universidades públicas⁹¹¹.

As audiências públicas, por sua vez, têm previsão no art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999, e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999. Esses dispositivos estabelecem que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o presidente do STF ou o relator⁹¹² poderá convocar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A Emenda Regimental 29/2009 alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e disciplinou as audiências públicas no âmbito do Tribunal, prevendo a sua convocação sempre que necessária ao esclarecimento de questões com repercussão geral ou de interesse público relevante. Determinou, ainda, a ampla divulgação da convocação das audiências públicas, a fixação de prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; a obrigatória participação das diversas correntes de opinião no evento; sua transmissão pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; o registro dos respectivos trabalhos, a juntada destes aos autos do processo ou seu arquivamento no âmbito da Presidência do STF⁹¹³.

A primeira audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal realizou-se em abril de 2007 e referiu-se à discussão sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Seguiram-se as audiências públicas sobre importação de pneus⁹¹⁴, antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos⁹¹⁵, judicialização da saúde⁹¹⁶, políticas de ações afirmativas no acesso ao ensino superior⁹¹⁷, proibição da venda de

⁹⁰⁹ ADIn 3510.

⁹¹⁰ ADIn 4277 e ADPF 132.

⁹¹¹ ADPF 186.

⁹¹² Art. 13, XVII, e art. 21, XVII, RI/STF.

⁹¹³ Art. 154, III, parágrafo único, RI/STF.

⁹¹⁴ ADPF 101.

⁹¹⁵ ADPF 54.

⁹¹⁶ SL 47, SL 64, STA 36, STA 185, STA 211, STA 278, SS 2.361, SS 2.944, SS 3.345, SS 3.355.

bebidas alcoólicas à beira de rodovias federais⁹¹⁸, proibição do uso de amianto⁹¹⁹, novo marco regulatório para a TV por assinatura⁹²⁰, consequências da radiação eletromagnética de linhas de transmissão de energia para a saúde⁹²¹ e sobre queimadas em canaviais⁹²². Estavam previstas, ainda, no final do ano de 2012, audiências públicas sobre a possibilidade de cumprimento de pena, em regime menos gravoso, quando o estado não dispuser de vaga para o regime indicado na condenação⁹²³, e sobre o financiamento de campanhas eleitorais⁹²⁴.

O universo de participantes das audiências públicas é ainda mais amplo do que aquele verificado no caso dos *amici curiae*, envolvendo os requerentes e requeridos na ação, os próprios amigos da corte, especialistas na matéria, autoridades e órgãos públicos, entidades representativas da sociedade civil e movimentos sociais. A título de ilustração, admitiu-se, na audiência pública designada para discussão da política de ações afirmativas para ingresso nas universidades públicas, a manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do advogado-geral da União, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, do Ministério da Educação, da Fundação Nacional do Índio, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, de médico geneticista, de antropólogos, de professores de diversas áreas, da Fundação Cultural Palmares, do Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo, da CONECTAS Direitos Humanos, da Coordenação Nacional de Entidades Negras, do Instituto da Mulher Negra de São Paulo, da Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia, do Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, de diversas universidades federais e estaduais, entre muitos outros órgãos e entidades. Já no caso da audiência pública sobre a judicialização da saúde, permitiu-se a formulação de perguntas, por qualquer do povo, pela via eletrônica, cujas respostas, dadas pelos especialistas, foram publicadas no portal do STF⁹²⁵.

⁹¹⁷ ADPF 186 e RE 597.285.

⁹¹⁸ ADIn 4.103.

⁹¹⁹ ADIn 3.937.

⁹²⁰ ADIn 4.679, ADIn 4.756 e ADIn 4.747.

⁹²¹ RE 627.189.

⁹²² RE 586.224.

⁹²³ RE 641.320.

⁹²⁴ ADIn 4.650.

⁹²⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Op. cit., p. 60-94.

Um estudo crítico desenvolvido a partir das cinco primeiras audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal indicou a necessidade de aperfeiçoamento de três aspectos principais do instituto: i) a definição de critérios objetivos para inadmissão de participantes, já que a finalidade das audiências públicas é garantir a participação da sociedade na interpretação da Constituição; ii) a realização de um debate amplo, não limitado a aspectos técnicos, mas voltado igualmente para a compreensão da “vontade social” relacionada ao assunto em apreciação; e iii) a necessidade de que as informações e os argumentos apresentados nas audiências sejam realmente considerados e enfrentados pelo STF em seu processo de decisão⁹²⁶. O ajuste desses três pontos, alega-se, possibilitaria maior abertura democrática do Tribunal e evitaria a utilização das audiências como mera forma de legitimar uma visão predefinida do problema⁹²⁷.

Sem prejuízo dos muitos ajustes que se mostram necessários, a atuação dos amigos da corte e as audiências públicas constituem instrumentos aptos a possibilitar ao Supremo Tribunal Federal uma avaliação dos diferentes pontos de vista e das eventuais consequências de suas decisões sobre temas relevantes que lhe são submetidos. Permitem, ainda, que o STF tenha uma percepção da importância do assunto em debate para a comunidade, da polarização de interesses em torno deste e do grau de pressão relacionado ao julgamento. Assim, esses instrumentos, por um lado, abrem espaço à participação da sociedade na discussão sobre o conteúdo da Constituição e, por outro, podem viabilizar um mapeamento pelo Tribunal das questões jurídicas, ideológicas e institucionais suscitadas pelo julgamento⁹²⁸.

A transmissão de todas as sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal através da TV Justiça, a criação da Rádio Justiça, a Central do Cidadão, a presença do STF nas redes sociais, o *amicus curiae* e o recurso crescente às audiências públicas, todos mecanismos de comunicação entre o Tribunal e a sociedade, são indicativos da preocupação do último em se

⁹²⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Op. cit., p. 116-119.

⁹²⁷ Em sentido semelhante, Conrado Hübner observa: “o entusiasmo recente com o instrumento da audiência pública, celebrada superficialmente como suposta ‘democratização’ da jurisdição constitucional, tem obscurecido a urgência de uma teorização mais rigorosa sobre seu papel e limites, sobre sua potencial função e legitimidade. As poucas experiências até aqui mostram que esse instrumento tem sido usado, numa leitura otimista, simplesmente para coletar argumentos de especialistas ou atores interessados na causa, ou para dar uma mera oportunidade de que eles se manifestem. Numa leitura mais cética, tais eventos têm gerado a suspeita de que seu uso não passa de um exercício diletante que cria uma ilusão de ‘representatividade’ e ‘participação democrática’, que traz o risco de sobrepor a retórica e a teatralidade ao debate racional e sereno (MENDES, Conrado Hübner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. Op. cit., p. 355-356).

⁹²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Op. cit., p. 35.

aproximar da opinião pública. Entretanto, tal aproximação impõe ao Supremo um ajuste de linguagem. O texto da Constituição de 1988 é extenso e abrange um conjunto muito amplo de assuntos. Parte substancial desse texto é de difícil compreensão para os leigos. As sessões públicas de julgamento do STF são longas e muitas vezes abrangem a leitura de votos e discussões técnicas complexas. A aproximação com o cidadão comum, entretanto, demanda uma linguagem simples, concisa, que lhe permita compreender os principais aspectos da questão em debate e que torne acessível para ele o texto constitucional.

5.10 Decisões contramajoritárias do STF

Apesar do apelo da opinião pública e dos benefícios decorrentes das decisões com ela convergentes para o Supremo Tribunal Federal, nem sempre a melhor decisão é a mais popular, e se por um lado, a opinião pública deve ser levada em conta, por outro, o populismo judicial deve ser evitado⁹²⁹. Assim, em alguns casos, o STF efetivamente exerce um papel contramajoritário e profere decisões que contrariam o entendimento dominante na sociedade⁹³⁰. Um exemplo emblemático disso foi o julgamento sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) às eleições do mesmo ano em que a norma foi aprovada. A Lei da Ficha Limpa teve origem em projeto de iniciativa popular, cujo propósito central era a moralização da política, e estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade que impediam a candidatura de políticos em caso de razoável dúvida sobre o descumprimento de preceitos legais ou éticos que deveriam reger a conduta daqueles que se dedicam à vida pública⁹³¹.

Como geralmente ocorre nos casos relativos a questões de corrupção no Poder Público, havia grande expectativa da população quanto à aplicação rigorosa da norma pelo

⁹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Direito e política: a tênue fronteira. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Direito-e-Politica_A-tenua-fronteira_Época.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹³⁰

⁹³¹ De acordo com Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas: “a Lei da Ficha Limpa expandiu os casos de inelegibilidade em quatro direções. Primeiro: ao retirar a exigência de trânsito em julgado houve uma redução na quantidade de instâncias – e conseqüentemente uma redução temporal – necessária para que a uma decisão condenatória seja dado o efeito de gerar a inelegibilidade. Numa segunda direção foram ampliados os tipos de crimes cuja condenação gera inelegibilidade. Numa terceira direção foram ampliados os tipos de processos judiciais que geram a inelegibilidade e, por fim, os efeitos da inelegibilidade foram estendidos por decisões tomadas por órgãos não jurisdicionais”, como, por exemplo, a rejeição das contas de gestores públicos pelos Tribunais de Contas (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Lei da “Ficha Limpa”, uma responsabilidade prospectiva? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXXXVII, p. 734-735).

Judiciário. E, de fato, os tribunais eleitorais começaram a indeferir o registro de candidatos para as eleições que ocorreriam no ano de 2010, com base na Lei da Ficha Limpa. No entanto, a validade dessas decisões foi questionada à luz do art. 16, CF, dispositivo que prevê que a lei que alterar o processo eleitoral entra em vigor na data de sua publicação, *mas não se aplica à eleição em curso até um ano depois da data do início de sua vigência – princípio da anualidade eleitoral*.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal através de diversos recursos extraordinários acompanhados de perto pela imprensa e pela opinião pública. Nos primeiros julgamentos sobre a aplicabilidade da lei às eleições de 2010, o Tribunal dispunha de apenas 10 membros, em virtude da aposentadoria do ministro Eros Grau. Disso resultou uma decisão de empate: 5 ministros votaram pela tese da inconstitucionalidade da incidência da norma em 2010 e 5 ministros votaram pela constitucionalidade de tal incidência⁹³².

Em brevíssimas linhas, aqueles que defendiam a inconstitucionalidade da aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010 alegavam, entre outros fatores, que a criação de novas hipóteses de inelegibilidade impactava sobre a fase das eleições em que os candidatos eram selecionados (fase pré-eleitoral) e, por consequência, interferia na estabilidade do processo eleitoral, criava insegurança jurídica e violava o princípio da anualidade eleitoral, princípio este que tinha o propósito de evitar a criação de normas que pudessem manipular as eleições e prejudicar uma concorrência isonômica entre partidos e candidatos.

Aqueles que defendiam a constitucionalidade da aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, por sua vez, observavam, entre outros argumentos, que todos os candidatos às eleições de 2010 tinham ciência das novas causas de inelegibilidade na oportunidade do registro das candidaturas, uma vez que a norma em questão foi publicada antes do período fixado pelo TSE para a realização das convenções partidárias destinadas a deliberar sobre coligações e sobre escolha de candidatos. Não havia que se falar, por isso, em desestabilização do processo eleitoral, em violação à segurança jurídica ou em quebra da isonomia.

De todo modo, diante de um placar de 5 a 5, o Tribunal concluiu que o empate significava a não reforma do ato atacado através do recurso extraordinário e, com base neste entendimento, manteve o indeferimento do registro da candidatura.

O desempate na matéria ocorreu com a nomeação do 11º ministro do Supremo Tribunal Federal, o ministro Luiz Fux, que adotou a tese da inconstitucionalidade da aplicação

⁹³² RE 631.102, j. 27 out. 2010, DJ 20 jun. 2011, Pleno, rel. min. Joaquim Barbosa. Cf., ainda, RE 630.147, j. 29 set. 2010, DJ. 05 dez. 2011, Pleno, rel. p/ o acórdão min. Marco Aurélio.

da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010⁹³³. Na oportunidade, o ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, defendeu, ainda, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, ressaltando que a forma pela qual a questão estava sendo apresentada pelos meios de comunicação contrapunha indevidamente o STF à “pujante vontade popular”, como se eventual entendimento pela não aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, com base em dispositivo constitucional, demonstrasse que o Tribunal compactuava com a corrupção na política. Nessa linha, o ministro observou, por fim, ser dever do Tribunal, de caráter pedagógico, esclarecer à população a função que lhe cabe, no ordenamento jurídico brasileiro, de guarda da Constituição e de defesa de direitos fundamentais contra maiorias eventuais.

A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.

.....

Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. 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. A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições.

⁹³³ RE 633.703, j. 23 mar. 2011, DJ 18 nov. 2011, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes.

É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição.

Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* para o qual esta Corte se destina.

O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao 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, contribuindo para um processo civilizatório elevado⁹³⁴.

Outro exemplo de decisão contramajoritária do STF envolve o julgamento de um rumoroso *habeas corpus*, já narrado no capítulo 3⁹³⁵, que tinha por paciente um banqueiro investigado pela polícia federal, por suspeita de envolvimento na corrupção de autoridades públicas⁹³⁶. O STF deferiu a liminar em favor do paciente, por entender que não estavam presentes os requisitos que autorizavam a prisão temporária. No entanto, o juiz de primeiro grau deferiu novo pedido de prisão, desta vez, *preventiva*, sob o fundamento de ter sido apresentada “prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente”. Mais uma vez, o STF deferiu liminar, entendendo que estavam ausentes os requisitos que autorizavam a prisão preventiva e ressaltando que a segunda prisão tinha o nítido propósito de burlar o cumprimento da primeira decisão de soltura proferida pelo Tribunal.

O caso foi noticiado pelos meios de comunicação em cores fortes, ressaltando-se, de um lado, os possíveis ilícitos praticados pelo banqueiro e a sua gravidade e, de outro lado, o louvável papel da polícia, que cumpria sua missão e não se submetia ao “poder econômico”. As referências ao caso ocuparam os editoriais por muitos dias, as supostas irregularidades foram “denunciadas” pela imprensa e despertaram o interesse do grande público, sempre bastante sensível às medidas contra a corrupção. Quando, então, o STF proferiu decisões em favor do investigado, surgiram questionamentos acerca da sua isenção. A colocação é bem retratada no trecho da entrevista concedida pelo ministro Gilmar Mendes, transcrito abaixo, em que o repórter alude às críticas por “ter concedido tão rapidamente um *habeas corpus*” ao cidadão:

⁹³⁴ RE 633703, p. 113-117.

⁹³⁵ Vide item 4.5. do referido capítulo.

⁹³⁶ HC 95009, j. 06 nov. 2008, DJ 19 dez. 2008.

FOLHA – Daí as críticas de ter concedido tão rapidamente um *habeas corpus* [ao banqueiro]?

MENDES – Concedi nesse caso, como em todos os que chegam ao tribunal relacionados a inúmeros anônimos.

.....
FOLHA – Mas quem está fora de controle?

MENDES – Acho que o aparato policial. Claro que há outros problemas, mas obviamente que se tolerou esse tipo de coisa e o aparato policial, com suas negociações com a mídia, se autonomizou diante do próprio Judiciário. A Operação Têmis [Deusa da mitologia grega que era convocada em julgamentos de magistrados], por exemplo. Se deu esse nome por quê? Sendo uma investigação que começou no âmbito do próprio Poder Judiciário, mas quando ela vai para a polícia ela ganha esse nome. Pensado para denegrir a imagem do Poder Judiciário. O relator [ministro do STJ Felix Fisher] decide não prender os eventuais envolvidos e é desqualificado por delegados da Polícia Federal. As representações que ele fez para o Ministério Público resultaram arquivadas. Ontem, eu li os episódios envolvendo o Ministro Fisher e me senti um pouco envergonhado de não ter reagido⁹³⁷.

Nesse trecho, o ministro Gilmar Mendes alude a “negociações do aparato policial com a mídia” e ao constrangimento sofrido por ministros de tribunais superiores quando eventualmente rejeitam ordens de prisão contra supostos envolvidos nos delitos investigados. Tais colocações sugeriam um padrão no relacionamento entre a polícia, a mídia, o imaginário popular e os tribunais. A polícia investigava ilícitos envolvendo autoridades públicas e procurava valer-se de todos os meios possíveis para ter sucesso em tal atividade. A mídia noticiava tais ilícitos reiteradamente e acompanhava de perto a sua apuração. A polícia fornecia conteúdo à mídia e esta divulgava seu trabalho e exercia pressão sobre os envolvidos. A reiteração das reportagens causava no grande público uma impressão de certeza sobre a efetiva ocorrência de delitos que ainda estavam sendo apurados. Em tais circunstâncias, o indeferimento das prisões pelos tribunais – decisão contramajoritária – colocava-os sob a suspeita de compactuarem com a corrupção. A situação, qualificada como uma espécie de “populismo penal”, é bem retratada na passagem abaixo:

Agora, no recente episódio do julgamento da Operação Boi Barrica, depois rebatizada de Operação Faktor, o fato de o STJ ter considerado indevida a realização da quebra dos sigilos e grampos foi o quanto bastou para se iniciar a mesma campanha de desmoralização da Corte. Uns chamando atenção para que se decidiu contra os pareceres do Ministério Público Federal e o trabalho da Polícia Federal e, outros, de forma mais grave, lançando uma suspeita sobre a idoneidade do julgamento e do julgador, [...].

⁹³⁷ MENDES, Gilmar. O aparato judicial hoje está fora de controle. Entrevista concedida a Andréa Michael e Felipe Seligman. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 28 set. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2008_set_29.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2013.

Já está se tornando cansativo constatar que a cada episódio em que se profere uma decisão que não é punitiva inicia-se uma campanha difamatória contra o juiz do caso. Apenas para lembrar, logo após a concessão da primeira liminar no caso da Operação Navalha, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, foi alvo de um covarde e sórdido ataque: um vazamento dava-o como envolvido no caso. [A] Operação Têmis, na qual o ministro Félix Fischer, atual vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, dando um exemplo de que é possível investigar sem necessariamente prender, foi atingido, demonstra o grau de perversidade a que chegamos quando se “ousa” descontentar a Polícia Federal.

É, sim, perfeitamente possível e legítimo criticarem-se as decisões judiciais de que grau sejam. Inadmissível, porém, é a desqualificação dos juízes e dos tribunais quando tomam decisões que não seguem a vontade dita popular.⁹³⁸

Ao final, o *habeas corpus* em questão foi julgado procedente, por maioria, com a divergência parcial de apenas um ministro, confirmando-se, portanto, o entendimento que motivou o deferimento da liminar pelo ministro Gilmar Mendes. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a Lei da Ficha Limpa e sobre o caso criminal antes narrado demonstram que o Tribunal exerce sua função contramajoritária, consciente de que esta função pode eventualmente gerar desgastes e produzir crises de credibilidade em seu desfavor. Mas a repercussão dessas decisões não é sempre negativa. No caso das uniões homoafetivas, muito embora uma pesquisa de opinião realizada pelo IBOPE tenha indicado que 55% dos entrevistados se opunha ao reconhecimento de tais uniões, a decisão do STF a favor das últimas foi bem recebida e festejada por diversos setores da opinião pública⁹³⁹.

Dois elementos diferenciavam esta última decisão das demais. Em primeiro lugar, o tema dos dois primeiros casos envolvia a corrupção no Poder Público, questão social extremamente sensível para a maioria da população. O tema do terceiro caso não suscitava o mesmo grau de mobilização popular ou de polarização ideológica. Em segundo lugar, a *posição adotada pela imprensa*, nos primeiros casos, era contrária à decisão proferida pelo STF. Já no caso das uniões homoafetivas, esse padrão não se repetia. Ao contrário, seguiram-se à proclamação da decisão do Tribunal diversas entrevistas e programas sobre o assunto, que pareciam reconhecer a decisão como uma inovação positiva, que acolhia um grupo injustamente estigmatizado.

Mas se a posição da mídia constitui um fator tão relevante para avaliar a ocorrência de prejuízo para a imagem do Supremo Tribunal Federal em razão de uma decisão

⁹³⁸ TORON, Alberto Zacharias; VILARDI, Celso Sanchez; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Campanha difamatória. Magistratura não pode se submeter ao populismo penal. *Consultor Jurídico*, 05 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-05/magistratura-tribunais-nao-podem-submeter-populismo-penal>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

⁹³⁹ Ibope: 55% da população é contra união civil gay. *Revista Época*, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

contramajoritária, talvez a importância da imprensa como elemento institucional limitador da discricionariedade do Poder Judiciário seja igual ou até maior do que a importância reconhecida à opinião pública. É o que se passa a examinar.

5.11 A imprensa e a opinião pública

Em uma democracia, a titularidade do poder, a seleção dos governantes e as escolhas fundamentais competem ao povo. No entanto, o nível de conhecimento direto que o povo tem acerca dos fatos politicamente relevantes e dos seus governantes é mínimo. Para que as pessoas possam formar seu entendimento sobre os diversos e complexos assuntos em debate no espaço público, elas dependem de entes intermediários que busquem tal informação, selecionem os fatos politicamente importantes e os divulguem. Esse papel pode ser desempenhado pelas escolas, por organizações da sociedade civil, por líderes políticos, mas, nas sociedades atuais, a imprensa é considerada a principal instituição que desenvolve essa função⁹⁴⁰. Atribui-se aos meios de comunicação a “responsabilidade democrática” de manter a população plenamente informada, de modo a habilitá-la a se posicionar nos debates públicos. Sob esta perspectiva, a mídia deve funcionar como uma espécie de órgão da democracia direta, desempenhando a função de produzir a notícia de forma instrutiva, neutra e imparcial, com o objetivo de capacitar o cidadão para a atuação no campo político⁹⁴¹.

Obviamente, tal neutralidade não é possível, ainda que fosse genuinamente buscada. A seleção dos fatos a serem noticiados e sua descrição sujeitam-se à subjetividade do jornalista. A valoração realizada por este depende de seu *background* e de seus esquemas cognitivos. Os eventos por ele divulgados não passam, por isso, de uma versão. Todo relato é, em alguma medida, incompleto, seletivo e criativo⁹⁴². E as ocorrências não divulgadas caem no anonimato. Além disso, os meios de comunicação constituem *empresas* sujeitas à lógica do lucro – e não escolas ou entidades filantrópicas⁹⁴³. Todo jornalista tem um padrão e pode ser

⁹⁴⁰ A palavra imprensa é utilizada como sinônimo de meio de comunicação de massa. O texto não diferenciaria entre a comunicação através dos jornais, do rádio ou da televisão, já que a análise empreendida é aplicável a todas as referidas modalidades de comunicação.

⁹⁴¹ LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 271-309; FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 99-134.

⁹⁴² LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 85 e 305.

⁹⁴³ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 101-104.

substituído⁹⁴⁴. O padrão tem preferências ideológicas – geralmente coincidentes com as das elites⁹⁴⁵ - e elas se refletem na escolha dos fatos que serão relatados, na abordagem de tal relato, na linha editorial. A “verdade” reportada “nada mais é do que uma versão dos fatos ocorridos, intermediada pela linha editorial do veículo e pela subjetividade dos jornalistas que redigem a notícia”⁹⁴⁶.

Um corpo considerável de informações não chega ao público, ou chega muito lentamente, em virtude de limitadores como a prévia “censura” (oficial ou extraoficial), a intimidade, o desinteresse, a incompreensão por quem capta a notícia, ou em razão de outros limitadores, tais quais o custo de manutenção de um efetivo numeroso de repórteres, a dificuldade de acesso a determinadas regiões, o funcionamento dos correios, a disponibilidade de internet com adequado funcionamento⁹⁴⁷.

A interação entre os militares e a imprensa durante a Batalha de Verdun, uma das principais batalhas da Primeira Guerra Mundial, é utilizada por Walter Lippmann para ilustrar quão incompletos podem ser os fatos a que se tem acesso através da imprensa. O autor narra que, nos momentos mais terríveis, por volta de fevereiro de 1916, os líderes franceses encontravam-se e discutiam, em detalhes, os “substantivos, adjetivos e verbos que deveriam ser impressos nos jornais da manhã seguinte”. Sabia-se que a França não estava preparada para a ofensiva alemã, mas, em lugar de expor todos os fatos ao público, as autoridades optaram por apresentar somente parte deles e decidiram fazê-lo de modo a tranquilizar a população, mas, ao mesmo tempo, prepará-la para uma eventual derrota.

Lippmann narra, ainda, um incidente curioso envolvendo a disputa pelo Forte Douaumont. Segundo ele, a determinada altura da batalha, os alemães anunciaram que haviam

⁹⁴⁴ DEBORD, Guy. *Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 179.

⁹⁴⁵ WALSH, Katherine Cramer. *Talking about politics. Informal groups and social identity in American life*. Op. cit., p. 120-121. De acordo com a autora é sempre necessário um forte sugestionamento para que as pessoas comuns apliquem uma estrutura de conhecimento relevante em suas tentativas de compreender uma questão pública. Por isso, a versão da elite ou a forma pela qual os políticos profissionais apresentam tais questões influencia o entendimento das pessoas. Por outro lado, a autora observa que, embora as elites definam os fatos e as categorias relevantes para a avaliação de determinado assunto, o significado atribuído a eles decorre de percepções baseadas em identidades sociais, que produzem uma releitura de tais fatos e categorias e geram novas versões.

⁹⁴⁶ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 408.

⁹⁴⁷ De acordo com Walter Lippmann: “Cada vez que o governo facilita a liberação do passaporte ou a inspeção da aduana, toda vez que uma nova via ferroviária ou um novo porto é aberto, uma nova linha naval é estabelecida, toda vez que os preços sobem ou descem, os correios viajam mais rápido ou mais lentamente, os telegramas são livres de censura e tornados mais baratos, rodovias são construídas, ou alargadas, ou melhoradas, a circulação das ideias é influenciada” (LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 56).

tomado o Forte Douaumont. Os militares franceses não tinham conhecimento desse fato, mas verificaram que o forte realmente estava em poder dos alemães. Em razão disso e com o objetivo de minimizar o ocorrido, divulgaram um informe que afirmava que um duro combate estava ocorrendo no local e que, após diversas tentativas infrutíferas, o inimigo tomou o forte. Dava-se a entender, ainda, que o exército francês estava prestes a recuperá-lo. O que de fato havia ocorrido não foi adequadamente retratado no informe alemão ou no informe francês. Na verdade, o forte fora esquecido pelas tropas, e um grupo pequeno de franceses permaneceu ali. Alguns soldados alemães, vendo a porta do forte aberta, entraram nele e fizeram tal grupo prisioneiro. Não houve batalha nem perdas. Segundo Lippmann:

Do comunicado [francês] todos tinham a impressão de que o forte ainda estava meio cercado. As palavras não diziam isso, mas “a imprensa, como sempre, forçou a barra”. Os redatores militares concluíram que os alemães iriam em breve se render. Em poucos dias eles começaram a perguntar por que a fortificação, sem alimentos, não tinha ainda se rendido. “Foi necessário pedir-lhes através do comitê de imprensa que deixassem de tratar do tema do cerco”⁹⁴⁸.

O episódio demonstra como a informação foi “censurada” pelas autoridades francesas e distorcida pela imprensa. Com fatos tão incompletos o público não tinha como formar uma opinião adequada sobre o assunto. As informações mais importantes sobre os combates eram omitidas ou minimizadas. Quando isso não era possível, pedia-se que o assunto deixasse de ser abordado.

Por outro lado, não é a venda de jornais que sustenta um jornal. O que sustenta esse negócio são os anúncios contratados pelos comerciantes e industriais que acreditam que determinado impresso chegará aos seus consumidores⁹⁴⁹. Por isso, o maior ativo de que dispõem os meios de comunicação são os seus leitores, ouvintes ou telespectadores, e a imprensa busca assuntos e abordagens que interessem ao rol mais amplo de consumidores e que vendam mais jornais. Nesse esforço, procura diversificar ao máximo os temas tratados, busca uma linguagem simples, uma análise de fácil apreensão e uma cobertura que alcance os locais mais distantes e que funcione 24 horas por dia, na tentativa de se antecipar aos concorrentes.

De modo geral, o cidadão comum tem muito pouco apetite para assuntos políticos complexos. Ele se interessa por si mesmo e por seus semelhantes. Quer assistir a seus próprios problemas. E se encanta pelo que é sensacional⁹⁵⁰. O relacionamento entre o leitor e

⁹⁴⁸ LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 45-48.

⁹⁴⁹ LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 278.

⁹⁵⁰ LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 299.

o jornal, ou entre o espectador e a televisão, não corresponde à imagem de um cidadão em busca de informação, com o propósito de desenvolver uma análise crítica e racional do mundo à sua volta, com vistas à deliberação no espaço democrático. Ao contrário, tal relacionamento se aproxima mais da imagem de um consumidor em busca de entretenimento⁹⁵¹.

O consumidor deseja participar nas notícias do mesmo modo pelo qual participa nas telenovelas, por identificação pessoal. Para que isso ocorra, o leitor precisa encontrar nas reportagens um “gancho familiar”⁹⁵². Esse gancho familiar é constituído justamente por seus estereótipos, ou seja, por suas pré-compreensões e por seus esquemas cognitivos⁹⁵³. São exemplos de estereótipos: a luta do bem contra o mal, o criminoso frio e cruel em oposição à vítima boa e indefesa, o confronto entre o rico maldoso e o pobre bondoso, o político corrupto, o líder altruísta etc. Uma piada mencionada por Júnia Nogueira de Sá, *ombudsman* de um grande jornal, sobre os fatos que interessam como “notícia jornalística”, trata com humor a forma como a mídia seleciona as suas notícias:

Se um cachorro morde um homem, isso não é notícia. Se o homem morde o cachorro, também não é notícia. Se o homem estivesse pagando ao cachorro por seus favores sexuais, aí sim seria notícia. Mas não seria uma notícia de primeira página. Para ser manchete, o cachorro teria de ser menor de idade e o homem deveria ter um cargo importante no governo. Ou o cachorro e o homem deveriam ter, ambos, o mesmo sexo – a menos que trabalhassem no cinema, o que transformaria a manchete numa notinha da coluna de fofocas. Se o cachorro tivesse falsificado o nome de alguém bastante conhecido num cheque, aí seria notícia de novo. Agora, se o cachorro fosse um grande anunciante, o caso teria muito menos interesse do que poderia parecer a princípio⁹⁵⁴.

Exploração sexual, abuso de menores, desvios comportamentais de homens públicos, relações homoafetivas, liberdade sexual no meio artístico e incidentes envolvendo celebridades são temas que atraem o interesse popular, que comportam um tratamento sensacional e que, por isso, podem virar notícia. No entanto, se essa notícia contrariar o interesse de um grande anunciante, o “furo de reportagem” será impublicável. Sobre os

⁹⁵¹ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado do espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1977, p. 9.

⁹⁵² LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 302; SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo*, p. 249.

⁹⁵³ O assunto foi tratado no capítulo 2. Os esquemas cognitivos correspondem a um conjunto de crenças e de percepções dos indivíduos, desenvolvido a partir de suas experiências, à luz do qual cada novo caso pode ser compreendido como um antigo caso com algumas particularidades. Quando um sistema de estereótipos é bem fixado, a atenção do indivíduo é atraída para os fatos que o reforçam e afastada daqueles que o contradizem (LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 115).

⁹⁵⁴ SÁ, Júnia Nogueira de. Em busca de mais qualidade. *Folha de São Paulo*, 08 maio 1994, p. 6. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/ombudsman/omb_19940508_1.htm>. Acesso em: 05 jul. 2013.

assuntos públicos especificamente, são relativamente poucos os fatos que chegam ao conhecimento da comunidade. Esta não pode se interessar ou se comover pelo que desconhece. Em razão disso, tais assuntos ficam na penumbra “até que alguém, com o labor de um artista, os translada para um filme”, com apelo ao imaginário da população⁹⁵⁵.

Por outro lado, a construção da notícia com recurso aos estereótipos e às pré-compreensões do público pode induzi-lo a determinados comportamentos. A caracterização de alguns personagens como corruptos, altruístas, cruéis ou injustiçados em geral provoca na comunidade uma expectativa de que tais personagens recebam tal ou qual tratamento, sem que necessariamente os relatos que suscitaram tal reação sejam fidedignos. Como o povo só tem acesso à maior parte dos assuntos de forma indireta, este tem pouquíssima capacidade de avaliar a precisão dos informes que recebe e reage, quase que intuitivamente, às “imagens” que lhe são apresentadas e aos estereótipos que estas evocam. Por isso, ao mesmo tempo em que os estereótipos interferem nos assuntos e na forma de abordagem da mídia, eles constituem uma ferramenta de manipulação da opinião pública e um mecanismo de reforço de preconceitos⁹⁵⁶.

A título exemplificativo, uma matéria sobre dois candidatos a presidente da República pode apresentar a foto de um desses candidatos com a bandeira do Brasil ao fundo e a foto do outro candidato à frente de uma bandeira vermelha, com os símbolos da foice e do martelo. A primeira imagem sugere ao leitor que o candidato se identifica com as expectativas do próprio país, e a segunda imagem associa o candidato ao “perigo comunista” e ao radicalismo, sem que se diga uma palavra sobre o assunto, apenas com recurso a estereótipos. Na mesma linha, uma reportagem sobre “arrastões” reforça o preconceito sofrido por moradores da periferia que teriam “invadido” as praias da Zona Sul, trazendo, entre aspas, as declarações de uma dona de casa: “Era um bando mal-encarado de gente escura, pobre e mal vestida”. É nesse sentido que se afirma que a seleção de imagens também produz um discurso⁹⁵⁷.

Além disso, a velocidade na produção da notícia e na obtenção dos “furos de reportagem” não permite que os jornalistas verifiquem a veracidade das informações recebidas, que consultem outras fontes ou que desenvolvam uma reflexão mais apurada sobre os fatos noticiados e suas implicações, circunstâncias que contribuem para uma abordagem superficial e distorcida de tais fatos. Os textos curtos e a simplificação do vocabulário e das

⁹⁵⁵ LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Op. cit., p. 150.

⁹⁵⁶ MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “tempo real”. O fetiche da velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 75-77.

⁹⁵⁷ MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “tempo real”. O fetiche da velocidade*. Op. cit., p. 70, 80-91.

análises empreendidas pela mídia, com o propósito de ser acessível aos leitores mais modestos e menos interessados, não dão conta de explicar todos os aspectos de uma realidade que é cada vez mais complexa⁹⁵⁸.

Uma vez divulgada uma “possível ocorrência bombástica” pelos meios de comunicação, ainda que não inteiramente confirmada, o assunto vira notícia e passa a ser reproduzido nos mais diversos noticiários e jornais do país. A primeira reportagem, que apenas cogitou tal ocorrência, é reforçada pela segunda, que mitiga o tom especulativo sobre o evento, pela terceira, que começa a tratar o fato como se realmente houvesse acontecido, e, de tal momento em diante, a reiteração da informação produz a sensação de certeza sobre a ocorrência não confirmada e provoca uma reação em massa na opinião pública, que funciona como uma espécie de “efeito cascata” (*cascades*).

Imagine-se, por exemplo, que o Congresso Nacional estivesse apreciando um projeto de lei que facilitasse a entrada de medicamentos estrangeiros no país e que tal projeto dividisse fortemente as opiniões do mercado entre empresas favoráveis e desfavoráveis à norma. Imagine-se, ainda, que determinada autoridade levantasse publicamente a suspeita de que aqueles parlamentares que se opunham à aprovação do projeto estariam defendendo, em troca de vantagens indevidas, os interesses privados de empresas já estabelecidas em território nacional, que não tinham interesse na entrada de concorrentes.

A formulação pública da suspeita de corrupção repercutiria na imprensa. Diversas reportagens, noticiários, jornais reproduziriam a declaração da autoridade. A mera reiteração da possibilidade do ilícito e sua associação ao estereótipo popular do “político corrupto” produziria, em curto espaço de tempo, uma sensação de quase certeza da inidoneidade dos parlamentares que se opunham à aprovação do projeto de lei. O assunto provocaria indignação na opinião pública e protestos populares. Nessas circunstâncias, todos aqueles que compartilhavam a mesma opinião que os aludidos parlamentares, ou que ainda estavam indecisos sobre o projeto de lei, estariam sob suspeita. Em razão disso, retirariam seu apoio aos mencionados parlamentares e/ou mudariam de posição sem que necessariamente concordassem com o teor da norma.

O modo de funcionar da imprensa tende a produzir reações em cascata (*cascades*). Quando uma determinada matéria associa fatos a estereótipos consolidados no imaginário popular e a notícia é sucessivamente reiterada, provoca-se uma espécie de “contágio

⁹⁵⁸ KEHL, Maria Rita. Muito além do espetáculo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Muito além do espetáculo*. São Paulo: Editora Senac, 2004, p. 234 e ss.

mental⁹⁵⁹. Em determinado momento, da dúvida passa-se à certeza e, uma vez iniciado o processo de reprodução acrítica das opiniões pelo grande público, a população deixa de absorver novas informações sobre o assunto, enxergando apenas os fatos que reforçam a hipótese “infectada” e descartando aqueles que a infirmam. Esse mecanismo provoca uma espécie de polarização das opiniões, que, no caso, favorecia a aprovação do projeto de lei, mesmo sem conhecê-lo. A polarização pode, portanto, produzir uma resposta irracional por parte do público e amplificar preconceitos⁹⁶⁰.

O efeito cascata pode resultar de duas espécies de contágio: o contágio informacional e o contágio reputacional. No primeiro caso, o contágio é consequência do baixo nível de informação de que dispõem os indivíduos sobre determinado assunto e/ou da confiança que depositam nas afirmações ou nas opiniões dos demais. No segundo caso, o indivíduo pode até ter um entendimento próprio e divergente do entendimento da maioria, mas deixa de manifestá-lo e adere à massa, pelo temor de rejeição por parte do grupo e no interesse de preservar sua própria reputação. Acredita-se, ainda, que a propensão dos indivíduos a reproduzir o comportamento dos demais constitui um mecanismo de autopreservação com raízes remotas: a sobrevivência da espécie por muitas gerações seria consequência do proveito tirado pelos indivíduos do conhecimento acumulado pelos demais. Além disso, as pessoas dispõem de níveis de informação, de alternativas e de dificuldades de compreensão semelhantes, por isso, seria natural que chegassem a conclusões análogas⁹⁶¹. O mecanismo de contágio é explicado em termos semelhantes pelos estudiosos da psicologia de massas:

Quando se trata de fazer penetrar lentamente ideias e crenças no espírito das multidões – as teorias sociais modernas, por exemplo – os métodos dos líderes são diferentes. Eles recorrem principalmente aos três seguintes procedimentos: a afirmação, a repetição e o contágio. Sua ação é bastante lenta, mas os efeitos são duradouros.

A afirmação pura e simples, livre de todo raciocínio e de toda prova, constitui um meio garantido de fazer uma ideia penetrar no espírito das multidões. Quanto mais concisa, desprovida de provas e de demonstração for a afirmação, mais autoridade ela terá. Os livros religiosos e os códigos de todos os tempos sempre procederam por simples afirmação. Os homens de Estado chamados a defender uma causa política qualquer, os industriais propagando seus produtos em anúncios conhecem o valor da afirmação.

⁹⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 71, 2000, p. 101-102.

⁹⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Op. cit., p. 169-170.

⁹⁶¹ BIKHCHANDANI, Sushil; HIRSHLEIFER, David; WELCH, Ivo. Learning from the behavior of others: conformity, fads, and informational cascades. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, n. 3, p. 151, 1998.

Entretanto, essa somente adquire real influência se for constantemente repetida, e o máximo possível nos mesmos termos. Napoleão dizia que existe uma única importante figura de retórica, a repetição. Pela repetição, a coisa afirmada chega a se estabelecer nos espíritos a ponto de ser aceita como uma verdade demonstrada.

Compreende-se bem a influência da repetição sobre as multidões ao ver o poder que exerce sobre os espíritos mais esclarecidos. De fato, a coisa repetida acaba por se incrustar nas regiões profundas do inconsciente onde as motivações de nossas ações são elaboradas. Ao cabo de algum tempo, esquecendo quem é o autor da asserção repetida, acabamos por acreditar nela. Assim se explica a espantosa força do anúncio. Depois de termos lido cem vezes que o melhor chocolate é o chocolate X..., imaginamos tê-lo ouvido dizer frequentemente e acabamos tendo certeza disso. Persuadidos por mil afirmações de que a farinha Y..., curou as pessoas mais importantes das doenças mais tenazes, acabamos tentados a experimentá-la no dia em que adoecemos de uma doença do mesmo gênero. À força de lermos repetidamente no mesmo jornal que A... é um perfeito tratante e que B... um homem muito correto, chegamos a nos convencer disso, contanto que, bem entendido, não leiamos frequentemente um outro jornal de opinião contrária, em que os dois qualificativos estejam invertidos. A afirmação e a repetição são por si mesmas suficientemente poderosas para se poder combater.

Quando uma afirmação foi suficiente e unanimemente repetida, tal como acontece com certas empresas financeiras que compram todas as concorrências, forma-se o que se denomina uma corrente de opinião e intervém o poderoso mecanismo do contágio. [...].

.....
O contágio é poderoso o bastante para impor aos homens não somente certas opiniões, como também certos modos de sentir⁹⁶².

Sunstein relata que, em um experimento sobre o mecanismo do contágio, entregou-se a um grupo de pessoas um cartão branco com uma linha desenhada sobre ele. Solicitou-se a cada uma dessas pessoas que identificassem em um outro cartão branco, com três linhas, aquela que era idêntica em tamanho à linha do seu cartão. A diferença entre as três linhas do segundo cartão era bastante evidente e o experimento foi considerado muito simples pelos voluntários. Na primeira e na segunda rodadas, todos os voluntários concordaram com a resposta correta.

Na terceira rodada, os indivíduos foram colocados em contato com alguém que havia manifestado uma opinião claramente incorreta, ou seja, alguém que havia declarado que a linha do seu cartão era igual a uma linha evidentemente diferente em tamanho. Em condições normais, as pessoas selecionavam a linha correta em mais de 99% das oportunidades. Mas, após doze rodadas em contato com grupos que apoiavam uma opinião errada, 70% dos indivíduos aderiram ao erro pelo menos uma vez, em detrimento de sua própria percepção

⁹⁶² BON, Gustavo. *Psicologia das multidões*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 116-120. Cf., ainda, sobre o tema: FREUD, Sigmund. *Psicologia de grupo e a análise do ego*. In: FREUD, Sigmund. *Além do princípio de prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos (1919-1922)*. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: Edição Standard Brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 81-156; REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

sobre um fato muito simples – o tamanho de uma linha – sequer sujeito a complexas interpretações quanto a seu significado. O experimento comprova uma *tendência do indivíduo a aderir à opinião do grupo*, mesmo quando seria capaz de identificar com facilidade o equívoco. Demonstra, ainda, que *o conhecimento das pessoas é suscetível aos “âncoras”*, às percepções de alguns membros que influenciam e servem de ponto de partida para os demais. Quando os âncoras erram, a opção correta pode atrair menos votantes do que a opção errada⁹⁶³.

O efeito cascata pode, portanto, contaminar a capacidade de avaliação das pessoas e levar a maioria a um entendimento absolutamente equivocado. E o equívoco pode ser espontâneo ou provocado. Grupos políticos, assessores de imprensa e marqueteiros compreendem o funcionamento das massas e, eventualmente, têm interesse em manipulá-las ou infectá-las. Em 1995, por exemplo, dois autores de um livro sobre estratégia em negócios compraram 50 mil cópias de seu próprio livro, nas diversas lojas do país cujas vendas eram monitoradas pelo jornal *The New York Times* com o propósito de confeccionar sua lista de *best-sellers*. Em consequência, o livro se tornou um *best seller* e continuou a vender como um *best-seller* sem outras interferências por parte de seus autores. Aparentemente, estar na lista dos livros mais vendidos do *The New York Times* faz com que um livro venda mais porque os consumidores se baseiam na atitude e na avaliação daqueles que os antecederam⁹⁶⁴.

Constata-se, assim, que a opinião pública, idealizada como um importante *player* pela teoria democrática ou pelo constitucionalismo popular, pode ser uma ilusão. A opinião pública não emerge espontaneamente das pessoas (ao menos não necessariamente). Ao contrário, é produto de um processo de “animação social”, no qual a imprensa e, portanto, os grandes grupos de comunicação e as elites que os acessam, têm um papel muito relevante⁹⁶⁵. Os indivíduos sabem muito pouco sobre os assuntos públicos. Têm pouca disponibilidade

⁹⁶³ SUNSTEIN, Cass R. *Deliberative trouble? Why groups go to extremes*. Op. cit., p. 79; e SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Nova York: Oxford University, 2006, p. 25-43. Para exemplos semelhantes, cf. BON, Gustave Le. *Psicologia das multidões*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 47-51.

⁹⁶⁴ BIKHCHANDANI, Sushil; HIRSHLEIFER, David; WELCH, Ivo. Learning from the behavior of others: conformity, fads, and informational cascades. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, n. 3, p. 151, 1998.

⁹⁶⁵ A demonstração do papel desempenhado pela imprensa na formação da opinião pública não afasta o reconhecimento de que outras instituições podem influenciar o entendimento da coletividade, como as escolas, a igreja, líderes e autoridades. Não se pretende abordar de forma exaustiva todos os agentes que podem interferir sobre a percepção do público. Pretende-se apenas ilustrar como a formação da opinião pública se sujeita a equívocos e à manipulação. A demonstração de como se dá a interação com a imprensa é suficiente para este fim. Sobre a identidade entre a imprensa e as elites, cf. WALSH, Katherine Cramer. *Talking about politics. Informal groups and social identity in American life*. Op. cit., p. 120-121.

para compreendê-los. Nem sempre se interessam pelos debates caros ao “processo democrático”. E, no que respeita aos assuntos conhecidos, precisam de auxílio para interpretá-los e formar uma opinião, que dificilmente será independente. Ao contrário, será produto dos fatos que lhe foram omitidos, dos eventos incompletos que lhe foram reportados, de como foram reportados, da interpretação e da valoração que receberam pelos meios de comunicação, de eventuais preconceitos, contágios, efeitos cascata e polarizações de entendimento ocorridos de forma espontânea ou provocada. Em síntese, a opinião da maioria pode ser controlada pela minoria. E, em alguns casos, a “notícia” pode estar mais próxima da ideia de “propaganda” do que do conceito de “informação”⁹⁶⁶.

A opinião da maioria sobre os temas decididos por uma Corte Constitucional sujeita-se às mesmas dificuldades. Poucos são os casos que chegam ao conhecimento do público. Entre eles, menos expressivo ainda é o número daqueles que despertam seu interesse. O nível de conhecimento direto sobre os últimos é ínfimo. Geralmente, a informação a seu respeito é obtida através da imprensa. Algumas discussões enfrentadas em juízo são complexas, técnicas ou de difícil compreensão. Não raro, a mídia acaba por sintetizar as convicções dos dois lados opostos de uma demanda de forma estereotipada. O grande público não consegue formar um entendimento independente sobre o assunto e segue a mídia ou os “âncoras”, que podem agir sob a influência de preconceitos. A comunicação direta entre as cortes e o público depende da adaptação da sua linguagem e do ajuste de suas conclusões para termos simples e concisos, que facilitem sua apreensão pelo cidadão comum e favoreçam o desenvolvimento de uma cultura constitucional.

Como já demonstrado, a atuação de uma Corte Constitucional é muitas vezes convergente com o sentimento popular. Em algumas circunstâncias, ela diverge dele. Quando o faz, seu resultado não necessariamente será menos democrático do que a opinião da maioria, pois esta pode ser desvirtuada pelos mecanismos descritos acima. O problema é: como identificar a efetiva ocorrência do contágio ou do efeito cascata, quando também os juízes que integram tais cortes sujeitam-se a desvios semelhantes?

⁹⁶⁶ Em termos mais técnicos, Cass Sunstein esclarece que, segundo o Teorema de Condorcet, a probabilidade de obtenção de respostas corretas quando consultada a maioria de um grupo aumenta até 100%, na medida em que o tamanho do grupo aumenta. Segundo Sunstein, quanto maior o grupo, maiores as chances de acerto, desde que duas condições adicionais sejam observadas: i) a deliberação pela regra da maioria e ii) a propensão da maioria dos indivíduos a estar correta sobre determinado assunto. No entanto, a segunda condição pode ser frustrada pelos mecanismos já indicados acima. Assim, não seria surpreendente a constatação de que, em um rol muito amplo de assuntos, a tendência da maioria é de estar errada. (SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Op. cit., p. 25-43).

Por fim, uma experiência relativamente nova tem merecido a atenção dos estudiosos: a troca de informações e a formação da opinião no âmbito das redes sociais. A internet é um meio revolucionário de agregar informações produzidas por muitas pessoas. Nas redes, a geração da informação não é controlada por uma minoria. Ao contrário, seus produtores são também os seus consumidores. O público é autor. Os usuários são desenvolvedores de conteúdo. Por isso, especula-se, esse canal poderia constituir um instrumento de comunicação e disseminação de pontos de vista que não encontraram espaço e voz na mídia convencional e favorecer a formação de entendimentos mais independentes pelos indivíduos.

Acredita-se que a confirmação dessa hipótese depende, em grande parte, da capacidade de encontro e de troca de informações entre pessoas com diferentes perspectivas e opiniões. Teme-se que os muitos universos e grupos de comunicação criados nas redes atraiam apenas indivíduos que partilhem as mesmas ideias e sejam refratários a concepções divergentes. Os membros de um grupo ideologicamente homogêneo se tornam mais confiantes quanto a seus pontos de vista após comunicarem-se uns com os outros. A deliberação, nessas condições, reduz a diversidade, promove a uniformidade e conduz mais facilmente ao erro. E a união de mentes semelhantes enseja a polarização de entendimentos.

Cass Sunstein lança, ainda, sobre o tema, uma curiosa indagação: o conhecimento humano é uma rede?⁹⁶⁷ O que conhecemos é certamente produto de muitas mentes, que, constantemente, produzem novas informações. Cada um de nós depende do conhecimento acumulado por aqueles que nos antecederam. As pessoas se influenciam reciprocamente. Muitas vezes, grandes grupos vivem dentro de “redomas informacionais” (*information cocoons*), rejeitam a diversidade e reforçam preconceitos, gerando atitudes extremas. Dos pequenos grupos a toda a humanidade, o desafio parece estar na capacidade de interagir com a diferença.⁹⁶⁸

5.12 A imprensa como intermediário e como grupo de referência

A imprensa funciona como um poderoso intermediário entre os juízes e todos os demais grupos com os quais tais juízes se identificam. Os atos atribuídos a um magistrado e a avaliação de sua atuação pela mídia podem enaltecer ou destruir sua imagem pública e afetar sua relação com aqueles que lhes são mais caros, como colegas de magistratura, acadêmicos e

⁹⁶⁷ No original: “Is human knowledge a wiki?” (SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Op. cit., p. 217).

⁹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Op. cit., p. 217-225.

até mesmo amigos íntimos e a família. O poder dos meios de comunicação de repercutir e de disseminar a informação ou a velocidade em que isso ocorre pode tornar irreversíveis os prejuízos gerados à reputação daqueles que caem em desgraça na imprensa. Por isso, é inevitável que os juízes se preocupem com as opiniões desta última e se empenhem em preservar seu relacionamento com ela.

Mas não é só. Parte das considerações já tecidas a respeito da interação entre os juízes e a opinião pública vale também para sua interação com a mídia. Os juízes, como os seres humanos de modo geral, desejam o reconhecimento público, podem ter a vaidade de ver suas decisões avaliadas pelos jornais de forma positiva e, conseqüentemente, podem considerar a imprensa um grupo de referência para decidir determinados assuntos, ou, ainda, ter em conta a posição da imprensa para moderar seus entendimentos em alguns casos, de forma a evitar críticas muito severas pelos meios de comunicação.

Nos Estados Unidos da América, o poder da imprensa de influenciar o comportamento judicial da Suprema Corte foi denominado “efeito Greenhouse” (*Greenhouse effect*), em alusão a Linda Greenhouse, uma renomada jornalista que cobriu a atuação da Corte por quase três décadas para o jornal *The New York Times*. Segundo relato de Lawrence Baum, a Suprema Corte teria produzido, a partir dos anos noventa, diversas decisões de inclinação progressista, apesar de ser composta por uma maioria de juízes originalmente conservadores, indicados por presidentes republicanos⁹⁶⁹.

São exemplos de tais decisões, segundo o autor: i) o precedente que manteve políticas de ações afirmativas na admissão às universidades⁹⁷⁰; ii) o reconhecimento da inconstitucionalidade de normas estaduais contra relações homoafetivas⁹⁷¹, e iii) o julgado que afastou a aplicação da pena de morte para crimes cometidos por pessoas com menos de dezoito anos⁹⁷². Acredita-se que, a despeito do conservadorismo da maioria dos membros da Suprema Corte, estes encontravam-se sujeitos à avaliação de grupos de maioria progressista, tais como a academia, setores da comunidade jurídica e, sobretudo, a imprensa. A preocupação com sua imagem perante tais grupos seria o principal fator explicativo da moderação ou mesmo de eventuais inclinações progressistas na Corte.

⁹⁶⁹ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences. A perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 140.

⁹⁷⁰ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁹⁷¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁹⁷² *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

Baum cita, ainda, dois exemplos extremos que demonstrariam o poder da imprensa sobre o comportamento dos juízes: a trajetória do *justice* Blackmun e do *justice* Thomas. Blackmun foi indicado para a Suprema Corte pelo presidente Nixon e, originalmente, tinha inclinações conservadoras. Em determinado momento de sua trajetória, atribuiu-se ao *justice* Blackmun a função de redigir o voto da maioria no caso *Roe v. Wade*, um dos casos mais controversos da história do Judiciário norte-americano, pelo qual se reconheceu o direito das mulheres a optar pela interrupção da gravidez.

A entrega da relatoria do caso ao *justice* Blackmun, possivelmente o membro da maioria mais próximo da minoria divergente (*marginal justice*), tinha uma razão estratégica: minimizar a resistência dos demais membros conservadores à decisão, a fim de facilitar a obtenção ou a manutenção de uma maioria de votos favorável ao mencionado direito. Por isso, o voto que resultou em uma das decisões progressistas mais marcantes proferidas pela Suprema Corte foi elaborado por um juiz moderadamente conservador.

No entanto, esse caso constituiu um marco na carreira do *justice* Blackmun e o colocou no centro das atenções na mídia. Seu voto foi duramente criticado pelos conservadores, mas obteve o apoio dos progressistas, que reconheceram valor a seu trabalho. O reconhecimento por parte dos progressistas permitiu que esse juiz construísse uma nova identidade política e passasse a adotar entendimentos mais progressistas. Sua trajetória, a partir de então, foi considerada a maior virada ideológica jamais experimentada por um juiz da Suprema Corte. Naturalmente, essa mudança pode ter sido motivada por novas experiências ou por reflexões pessoais, mas acredita-se que a acolhida pela imprensa, ou o “efeito Greenhouse”, tenha desempenhado um papel importante no comportamento desse magistrado⁹⁷³.

Ao contrário do que ocorreu com o *justice* Blackmun, a interação do *justice* Thomas com os meios de comunicação reforçou seu comportamento conservador. De fato, seu processo de aprovação no Senado foi muito difícil, envolvendo inclusive acusações de abuso sexual. E a hostilidade a ele cresceu nos primeiros anos de sua atuação na Suprema Corte, em razão do extremo conservadorismo de seus julgados e da percepção de que ele teria disfarçado a intensidade de suas posições ideológicas perante o Senado. Em razão disso, o *justice* Thomas foi extremamente combatido e enfrentou manifestações ostensivas de rejeição.

Em resposta, isolou-se, passou a evitar contatos com aqueles que tivessem posições divergentes das suas e tornou-se ainda mais extremado ideologicamente. Conta-se que, em

⁹⁷³ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences. A perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 151-155.

alguns períodos, o *justice* Thomas teria parado de ler jornais, passado a dar pouca atenção à mídia, salvo àquela com inclinações conservadoras, e recusado aparições ou entrevistas em ambientes nos quais suas posições pudessem vir a ser criticadas. Alguns votos proferidos por ele transmitiam inclusive a impressão de constituírem provocações aos progressistas. De fato, segundo um amigo, suas posições extremadas eram uma consequência do traumático processo de aprovação no Senado e do sofrimento que as críticas ostensivas lhe causaram.

5.13 A política e a justiça na sociedade do espetáculo

A mídia atua como mediadora da interação entre a sociedade e a política, entre a sociedade e a justiça. A televisão é onisciente, onipresente, onipotente, ocupa a vida social por inteiro e alcança o espectador em sua própria casa, em seu descanso, em seu lazer, favorecendo a incorporação de mensagens ideológicas e publicitárias⁹⁷⁴. A TV compreende a demanda de seu consumidor não apenas por informação, mas sobretudo por entretenimento. Cada notícia, para potencializar o interesse e fixar a atenção da plateia, precisa ser construída como no drama, fazendo com que os espectadores se identifiquem com a história e com seus personagens; e projete nela/neles suas próprias expectativas e frustrações⁹⁷⁵.

A “dramatização” da notícia conduz a um “mundo do espetáculo”, modelo de vida dominante na sociedade⁹⁷⁶, pelo qual cria-se a “polícia-espetáculo”, que promove operações bombásticas e algema figuras públicas perante as câmeras de TV; a “política-espetáculo”, que denuncia troca de favores e negociações espúrias entre grandes autoridades da República

⁹⁷⁴ KEHL, Maria Rita. Muito além do espetáculo. Op. cit., p. 237 e ss.; DUARTE, Rodrigo. Valores e interesses na era das imagens. Op. cit., p. 110.

⁹⁷⁵ Em uma passagem bastante ilustrativa, Roger-Gérard esclarece os recursos utilizados em campanhas políticas para conquistar eleitores: “Para atrair esses votantes, recorre-se aos meios de comunicação de massa, sobretudo à televisão, tendo sempre em mente que, aos olhos deles, esses meios de comunicação não exercem uma função de informação e sim uma função lúdica de espetáculo (*play function*) para divertir. Esse conceito de *play* (jogo, espetáculo) é central na teoria da comunicação de massa. Representa a evasão do universo penoso do dever e da responsabilidade, o momento de liberdade e fantasia, o interlúdio de um cansativo dia de trabalho. Muita gente procura nos meios de comunicação uma gratificação, uma satisfação temporária. E os especialistas em campanhas se ajustam a essa expectativa” (SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado do espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Op. cit., p. 249-250).

⁹⁷⁶ Segundo Adauto Novaes, o espetáculo, na concepção de Guy Debord, não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens. O espetáculo promove a passagem e a degradação do ter em parecer. O espetáculo é o que fala enquanto as pessoas são átomos sociais que escutam, instaurando um mundo não vivido (NOVAES, Adauto. *A imagem e o espetáculo*. Op. cit., p. 9).

através da mídia; a “justiça-espetáculo”, que julga tais autoridades publicamente diante dos olhos da população⁹⁷⁷.

O modo de apresentar os grandes temas da política ou da justiça aos leitores e espectadores lembra a estrutura dos espetáculos. *O teatro dá primazia ao papel do herói* e fornece um grande repertório de personagens estereotipados nos quais os atores se inspiram. Do mesmo modo, a espetacularização da política e da justiça enseja o enquadramento dos homens públicos em personagens, dos eventos em enredos, compostos por “mocinhos” e por “bandidos”, e sobrepõe a mola afetiva ao critério racional. As notícias são construídas a partir de tais elementos e as imagens por elas geradas provocam no espectador um sentimento intuitivo de adesão ou de recusa a determinadas autoridades, de apoio ou de oposição aos julgamentos, provocado por estereótipos, por esquemas cognitivos, por preconceitos⁹⁷⁸.

É evidente. O grande papel com que sonham os monstros sagrados da política é o de grande homem. O de herói. O do semideus da mitologia. Entre céu e terra. É o homem excepcional, fadado ao triunfo, e depois à apoteose. O homem das façanhas, do entusiasmo e da glória. Em suma: o ídolo proposto ao culto dos mortais.

É o salvador, quase o messias. O chefe providencial, o chefe genial, médium do espírito nacional. É o profeta de sua raça. Sempre imerso no solene, no sublime, na ênfase.

.....
E por aí vai o herói. Com seus trabalhos. Como Hércules. Ou melhor, suas funções. Pois este monstro sagrado desempenha um tríplice ofício: ele faz o espetáculo, proporciona o sonho e confere a certeza.

Mais que qualquer outro dirigente personalizado, o herói é um *showman*, um homem de espetáculo. Com ele, *leadership* e *showmanship* se confundem. Com ele, o “palco político” é realmente um palco. Para estabelecer uma relação teatral face a face com o público. Sobressaindo da monotonia da autoridade de rotina, é o homem-orquestra, o homem-prodígio, o homem-festa. Sempre em representação⁹⁷⁹.

Assim como no teatro, *nas épocas de crise política, busca-se um herói, capaz de enfrentar dificuldades excepcionais, estabelecendo-se um culto à sua personalidade, como na prática do “star system”*. *O cidadão se projeta no herói e se coloca inconscientemente em seu*

⁹⁷⁷ Segundo Guy Debord: a “proliferação dos acontecimentos espetaculares decorre do fato de que os homens não vivem mais acontecimentos em sua própria vida, buscando vivenciar a sua representação” (DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 130). Em sentido semelhante: “a televisão não é a consequência de uma relação plurissecular do Ocidente com a imagem; ela é o resultado de uma sociedade que anula a vida em proveito da contemplação passiva de imagens (escolhidas por outros) que substitui o vivido e a determinação dos acontecimentos pelo próprio indivíduo” (NOVAES, Adauto. *A imagem e o espetáculo*. Op. cit., p. 15).

⁹⁷⁸ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado do espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Op. cit., p. 137 e ss.

⁹⁷⁹ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado do espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Op. cit., p. 19-22.

*lugar. O espectador sofre e torce pelo herói*⁹⁸⁰. O enredo construído pela notícia apresenta uma cena pintada com fortes cores maniqueístas: o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o autor do crime e suas vítimas. Esse enredo é determinante da opinião que o público formará sobre a história e sobre seus personagens.

Na cobertura de grandes julgamentos, a imprensa alterna reportagens pretensamente neutras e meramente informativas, com críticas ao modo de conduzir os julgamentos por parte do Judiciário. Denuncia supostas “artimanhas” das partes e falhas do sistema. Apresenta-se, ainda, como porta-voz dos anseios da comunidade e como caminho para fazer com que as instituições públicas funcionem adequadamente⁹⁸¹. Oscila entre uma almejada objetividade e o jornalismo militante. Pressiona. Criam-se, então, dois “tribunais”, dois “julgamentos”: no primeiro deles, o Judiciário julga os envolvidos no crime; no segundo, e simultaneamente, o público julga o julgamento e o Judiciário.

5.14 O STF na sociedade do espetáculo: o Mensalão

Sempre que nos apresentamos a uma plateia, construímos uma imagem mental da persona que desejamos ver reconhecida em nós mesmos. E atuamos de forma a induzir o público a tal reconhecimento. Este é o mecanismo pelo qual o ser humano busca a aceitação do outro. É também o mecanismo pelo qual os juízes buscam o reconhecimento daqueles grupos com os quais se identificam.

De acordo com o art. 93, IX, da Constituição federal, todos os julgamentos judiciais devem ser públicos e fundamentadas todas as decisões. Por isso, o magistrado, ao julgar, comunica-se não apenas com seus demais colegas de tribunal, mas, em alguma medida, com todos aqueles que são destinatários diretos ou indiretos de sua decisão, ou que podem vir a travar contato com ela – as partes, os advogados, a academia, a imprensa, o público em geral. Quanto mais relevante é o julgamento, maior é a atenção que ele desperta. Quanto maior é a plateia, maior é a exposição do juiz e, por consequência, maior é a sua preocupação com o seu desempenho; por outro lado, menor é sua abertura às opiniões diversas das suas, sua disposição a alterar entendimentos ou a uma postura verdadeiramente deliberativa.

⁹⁸⁰ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado do espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Op. cit., p. 253 e ss.

⁹⁸¹ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Op. cit., p. 359 e ss. Sobre o poder do espetáculo e das imagens, ver, ainda: WOLFF, Francis. *Por trás do espetáculo: o poder das imagens*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Muito além do espetáculo*. São Paulo: Senac, 2004, p. 16-45; e PERNIOLA, Mario. *Cena e violência*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Muito além do espetáculo*. São Paulo: Senac, 2004, p. 182-195.

O Supremo Tribunal Federal julga casos de grande relevo para a nação. As sessões de julgamento são públicas. As sessões plenárias – responsáveis pelos casos mais importantes – são televisionadas, transmitidas ao vivo, por um canal oficial gratuito, a grande parte da população. A atuação dos ministros e os julgamentos são acompanhados de perto pela mídia, cuja atenção é especialmente atraída quando o assunto tem relação com a corrupção no Poder Público. De maneira geral, os ministros do STF são extremamente expostos ao público. Não surpreende, portanto, a afirmação do ministro Ayres Britto, segundo a qual os ministros são “figuras midiáticas”⁹⁸². Tal exposição interfere no comportamento judicial.

[...], mesmo que seja correta a premissa de que o reconhecimento do direito de televisionar dá uma nova dimensão ao conceito de publicidade, não só pela ampliação do espectro de pessoas atingidas, mas também pela fidelidade com que a informação diretamente transmitida chega ao público, possibilitando maior compreensão do funcionamento do Poder Judiciário, é inegável o impacto da cobertura televisiva sobre a condução do julgamento.

Independentemente de inovações tecnológicas que possam reduzir o caráter intrusivo do aparato usado na filmagem, o fato é que a mera ciência de que o julgamento será transmitido afeta o ânimo dos jurados, dos próprios juízes togados, das partes, dos advogados e das testemunhas. A transmissão confere uma conotação de espetáculo ao julgamento, sendo certo que o drama da vida envolvido em casos criminais contribui para que isso ocorra.⁹⁸³

Em agosto de 2012, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento da Ação Penal 470, conhecida na imprensa como “Mensalão”, que tinha por objeto o suposto desvio de dinheiro público por autoridades para a compra de apoio político, com o propósito de obter a aprovação dos projetos do governo. O caso envolvia autoridades do alto escalão do governo, abrangia a prática dos mais diversos delitos, tais como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, e provocara verdadeira comoção pública na população, comparando-se a sua relevância e expressão política ao julgamento do *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello.

A distribuição do feito, por sorteio, destinara sua relatoria ao ministro Joaquim Barbosa, um ministro bastante sensível à opinião pública⁹⁸⁴. A primeira fase do julgamento se

⁹⁸² CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?*. Revista Piauí, São Paulo, n. 47, p. 34-41, ago. 2010. p. 41

⁹⁸³ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Op. cit., p. 306.

⁹⁸⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Aos que apostam na impunidade, isso acabou. Entrevista concedida a BRIGIDO, Carolina; GODOY, Fernanda; LEALI, Francisco; FADU, Sérgio. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2 set. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2007_set_02_005.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2013.

estendeu de agosto a dezembro de 2012, foi inteiramente televisionada, intensamente comentada pela imprensa e acompanhada de perto pela população⁹⁸⁵. As muitas sessões plenárias que debateram a ação registraram um relator extremamente aguerrido, convicto da responsabilidade de alguns dos réus, obstinado a conduzir até o fim um processo que já era considerado um marco na história política do país. Tais sessões registraram, ainda, um revisor que, desde os momentos iniciais do julgamento, se propusera a ser um “contraponto” ao relator, revelando, em algumas oportunidades, tendências absolutórias.

O julgamento despertou todos os estereótipos dramáticos da população, à moda das telenovelas. O ministro Joaquim Barbosa tornou-se, aos poucos, um dos homens mais populares do país. A imprensa relembra sua história, o fato de vir de uma família muito humilde, de ter enfrentado enormes dificuldades e de tê-las superado graças a seu esforço pessoal. Apresentava um homem empenhado em combater a impunidade e implacável na condenação dos delitos contra o erário público. Por toda a parte, registravam-se referências ao ministro como um herói⁹⁸⁶, um “cavaleiro disposto a enfrentar as resistências em busca de justiça”⁹⁸⁷, um “ídolo popular”⁹⁸⁸. Não havia dúvida, o relator encarnava o sentimento de indignação da população. Esta identificara-se com ele e torcia para que sua opinião prevalecesse no julgamento. Em novembro de 2012, o jornal *O Globo* reportava:

Em 2012, o Ministro Joaquim Barbosa transformou as sessões do Supremo Tribunal Federal (STF) em campeãs de audiência. Nas redes sociais, o Ministro chegou a ser comparado a um super-herói. Também foi assunto nas ruas, nas mesas de bar, nas conversas de elevador. Todo lugar era propício para o tema do momento: o julgamento do Mensalão – e, conseqüentemente, a performance do relator do processo. Uma grande parcela da sociedade criou, de uma hora para outra, uma identidade com o ministro e a defesa contundente que ele fazia de seus argumentos, que levaram à condenação de figurões por corrupção. Para alguns colegas, era muito radical. Mas sua inflexibilidade com a moralidade política conquistou corações e mentes⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ No final do ano de 2012, termo final da análise empreendida neste trabalho, o julgamento do Mensalão ainda não havia se concluído inteiramente. Contra a decisão de mérito tomada na primeira fase do julgamento, pela qual a maioria dos réus foi condenada, foram interpostos recursos que ainda aguardavam decisão.

⁹⁸⁶ DAMATTA, Roberto. Nunca lemos tanto. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 dez. 2012, p. 23.

⁹⁸⁷ DINIZ, Laura; MARQUES, Hugo. O triunfo da justiça. Os ministros do Supremo Tribunal Federal condenam os mensaleiros, denunciam a corrupção e caem nas graças dos brasileiros, carentes de referências éticas. *Veja*, ano 45, n. 41, 10 out. 2012, p. 71.

⁹⁸⁸ PEREIRA, Merval. Pós-escrito ao julgamento do Mensalão. A escolha dos heróis. In: PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 283.

⁹⁸⁹ CARVALHO, Jailton de; BRIGIDO, Carolina. Mudança no Supremo. Perfil Joaquim Barbosa. Da infância no interior de Minas para o comando do principal tribunal do país. *O Globo*, Rio de Janeiro, 22 nov. 2012, p. 8, País.

O revisor do julgamento, ao contrário, enfrentou críticas e impopularidade em razão de suas divergências com o relator. Ao final da primeira fase do julgamento, reconhecia-se que os ministros do STF deixavam para o país “um legado político”⁹⁹⁰. O Supremo Tribunal Federal tornou-se objeto da curiosidade, do orgulho e da admiração por parte da população. Segundo o antropólogo Roberto DaMatta: “Nunca lemos tanto ou fomos tão amantes do Direito como agora”⁹⁹¹. O julgamento e sua intensa cobertura aproximara o Supremo da população. A condenação de diversas autoridades superou a percepção de que a elite política estava acima das leis e de que o STF compactuava com isso. Os réus do Mensalão foram condenados pelo Tribunal e o Supremo, “absolvido” pela opinião pública.

Todo o processo do julgamento do Mensalão correspondeu a um avanço da cidadania. Até mesmo os bate-bocas ocorridos no plenário do Supremo Tribunal Federal, transmitidos ao vivo pela TV Justiça. Se quase ninguém hoje é capaz de dizer o nome de onze ministros de Estado do abarrotado gabinete ministerial de Dilma, serão poucos os brasileiros que desconhecem os ministros do Supremo. Até mesmo o grau de endeusamento a que foi elevado o relator do processo, Joaquim Barbosa, integra esse cenário de aperfeiçoamento de nossa democracia, que chegará um dia a não precisar de heróis.

No atual estágio em que nos encontramos, *é sintomático, porém, que o povo tenha escolhido seu herói entre os ministros do Supremo*, enquanto os militantes partidários tentam em vão transformar em heróis alguns dos réus condenados⁹⁹².

Ao apontarem o caminho da prisão para corruptos e corruptores, os ministros do STF deram ao Brasil o alento de que a justiça está aí para punir quem não cumpre a lei, independentemente da cor da camisa ou do colarinho. Essa percepção otimista tem levado muita gente a exprimir uma inusitada admiração pelo Supremo Tribunal – uma Corte até então distante, aparentemente inacessível à grande maioria, mas imprescindível para a democracia. *Desde que foram anunciadas as primeiras condenações dos mensaleiros, os ministros, com raras exceções, passaram a ser assediados nas ruas e a receber centenas de mensagens de apoio e solidariedade*⁹⁹³.

⁹⁹⁰ BASILE, Juliano; MAGRO, Maíra; COSTA, Raimundo. O Supremo em seu momento. *Valor*. São Paulo, p. 5-9, jul. 2012, Eu & fim de semana.

⁹⁹¹ DAMATTA, Roberto. Nunca lemos tanto. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 dez. 2012, p. 23.

⁹⁹² PEREIRA, Merval. Pós-escrito ao julgamento do mensalão: a escolha dos heróis. In: PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Op. cit., p. 287, grifou-se.

⁹⁹³ DINIZ, Laura; MARQUES, Hugo. O triunfo da justiça. Os ministros do Supremo Tribunal Federal condenam os mensaleiros, denunciam a corrupção e caem nas graças dos brasileiros, carentes de referências éticas. *Veja*, ano 45, n. 41, p. 71, 10 out. 2012, grifou-se).

O ministro Joaquim Barbosa foi homenageado por anônimos, por artistas⁹⁹⁴, recebeu o prêmio Homens do Ano de 2012, na categoria “O Justo” do ano⁹⁹⁵, e o prêmio Faz Diferença, na categoria “Personalidade 2012”⁹⁹⁶. A última edição da *Revista Veja* do mesmo ano trazia um cartão de natal com a imagem da justiça ao fundo e o título “Retrospectiva 2012. O ano da justiça. A histórica condenação à prisão de corruptos. Os ministros do Supremo foram os heróis do Brasil”⁹⁹⁷. Por fim, pesquisa divulgada em julho de 2013 pelo Instituto Datafolha indicava que 74% dos brasileiros eram favoráveis à prisão imediata dos condenados do Mensalão⁹⁹⁸, e que o ministro Joaquim Barbosa, sem sequer ter cogitado candidatar-se à presidência da República, dispunha de 13% das intenções de voto contra a candidatura do ex-presidente Lula e de 15% contra a candidatura da presidente Dilma Rousseff⁹⁹⁹. Em contrapartida, os aliados e advogados dos condenados denunciavam a pressão que estava sendo exercida pela opinião pública no caso e afirmavam que os ministros do STF haviam se deixado levar pela imprensa. Outros consideravam o Mensalão um “juízo de exceção”¹⁰⁰⁰.

Já imaginávamos que ia ter pressão, mas não imaginávamos que segmentos do Supremo seriam tão suscetíveis assim. Infelizmente, as ações do Supremo não são cercadas da austeridade exigida para uma Corte Suprema. Ministro do Supremo não é para ficar sendo aplaudido em restaurante por dar decisão contra o PT. Nos EUA, eles não podem nem tirar foto, mas aqui tem ministro do Supremo com vocação para *pop star* – disse anteontem ao *Globo* o secretário nacional de comunicação do PT.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁴ SANTOS, Joaquim Ferreira dos. Retrato do juiz em lápis de cor. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 5, 21 out. 2012, Segundo Caderno.

⁹⁹⁵ SANTOS, Joaquim Ferreira do. Ministro do STF sentiu dores nas costas e faltou a festa em homenagem aos homens que fizeram história em 2012. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 3, 07 nov. 2012. Segundo Caderno.

⁹⁹⁶ CARVALHO, Jailton de; BRÍGIDO, Carolina. Mudança no Supremo. Perfil Joaquim Barbosa. Da infância no interior de Minas para o comando do principal Tribunal do país. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 8, 22 nov. 2012, País.

⁹⁹⁷ A vitória do bem. *Veja*, ano 45, n. 52, p., 95, 26 dez. 2012.

⁹⁹⁸ COSTA, Mariana Timóteo da. Datafolha: 74% querem mensaleiros presos. Índice é semelhante até mesmo entre os que se declaram petistas. *O Globo*, p. 6, 2 jul. 2013, País. Não se obteve acesso direto à pesquisa.

⁹⁹⁹ BRUNO, Cássio; AMORIM, Sílvia. Barbosa na pesquisa. Presidente do STF diz que está lisonjeado. *O Globo*, p. 6, 2 jul. 2013, País.

¹⁰⁰⁰ SANTOS, Joaquim Ferreira do. Ministro do STF sentiu dores nas costas e faltou a festa em homenagem aos homens que fizeram história em 2012. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 3, 7 nov. 2012, Segundo Caderno.

¹⁰⁰¹ KRAKOVICS, Fernanda; LIMA, Maria. Para ministro reação do PT é “jus esperneandis”. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 9, 09 jun. 2012, O País.

As pressões eram muitas, mas vinham de todos os lados. Quando se discutia a data de início do julgamento e seu cronograma, a imprensa já denunciava a atuação de determinados grupos com o propósito de adiá-lo, quer com o fim de evitar sua ocorrência antes das eleições designadas para o mesmo ano, quer com eventual expectativa de ver os crimes prescritos. E registravam-se, aqui e acolá, referências a ministros sendo procurados por autoridades e até ameaçados¹⁰⁰².

De fato, o televisionamento e a espetacularização dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal tornam os ministros mais vulneráveis à opinião pública e à imprensa e mais sujeitos aos estereótipos, ao contágio, ao efeito cascata e às reações emocionais decorrentes da forma de atuação da mídia. Podem, ainda, ameaçar a imparcialidade dos julgadores e estimular a demagogia e a retórica judicial¹⁰⁰³. Seguramente, o Mensalão foi um fenômeno de audiência e sua cobertura atendeu a interesses empresariais e talvez também a interesses ideológicos.

Por outro lado, o televisionamento permitiu que a comunidade acompanhasse o julgamento de um caso de extrema relevância para o seu amadurecimento democrático. Gerou interesse pela compreensão do direito. Possibilitou uma aproximação entre o Supremo e a sociedade. Conquistou o apoio difuso da população, tão essencial à estabilidade institucional do STF. Impôs a transparência por parte do Tribunal¹⁰⁰⁴. Sujeitou o Supremo ao controle popular. Permitiu que o povo apoiasse os ministros e suas iniciativas¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² MENDES, Gilmar. “Intuito é trazer STF à vala comum”. Ministro critica ex-presidente Lula e fala em ação orquestrada para enfraquecer instituição. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 3, 30 maio 2012, O País; MORENO, Jorge Bastos. Celso de Mello: ação de Lula foi indecorosa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 maio 2012, O País; EXMAN, Fernando; SIMÃO, Edna, WATANABE, Marta. Encontro de Lula e Mendes mobiliza o STF e a oposição. *Valor*. São Paulo, 28 maio 2012, Política.

¹⁰⁰³ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. Op. cit., p. 353-361.

¹⁰⁰⁴ Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes alertam, contudo, para o fato de que a transparência, por parte do STF, deveria implicar sobretudo em levar a conhecimento público, e com clareza, os fundamentos que motivam as decisões judiciais, caso contrário tratar-se-ia de uma “transparência de superfície”, alimentadora de um certo “populismo judicial”. Nas palavras dos autores: “Um tribunal constitucional transparente é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade. Em suma, é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinados no debate público. Contudo, se nos perguntarmos o que o STF pensa sobre várias das questões constitucionais relevantes, dificilmente alguém saberá responder com precisão, a despeito da quantidade de decisões disponíveis na internet e de julgamentos transmitidos pela televisão”. Sobre a excessiva exposição à mídia, os autores comentam: “alguns ministros começam a aproveitar o ‘momentum’ televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada. Tornam-se celebridades, o que é perigoso. Talvez estejam produzindo, a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial. O tribunal vende uma e entrega o outro. E não percebemos” (SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A3, maio 11, 2009).

¹⁰⁰⁵ Ao analisar a relação do STF com a opinião pública, Jane Reis Gonçalves Pereira observa:

Na vida real, o que acontece com grande frequência é um processo heterogêneo e complexo em que o Judiciário constrói estrategicamente sua imagem, podendo eventualmente ceder à opinião pública e em outras vezes manter-se imune a ela. As Cortes, assim como as pessoas, agem intuitivamente e tem senso de autopreservação. Colegiados são grupos humanos, e como tais podem agir segundo um cálculo da repercussão de seus atos, alternando períodos de recolhimento com outros de maior ousadia. Os juízes podem, ainda, revezar decisões impopulares com outras que aumentam seu crédito público, num processo de equilíbrio e compensação entre perdas e ganhos, que afinal pode ser ou não bem sucedido (O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias, 30 out. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia>>. Acesso em: 7 fev. 2014).

5.15 Considerações finais

Embora a literatura atribua às Cortes Constitucionais a missão de proferir decisões contramajoritárias e apesar de os juízes que integram tais Cortes, em geral, não serem eleitos pelo voto popular, os estudos de caso desenvolvidos acima demonstram que o STF, em algumas circunstâncias, atendeu aos anseios da maioria, quando estes não foram atendidos pelas instâncias representativas. Tais estudos demonstram, ainda, que as Cortes Constitucionais têm consciência dos ônus que a tomada de decisões impopulares pode lhes gerar. Por outro lado, o apoio da opinião pública confere a uma Corte Constitucional considerável proteção para a tomada de decisões rejeitadas por grupos de interesses poderosos ou pelas instâncias majoritárias, quando estas agem em detrimento daqueles a quem deveriam representar.

O Supremo Tribunal Federal é sensível à opinião pública. Seus juízes são selecionados por um processo eminentemente político, sofrem a influência dos valores e movimentos sociais que repercutem na comunidade, preocupam-se com a credibilidade do Tribunal e com a sua própria imagem perante a população e sujeitam-se a um processo decisório que provoca uma superexposição de sua atuação ao público, em razão do televisionamento das sessões plenárias do tribunal. Esta superexposição se, por um lado, pode aproximar o Tribunal de seus jurisdicionados, por outro lado, limita a deliberação e favorece a demagogia judicial.

A opinião pública é substancialmente influenciada pela interação da população com a imprensa. Os cidadãos só conhecem os fatos que lhe são reportados e como lhe são reportados. O modo de funcionar da imprensa e os interesses empresariais a que busca atender podem ensejar coberturas parciais, incompletas, comprometidas com determinada linha editorial e gerar no público percepções distorcidas, reações emocionais e febris. Quando isso ocorre, seguir a opinião pública pode ser um erro, muito embora os juízes encontrem-se sujeitos aos mesmos mecanismos e distorções.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se investigar, com o presente trabalho, os principais fatores que interferem no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Com esse objetivo, três modelos de comportamento judicial foram examinados: o modelo legalista, o modelo ideológico e o modelo institucional. Cada qual desses modelos tem por objeto a participação de um determinado elemento na formação da convicção dos juízes – o direito, a ideologia, as instituições. As principais conclusões do estudo foram sintetizadas a seguir.

I. O MODELO LEGALISTA NO STF

De acordo com o modelo legalista de comportamento judicial, as normas, os precedentes e a dogmática tradicional são os principais fatores que determinam as decisões judiciais, cabendo ao intérprete aplicá-los de forma objetiva e neutra e declarar o direito incidente sobre o caso concreto. Muito embora o legalismo corresponda a um entendimento muito limitado sobre o que é o direito e expresse uma concepção ultrapassada na comunidade jurídica, constatou-se que ele tem um potencial explicativo importante da atuação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em sede de controle difuso da constitucionalidade.

A partir de estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas, verificou-se que aproximadamente 88% dos casos recebidos pelo STF entre 1988 e 2009 correspondiam a recursos extraordinários e a agravos contra a inadmissão de recursos extraordinários, e constatou-se que, entre meados de 2007 e 2011, esses recursos correspondiam a 78.500 feitos e dividiam-se em apenas 373 matérias diferentes. Assim, em tal período, cada decisão judicial do Supremo Tribunal Federal solucionava, em média, 210 recursos semelhantes. Ainda que a primeira decisão de cada caso paradigma manifestasse um entendimento inédito, alcançado com base em recursos não legalistas, os demais feitos idênticos eram solucionados pela reiteração de precedentes.

Por outro lado, os julgados mais polêmicos proferidos pelo STF, que lhe conferem visibilidade nos meios de comunicação e que despertam a atenção do público em geral, correspondem a um conjunto de casos notórios, nos quais o direito se encontra indefinido ou nos quais pode vir a ser alterado, circunstâncias em que tende a haver uma maior liberdade de decisão. Em razão disso, o público pode perceber o Supremo como um tribunal que atua sempre livre de limites legalistas, quando, em verdade, o grande volume de casos, ao menos no período estudado pela FGV, foi resolvido com base na reiteração de sua jurisprudência.

No que respeita às abordagens hermenêuticas não legalistas, algumas delas – como o recurso aos princípios constitucionais, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e à ponderação de valores – encontram-se bastante consolidadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e lhe garantem considerável liberdade de decisão. Tais recursos têm uma função de apoio à racionalização e à fundamentação dos julgados, mas não impedem que as decisões sejam dotadas de alto grau de subjetividade. Ao contrário, a subjetividade está presente inclusive na aplicação dos recursos legalistas, uma vez que não é possível isolar o intérprete de suas pré-compreensões ou de suas convicções éticas.

II. O MODELO IDEOLÓGICO NO STF

De acordo com o modelo ideológico de comportamento judicial, a ideologia constitui o principal fator determinante do comportamento judicial. De fato, a forma de seleção dos integrantes do Supremo Tribunal Federal – escolha pelo presidente da República e aprovação pelo Senado – atrai candidatos que combinam habilidade jurídica e capacidade de interação política. Dos últimos quinze ministros que integraram o STF, doze deles ocuparam cargos políticos no Executivo, receberam nomeações políticas para cargos do Judiciário (ingressando pelo quinto ou ascendendo ao STJ) e/ou tiveram prévia atividade político-partidária. E dois (ex)advogados-gerais da União têm atualmente assento no STF.

No entanto, uma vez empossados, raramente os ministros reconhecem que estão comprometidos com o presidente que os nomeou ou com determinado projeto político-partidário. Contudo, declaram abertamente que pretendem levar ao Supremo a sua visão do mundo, que pretendem defender no Tribunal as suas ideias e a sua percepção do que é justo. Embora refutem uma vinculação partidária, não negam um compromisso com a afirmação de seus próprios valores e, portanto, com uma agenda ideológica pessoal que pode ser convergente com interesses partidários.

Nessa linha, o *background* dos magistrados pode oferecer indicações valiosas sobre como decidirão determinados casos. O gênero, a orientação sexual, as experiências de vida, a história profissional, a afinidade com determinados grupos, a religião, a vinculação a movimentos sociais, a filiação ou a interação com determinados partidos políticos são responsáveis pela internalização de valores e de pontos de vista que influenciam a forma como os magistrados compreendem e avaliam os casos que são levados a julgamento. Quem já foi discriminado é mais sensível ao preconceito. Juízes que atuaram como advogados criminalistas tendem a ter uma visão favorável aos direitos de defesa do réu. Magistrados egressos de órgãos de acusação penal podem apresentar uma postura mais condenatória etc.

De fato, o exame dos votos dos ministros do STF confirma o esforço empreendido por alguns deles para influenciar o desenvolvimento do direito constitucional em determinada direção. São exemplo disso as ideias progressistas defendidas pelo ministro Ayres Britto, em matéria de direitos fundamentais; a inovação das técnicas sobre controle de constitucionalidade, pelo ministro Gilmar Mendes, com propostas que ampliam ou concentram poderes no Supremo; a reiteração do discurso de combate ao *status quo* e de defesa da moralidade administrativa, pelo ministro Joaquim Barbosa, por mais diversas que sejam as questões tratadas em suas decisões.

Observou-se, ainda, que a elaboração de votos e a atuação de um ministro em uma sessão pública (e televisionada) de julgamento podem constituir meios de comunicação e de justificação perante grupos que lhes são caros, como a família, os colegas de profissão, a academia e grupos religiosos e ideológicos, cujas opiniões, conseqüentemente, influenciarão seus entendimentos. O STF funciona como espaço de construção e de afirmação de identidades sociais por seus ministros, aspecto que reforça a influência de tais identidades sobre o comportamento judicial.

III. O MODELO INSTITUCIONAL NO STF

As instituições correspondem a organizações ou a estruturas sociais permanentes, identificáveis por seus códigos de valores e por suas normas; bem como às regras, formais ou informais, aos esquemas cognitivos, aos símbolos e aos padrões que definem os significados atribuídos às ações humanas e aos eventos. A tendência a uma abordagem legalista ou à projeção das preferências ideológicas dos juízes sobre suas decisões encontra limite ou reforço em uma profusão de elementos institucionais inerentes ao ambiente judicial e ao universo político brasileiro.

ASPECTOS INSTITUCIONAIS INTERNOS

O ESTILO DOS VOTOS

A formação jurídica comum, a bibliografia prestigiada pela comunidade jurídica e a interação no Judiciário são responsáveis pela introjeção pelos magistrados de valores e de comportamentos reconhecidos como legítimos em tais ambientes. A necessidade de fundamentar as decisões com base em argumentos jurídicos (e não com base em argumentos estritamente políticos ou subjetivos) é um exemplo disso. O recurso a argumentos legalistas constitui uma referência reconhecida como válida no âmbito da comunidade jurídica e entre

os cidadãos comuns e, por isso, é bastante utilizado na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tais decisões são predominantemente movidas por razões políticas.

Por outro lado, em virtude do amplo rol de normas constitucionais de caráter principiológico e do caráter compromissório da Constituição de 1988, muitas são as questões que podem ser reconduzidas a princípios constitucionais ou ao conflito entre eles, abrindo-se ao intérprete a possibilidade de atuar de forma estratégica, de maximizar o rol de causas a serem julgadas com base em argumentos não legalistas e, portanto, de atuar com maior liberdade decisória.

Os votos proferidos pelos ministros geralmente refletem a tendência da maioria dos membros do STF a uma abordagem maximalista e academicista. Tais votos, em geral, não se limitam à solução da demanda ou às justificativas necessárias para legitimá-la. Ao contrário, trazem múltiplas alusões a temas conexos, a trabalhos acadêmicos, a estudos científicos, ao direito estrangeiro e até mesmo a obras literárias, revelando uma valorização à demonstração de saber que pode ser produto de inclinações beletristas, reforçadas pela raiz romano-germânica do direito brasileiro e/ou pelo processo de educação e de seleção dos juízes, baseado na demonstração de conhecimento abstrato e teórico exaustivo sobre os temas que lhes são postos.

As decisões do Supremo Tribunal Federal são, ainda, repletas de referências ao direito internacional e ao direito estrangeiro, sobretudo em matéria de direitos humanos, fenômeno que se tem denominado cosmopolitismo judicial. Contribuem para o cosmopolitismo judicial (além de possíveis influências beletristas) a valorização do direito internacional pelo texto da Constituição, a crença de que a incorporação de pontos de vista estrangeiros ao debate permite a identificação de consensos globais e presta-se a enriquecer o processo argumentativo e/ou o fato de que diversos institutos utilizados em matéria constitucional têm origem estrangeira.

A MERA AGREGAÇÃO DE VOTOS E A SUPEREXPOSIÇÃO DOS MINISTROS À MÍDIA

O processo colegiado de decisão do Supremo Tribunal Federal é agregativo e externo. As decisões proferidas pelo Tribunal não resultam de um processo deliberativo, tampouco representam o entendimento do STF como instituição. Ao contrário, os julgados correspondem ao somatório das conclusões dos votos individuais de cada um dos ministros. A mera agregação de votos desconsidera o valor do processo colegiado como forma de confrontar os juízes com diferentes pontos de vista e de evitar que decidam aprisionados por sua própria subjetividade. A abertura a visões e a posições diferentes, o enfrentamento de tais

posições e a construção de uma solução comum e institucional são essenciais para que as decisões sejam tomadas considerando-se o conjunto mais amplo de argumentos.

As sessões de julgamento do pleno do STF são, ainda, públicas e televisionadas em tempo real, particularidade que expõe a atuação dos ministros à comunidade e que os torna mais preocupados com seu desempenho individual, dificultando a troca de opiniões e a reconsideração de entendimentos.

Além disso, o processo decisório do Supremo Tribunal Federal limita a proclamação do resultado do julgamento ao dispositivo da decisão. Não se define, na mesma oportunidade, a tese jurídica aceita pela maioria. As ementas dos acórdãos nem sempre são fiéis ao que restou decidido e refletem, em alguns casos, posições pessoais do relator. Consequentemente, o conhecimento das razões de decidir do Tribunal demanda a leitura de acórdãos que reúnem votos de todos os ministros e que podem somar centenas de páginas.

Essas particularidades comprometem a compreensão dos julgados e sua força como precedentes judiciais, na medida em que se transfere para as demais instâncias e para os jurisdicionados a difícil tarefa de descobrir as razões de direito adotadas pelo STF. A associação de uma Constituição extensa, analítica e abrangente a um processo decisório com tais características é inibidora da participação da comunidade na definição do conteúdo das normas constitucionais e limita o desenvolvimento de uma cultura de respeito à Constituição.

A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DOS MINISTROS

As normas que regem o processo colegiado de decisão no Supremo Tribunal Federal abrem para os ministros diversas oportunidades de atuação estratégica. São exemplo dessas oportunidades: i) a aferição do requisito de repercussão geral; ii) a invocação da jurisprudência defensiva do Tribunal para rejeitar a apreciação do recurso extraordinário (i.e., em caso de simples reexame de prova, de ofensa a direito local, de matéria não prequestionada); iii) o não exame do pedido de medida cautelar (ou seja, seu indeferimento tácito); iv) a não liberação da ação, pelo relator, para inclusão em pauta (de forma a aguardar composição plenária ou momento político mais favorável); v) o alongamento do processamento da causa, através da produção de prova, da realização de audiência pública ou da admissão de *amicus curiae*; vi) a não inclusão do feito em pauta, pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, após requerimento do relator; vii) a suspensão e postergação do julgamento, em razão de pedido de vista dos autos por qualquer dos ministros; e viii) a não exposição, por um ministro, de seu verdadeiro entendimento sobre uma matéria, por não acreditar que obterá a adesão da maioria, e/ou a exposição de entendimento com o qual não

concorda plenamente, com o objetivo de levar o colegiado a aprovar a decisão que seria a segunda melhor opção (*second best decision*), à luz de suas convicções, e que tem melhores chances de convencimento dos demais ministros.

A REAÇÃO AO CORDIALISMO E AO PATRIMONIALISMO

Por fim, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal bate-se contra dois traços fortemente enraizados na cultura brasileira: o patrimonialismo e o cordialismo, características que ensejam modos de proceder em desacordo com o tratamento impessoal que deveria ser observado no âmbito do Poder Público. O reconhecimento da inconstitucionalidade do nepotismo, pelo STF, teve um importante conteúdo simbólico de ruptura com os referidos fenômenos. Entretanto, estes têm um alcance muito mais amplo na vida pública brasileira, podendo provocar a personalização das relações profissionais, a ação das autoridades com base em uma “lógica do afeto” ou da “troca de favores” e a conseqüente confusão entre o público e o privado. Tais aspectos foram tão absorvidos pela colonização brasileira que, por vezes, podem dar ensejo a atitudes involuntárias, e até mesmo consideradas “naturais” pela comunidade jurídica, que interferem no comportamento judicial.

ASPECTOS INSTITUCIONAIS EXTERNOS AO JUDICIÁRIO

Examinou-se, ainda, a interação entre o Supremo Tribunal Federal e algumas instituições que lhe são externas, como o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a opinião pública e a imprensa, demonstrando-se que o relacionamento com tais agentes pode ensejar comportamentos institucionais sinceros e comportamentos estratégicos.

STF, EXECUTIVO E LEGISLATIVO

No que respeita ao Poder Executivo, os casos analisados mostraram um Supremo Tribunal Federal bastante alinhado com as expectativas desse poder, quando invocados argumentos relacionados à “governabilidade” ou às “consequências econômicas” decorrentes de suas decisões. Esses argumentos parecem provocar uma atitude de autocontenção por parte do STF. Por outro lado, observou-se que o acolhimento de tais alegações pode dar margem a excessos e surpreender injustamente os jurisdicionados, sobretudo quando tais questões são enfrentadas de forma abstrata e teórica pelo Tribunal, sem grande aprofundamento, sem demonstração do real prejuízo para a governabilidade ou para a economia em concreto.

Já a análise da interação entre o STF e o Congresso Nacional flagrou um Legislativo inerte na regulamentação de certos direitos constitucionais e omissivo na correção de falhas do

processo democrático. Os casos apreciados sugerem que o avanço do Supremo Tribunal Federal sobre o campo do Legislativo, algumas vezes criticado por parlamentares e acadêmicos, constituiu, em alguma medida, uma consequência da inação do legislador. Em alguns de tais casos, há indícios, ainda, de que o STF possibilitou, com a sua atuação, o desbloqueio da apreciação de matéria de interesse da maioria da população, como no julgamento em que afirmou o dever de fidelidade partidária e nos casos sobre o direito de greve e o direito ao aviso prévio proporcional.

As ações examinadas indicaram também que, nas situações de alinhamento de interesses entre o Legislativo e o Executivo, sobretudo quando atingidos os cofres públicos, a vontade desses poderes tendeu a prevalecer, no longo prazo, através da edição de emendas constitucionais superadoras das decisões do STF. Constatou-se, de fato, que tais poderes dispõem de considerável força política para fazer preponderar a sua vontade em face das decisões do Supremo.

Verificou-se, contudo, que tal força é moderada naquelas situações em que as decisões proferidas pelo Supremo foram apoiadas pela maioria da comunidade, como no caso em que se afirmou o dever de fidelidade partidária, aprovado por 52% da população, segundo pesquisa de opinião realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - IBOPE; e naquele em que se negou a extensão do foro especial a ex-exercentes de cargo ou mandato, medida apoiada por 79% da população, segundo pesquisa contratada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Como já observado, a melhor proteção do STF contra os representantes do povo é o próprio povo.

STF E OPINIÃO PÚBLICA

Diversos mecanismos institucionais induzem o Supremo Tribunal Federal a alinhar suas decisões à opinião pública. Destacam-se, entre eles, além do critério político de seleção dos seus membros, o fato de que os ministros se submetem às mesmas influências ideológicas e sociais experimentadas pela comunidade, a preocupação em preservar a legitimidade e a credibilidade do Tribunal, a pressão exercida pela opinião pública, a preocupação dos ministros com a própria imagem, esta última agravada pela excessiva exposição ao público, em virtude do televisionamento das sessões plenárias.

Mas nem só de decisões populares vive uma Corte Constitucional. Em alguns casos apreciados neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal desempenhou efetivamente um papel contramajoritário na defesa de direitos individuais e de direitos políticos e, eventualmente, teve de suportar as críticas decorrentes de contrariar as expectativas (e os estereótipos) da

maioria da comunidade. Nesses casos, defendeu sua atuação com base no esclarecimento de que constitui aspecto inerente à função do Tribunal a missão de defender tais direitos inclusive em face de maiorias eventuais.

No entanto, nenhum poder é capaz de se manter em conflito com a maioria por muito tempo e os ministros têm consciência dos ônus de contrariar a opinião pública. Por isso, a produção de decisões contramajoritárias em casos de repercussão é um recurso a ser usado com parcimônia. E o respeito a tais decisões depende, em parte, da credibilidade e da confiança conquistadas por uma Corte Constitucional em sua trajetória.

STF E IMPRENSA

Um último agente institucional externo mereceu a atenção do trabalho: a imprensa. Os meios de comunicação de massa constituem um poderoso intermediário entre o Poder Público e a população. Os fatos que chegam ao conhecimento da comunidade são os fatos selecionados pela mídia e apresentados de acordo com a sua versão. A opinião pública não necessariamente emerge de forma espontânea das pessoas. Ao contrário, pode resultar de um processo de “animação social” voltado ao atendimento de interesses empresariais ou à promoção de objetivos políticos. Também por isso a opinião da imprensa pode se tornar mais relevante do que a própria opinião da maioria. A mídia pode influenciar de forma determinante a percepção da sociedade sobre determinada questão levada a julgamento, sobre a atuação do STF ou sobre os seus ministros.

O Supremo Tribunal Federal julga casos de grande relevo para a nação, muitos com apelo ao “sensacional”. A forma pela qual as reportagens sobre seus julgamentos são produzidas, os estereótipos que elas evocam e a reiteração das mesmas matérias podem gerar uma espécie de “contágio mental” entre os cidadãos e comprometer a formação de convicções próprias, racionais e despidas de preconceito sobre as questões noticiadas. Basta recordar o julgamento do Mensalão (Ação Penal 470).

A intensa cobertura do caso aproximou o Supremo Tribunal Federal da sociedade. Gerou interesse pelo direito. Assegurou a transparência do processo. Permitiu que o público apoiasse os ministros com os quais concordava. No entanto, a experiência com o julgamento do Mensalão mostrou também que o televisionamento das sessões plenárias, o modo de atuação dos meios de comunicação de massa e a espetacularização dos julgamentos do STF tornam os seus membros mais vulneráveis a pressões por parte da opinião pública e da imprensa, sujeitam-nos ao contágio e às reações emocionais decorrentes das campanhas midiáticas, podem ameaçar a imparcialidade dos julgadores e estimular o populismo judicial.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, David S.; BERTRAND, Marianne; MULAINATHAN, Sendhil. Do judges vary in their treatment of race? *Journal of Legal Studies*, Filadélfia, v. 41, n. 2, p. 347-383, jun. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1800840###>. Acesso em: 26 set. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-212.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Quando a unanimidade não esclarece. *Valor*, São Paulo, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/quando-a-unanimidade-nao-esclarece>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart. Politics and the Judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, Filadélfia, v. 24, n. 2, p. 257, jun. 1995. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=facpub>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BAILEY, Michael; CHANG, Kelly H. Comparing presidents, senators and justices: interinstitutional preference estimation. *Journal of Law, Economics, and Organization*, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 477, 2001.

BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. *Constitutional interpretation: the basic questions*. Nova York: Oxford University, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o supremo. *Consultor Jurídico*, [online], 26 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opiniao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2011: direito constitucional e Supremo Tribunal Federal, um ano para não esquecer. *Blog do Luis Roberto Barroso*, Rio de Janeiro, [2011]. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2012.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Blog do Luis Roberto Barroso*, Rio de Janeiro, [200-?]. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012. p. 33.

_____. Direito e política: a tênue fronteira. *Blog do Luis Roberto Barroso*, Rio de Janeiro, [200-?]. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Direito-e-Politica_A-tenue-fronteira_Época.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

_____. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Blog do Luis Roberto Barroso*, Rio de Janeiro, [200-?]. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Relatório-Reforma-Politica-OAB.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A revolução da brevidade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 jul. 2008.

_____. *Prerrogativa de foro de ex-ocupante do cargo de presidente do Banco Central do Brasil*. Inobservância, por decisão judicial, de diploma legal julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nulidade da sentença e cabimento de reclamação. Mimeografado.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988 (uma breve e acidentada história de sucesso). In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 1. p. 3-48.

_____. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3. p. 3-59.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. *Consultor Jurídico*, [online], 28 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09 out. 2012.

BASILE, Juliano; MAGRO, Maíra; COSTA, Raymundo. O Supremo em seu momento. *Valor*, São Paulo, p. 5-9, jul. 2012. Eu & Fim de Semana.

BASILE, Juliano. Peluso propõe esforço concentrado para julgar mensalão neste ano. *Valor*, São Paulo, p. A6 19, abr. 2012, Política.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008.

_____. *The Supreme Court*. 9. ed. Washington: CQ Press, 2007.

BENESH, Sara C.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court Justice-centered judicial databases: the Warren, Burger, and Rehnquist Courts 1953-2000*. East Lansing: Michigan State University, 2003. Disponível em: <<http://artsandsciences.sc.edu/poli/juri/flpdcodexbk.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.

BIKHCHANDANI, Sushil; HIRSHLEIFER, David; WELCH, Ivo. Learning from the behavior of others: conformity, fads, and informational cascades. *Journal of Economic Perspectives*, [S.l.], v. 12, n. 3, 1998, p. 151.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_dimensao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. Saint Paul: West Publishing, 1990.

BOBBITT, Philip. *Constitutional fate: theory of the constitution*. Nova York: Oxford University, 2006.

BON, Gustave. *Psicologia das multidões*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORK, Robert. The Constitution, original intent and economic civil rights. *San Diego Law Review*, San Diego, n. 23, 1986. p. 823.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Nova York: Cambridge University, 1995.

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. Nova York: Cambridge University, 2009.

BRÍGIDO, Carolina. Faltou clima. STF desiste de julgar ação que tiraria do CNJ poder de investigar e punir magistrados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 set. 2011. O País, p. 3.

_____. No país da impunidade, STF em crise não consegue decidir sobre punição a juízes. Reação da opinião pública impede tribunal de retirar poderes do CNJ. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 1, 29 set. 2011.

_____. Juízes lançam campanha pelo fim do foro privilegiado. *O Globo*, Rio Janeiro, 07 jul. 2007. O País, p. 10. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=mostranoticia&mat_id=9118>. Acesso em: 08 jun. 2013.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O papel do novo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, Paraíba, n. 8, p. 22, jul./dez. 2010. Transcrição de palestra proferida em 21 de maio de 2010, no I Encontro Técnico dos Tribunais de Contas do Norte e Nordeste do Brasil.

_____. Em nome da Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, [online], 5 abr. 2006. Entrevista concedida a Maurício Cardoso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario_nao_governa_ele_governa_quem_governa>. Acesso em: 17 ago. 2012.

_____. Não vou aderir cegamente às teses do governo, avisa. *Estado de Minas*. Belo Horizonte, 07 maio 2003. Entrevista concedida a José Andrade. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/AyresBritto/Entrevistas/2003_maio_07.pdf>. Acesso em 25 maio 2012.

BRUNO, Cássio; AMORIM, Silvia. Barbosa na pesquisa. Presidente do STF diz que está lisonjeado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2 jul. 2013, O País, p. 6.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, [Washington], v. 82, p. 1109-1127, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Nova York: Dover Publications, 2005.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, [Curitiba], v. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Jailton de; BRÍGIDO, Carolina. Mudança no Supremo. Perfil de Joaquim Barbosa. Da infância no interior de Minas para o comando do principal tribunal do país. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 8, 22 nov. 2012.

CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, quosque tandem?. *Revista Piauí*, São Paulo, n. 48, p. 34-41, ago. 2010.

_____. *Data venia*, o Supremo. *Revista Piauí*, São Paulo, n. 47, p. 36-46, ago. 2010.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

CORAM, Bruce Talbot. Second best theories and the implications for institutional design. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University, 1995. p. 90-102.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Mariana Timóteo da. Datafolha: 74% querem mensaleiros presos. Índice é semelhante até mesmo entre os que se declaram petistas. *O Globo*, 2 jul. 2013, O País, p.6.

COX, Adam; MILES, Thomas. Judging the voting rights act. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/Cox_Judicial_Decisionmaking.pdf>. Acesso em: 26 set. 2013.

CROSS, Frank B. Decision making in the U.S. circuit Courts of Appeals. *California Law Review*, [Berkeley], v. 91, p. 1459, 2003.

CROSS, Frank B.; NELSON, Blake J. Strategic institutional effects on Supreme Court decisionmaking. *New York University Law Review*, [New York], v. 95, p. 1437, 2001.

CROSS, Frank P.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistleblowing on the Federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, [New Haven], v. 107, p. 2155, 1998.

CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: A case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, [Chicago], v. 92, p. 251-326, 1997.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, [Atlanta], v. 6, p. 279, 1957.

DAMATTA, Roberto. Nunca lemos tanto. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 23, 5 dez. 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEBORD, Guy. *Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

_____. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE PAULA, Luiz Fernando. Preferência pela liquidez e a natureza da “crise” brasileira. In: Associação Keynesiana Brasileira. *Dossiê da crise*. [S.l.: s.n], 2008. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb/dossie-crise.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2013. p. 63-69.

DEUTSCH, Jan G. Neutrality, legitimacy, and the Supreme Court: some intersections between law and political science. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 20, p. 169, jan. 1968.

DINIZ, Laura; MARQUES, Hugo. O triunfo da justiça. Os ministros do Supremo Tribunal Federal condenam os mensaleiros, denunciam a corrupção e caem nas graças dos brasileiros, carentes de referências éticas. *Veja*, São Paulo, ano 45, n. 41, p. 71, 10 out. 2012.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Minha fé nunca interferiu nos julgamentos, diz Direito. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 set. 2007. Entrevista concedida a Eliane Catanhêde e a Silvana de Freitas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MenezesDireito/Entrevistas/002_2007_SET_02.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EGAN, Patrick J.; CITRIN, Jack. Opinion leadership, backlash, and delegitimation: supreme court rulings and public opinion. *Social Science Research Network*, [Rochester], ago. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1443631>>. Acesso em: 27 set. 2013.

EASTON, David. A re-assessment of the concept of popular support. *British Journal of The Politics Science*, [West Nyack], n. 5, p. 435, 1975.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision-making. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, v. 151, p. 1639-1689, 2003.

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University, 2007.

ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986. p. 1-33.

ELY, John Hart. *A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1995.

EPSTEIN, Lee et al. Do political preferences change: a longitudinal study of U.S. Supreme Court justices. *Journal of Politics*, [West Nyack], v. 60, n. 3, p. 801-818, ago. 1988.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. [S.l.: s.n., 1995]. Disponível em:
<<http://epstein.usc.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew A. The Supreme Court as a strategic national policy-maker. *Emory Law Journal*, [Atlanta], v. 50, p. 583, 2001.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *The role of the Supreme Court in American Society: playing the reconstruction game*. Washington: CQ Press, 1995.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. Law as equilibrium. *Harvard Law Review*, [Cambridge], v. 108, p. 26-108, 1994.

ESKRIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions. *Yale Law Journal*, [New Haven], v. 101, p. 331, 1991.

_____. Overruling statutory precedents. *Georgetown Law Journal*, [Washington], v. 76, p. 1361-1435, abr. 1988.

EXMAN, Fernando; SIMÃO, Edna; WATANABE, Marta. Encontro de Lula e Mendes mobiliza o STF e a oposição. *Valor*, São Paulo, 28 maio 2012. Política.

FALCÃO, Joaquim et al. *II Relatório o Supremo em números: o supremo e a federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013.
Disponíveis em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios>>. Acesso em: 10 nov. 2013

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I relatório supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

FARHANG, Sean; WAWRO, Gregory. Institutional dynamics on the U.S. Court of Appeals: minority representation under panel decision-making. *Journal of Law, Economics and Organization*, [New Haven], v. 20, p. 299, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Org.). *Constitutional Justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Disponível em:
<<http://books.google.com.br/books?id=9eoyGt-fFmYC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=Constitutional+Courts+as+deliberative+institutions:+to>

wards+institutional+theory+of+constitutional+justice&source=bl&ots=IfbgJ68bUm&sig=3IS_S_CICs_rOyFicT56KZAHvn7A&hl=pt-BR&sa=X&ei=sypwUNXpKtLW0gH9j4D4Bg&ved=0CCUQ6AEwAA#v=onepage&q=Constitutional%20Courts%20as%20deliberative%20institutions%3A%20towards%20institutional%20theory%20of%20constitutional%20justice&f=false>. Acesso em: 5 out 2012.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANK, Jerome. Are judges human?. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Nova Jersey: Princeton University, 1949. p. 146-156.

_____. Psychological approaches. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Nova Jersey: Princeton University, 1949. p. 157-164.

_____. Justice and emotions. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Nova Jersey: Princeton University, 1949. p. 405-415.

_____. Reason and unreason: ideals. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Nova Jersey: Princeton University, 1949. p. 427-430.

FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johanna. Folha de São Paulo. Jornal da ciência, [online, 201-?]. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=54607>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936): obras completas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. Psicologia de grupo e a análise do ego. In: FREUD, Sigmund. *Além do princípio de prazer, psicologia de grupo e outros trabalhos (1920-1922): obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the constitution*. Nova York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

_____. Taking law seriously. *Perspectives on Politics*, [New York], v. 4, p. 261, 2006.

_____. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, [Austin], v. 84, p. 257, 2005.

_____. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, [Cincinnati], v. 72, p. 1257, 2004.

FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 101, p. 2596, 2003.

FUX, Luiz. Setenta anos de história & memória da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1935-2005). *Diretório UERJ*, [online, 2005]. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in American democracy: Unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. *Journal of Politics*, [West Nyack], v. 70, p. 293-306, 2008.

GOODIN, Robert E. *Institutions and their design*. Nova York: Cambridge University, 1995.

GOFFMAN, Irving. *The presentation of self in everyday life*. Nova York: Double Day, 1959.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Enganou-se quem esperava um negro submisso no STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A 16, 25 ago. 2008. Brasil. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2008_ago_25.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

_____. Aos que apostam na impunidade, isso acabou. Entrevista concedida a BRÍGIDO, Carolina; GODOY, Fernanda; LEALI, Francisco; FADUL, Sérgio. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2 set. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2007_set_02_005.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. Vivi muita pobreza até os 17 anos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 08 maio 2003. Nacional, p. A9. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2003_maio_08_002.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.

GRAU, Eros Roberto. Novo ministro do STF defende Estado mais forte na economia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A12, 28 jun. 2004. Entrevista concedida a Valdo Cruz e Silvana de Freitas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/Entrevistas/2004_jun_28.pdf>. Acesso em: 27 maio 2012.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 88*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, [São Paulo], n. 10, p. 44-54, jan. 2004.

GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. *Harvard Law Review*, [Cambridge], v. 79, p. 1551, 1966.

GUERRERO, Cesar. As orgias de Glória Trevi. Acusada de abuso sexual, corrupção de menores e sequestro, cantora mexicana foge para o Brasil. *Isto É Gente*, [S.l.], 06 dez. 1999. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoegente/18/reportagens/rep_gloria.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

GUERREIRO, Gabriela. CNBB defende indicação de Toffoli para o STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 29 nov. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u630895.shtml>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C.R. Political science and three new institutionalisms. *Political Studies*, [Oxford], v. 44, p. 936, 1996.

HAMILTON, Alexander. The Federalist No. 78: The Judiciary department. *Independent Journal*, [S.l.], 14 June 1788 Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2012.

HARMON-JONES, Ed. An update on cognitive dissonance theory, with a focus on the self. In: SULLS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Washington: American Psychological Association, 2000. p. 119-145.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 2003.

HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: HESSE, Konrad et al. *Escritos de derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stephanie A.; MARTINEK, Wendy L. Separate opinion writing on the United States Courts of Appeals. *American Politics Research*, [S.l.], v. 31, p. 215, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, [Cambridge], v. 10, n. 457, p. 461, 1897.

HOWARD, Robert M.; SEGAL, Jeffrey A. An original look at originalism. *Law and Society Review*, [Beverly Hills], v. 36, n. 1, p. 113-134, 2002.

IWASSO, Simone. 75% dos brasileiros apoiam o uso de células-tronco, diz Ibope. *Estadão*, São Paulo, 04 mar 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,75-dos-brasileiros-apoiam-uso-de-celulas-tronco-diz-ibope,134474,0.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

KEHL, Maria Rita. Muito além do espetáculo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Muito além do espetáculo*. São Paulo: Ed. Senac, 2004. p. 234-253.

KENNEDY, Duncan. Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology. *Journal of Legal Education*, [Durham, N.C.], v. 36, p. 518, 1996.

KIM, Pauline T. Deliberation and strategy on the United States Courts of Appeals: an empirical exploration of panel effects. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, v. 157, p. 1319, 2009.

KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. *The Journal of American History*, [Bloomington], v. 81, n.1, p. 81, jun.1994.

KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing rights and duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova York: Oxford University, 2006. p. 161-214.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, [Berkeley], v. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993.

KRAKOVICS, Fernanda; LIMA, Maria. Para ministro reação do PT é “jus esperneandis”. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 jun. 2012, O País, p. 9.

KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “interesse do homem”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. *Social Science Research Network*, [Rochester], 12 Jan. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1984060>>. Acesso em: 27 set. 2013. p. 11.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, Matheus. A justiça zen. *Época*, [Rio de Janeiro], 6 nov. 2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI16091-15223,00-A+JUSTICA+ZEN.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. *University of Chicago Law Review*, [Chicago], v. 62, p. 943, 1995.

LEVY, Richard E.; SOMEK, Alexander. Paradoxical Parallels in the American and German abortion decisions. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, [New Orleans], v. 9, p. 109, 2001.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito – um problema da teoria constitucional da democracia. *Revista Jurídica da FIC*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 9-22, jan./jun.2006.

LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MALTZ, Earl. The nature of precedent. *North Carolina Law Review*, [Chapel Hill], v. 66, p. 367-392, jan. 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Inglaterra: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-517.

MARSHALL, Thomas R. *Public opinion and the Rehnquist Court*. Nova York: State University of New York, 2008.

_____. *Public opinion and the Supreme Court*. Boston: Unwin Hyman, 1989.

MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. *Journal of Law, Economics, and Organization*, [S.l.], v. 23, p. 365, 2007.

MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; EPSTEIN, Lee. The median justice on the United States Supreme Court. *North Carolina Law Review*, [Chapel Hill], v. 83, p. 1275, 2005.

MARTIN, Andrew D. et al. Competing approaches to predicting Supreme Court decision-making. *Perspectives on Politics*, [New York], v. 2, p. 761, 2004.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Lei da “Ficha Limpa”, uma responsabilidade prospectiva? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 87, [201-?].

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MCGINNIS, John O. The spontaneous order of war powers. *Case Western Reserve Law Review*, [Cleveland], v. 47, p. 1317, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1997.

MELLO, Marco Aurélio. Competência: palavra que melhor resume o nosso ministro do Supremo Tribunal Federal. *Jornal da Cidade*, Sergipe, 7 out. 2003. Suplemento especial. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2003_out_07.pdf>. Acesso em 29 mar. 2012.

MELLO, Marina. Toffoli se diz a favor de união entre homossexuais. *Notícias Terra*, [online], 30 set. 2009. Disponível em:

<<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4012545-EI7896,00->

[Toffoli+se+diz+a+favor+de+uniao+entre+homossexuais.html](http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4012545-EI7896,00-Toffoli+se+diz+a+favor+de+uniao+entre+homossexuais.html)>. Acesso em: 03 ago. 2012.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes (o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação. racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Intuito é trazer STF à vala comum. Ministro critica ex-presidente Lula e fala em ação orquestrada para enfraquecer instituição. *O Globo*, Rio de Janeiro, 30 maio 2012. O País, p. 3.

_____. Entrevista concedida a Andre Dusek. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A8, 04 mar. 2012. Nacional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2012_mar_04.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. Entrevista concedida a Ruy Barata Neto. *Brasil Econômico*, São Paulo, 13 jun. 2011. Justiça. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2011_jun_13.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. O aparato policial do Estado hoje está fora do controle. *Folha de São Paulo*, São Paulo, n. 29030, p. A18, 29 set. 2008. Entrevista concedida a Andréa Michael e Felipe Seligman. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2008_set_29.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. Temos uma das cortes mais abertas do mundo. *Zero Hora*. Porto Alegre, 28 set. 2007. Entrevista concedida a Carolina Bahia. Disponível em: <<http://doutoraresponde.blogspot.com/2008/07/caso-dantas-e-posio-do-ministro-gilmar.html>>. Acesso em: 21 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2010_abr_15.pdf>. Acesso em 02 abr. 2012.

_____. Colecionador voluntário de controvérsias. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 17139, 22 abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2010_abr_15.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. Não me arrependo de nada. Estou em paz. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A 10, 15 abr. 2010, Nacional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2010_abr_15.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Entrevista concedida a Fausto Macedo, Felipe Recondo e Mariangela Gallucci. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 15 abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2010_abr_15.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. Vou defender minhas posições. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 10, 26 maio 2002. Entrevista concedida a Gustavo Krieger. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2002_m aio_26.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. Gilmar Mendes defende contribuição de inativos. *Diário do Nordeste*, Fortaleza, Ceará, 01 fev. 2000. Nacional. Disponível em:

<<http://diariodonordeste.globo.com/2000/02/01/010010.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*, [S.l.], n. 23, p. 475, dez. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILES, Thomas J.; SUSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron. *University of Chicago Law Review*, [Chicago], v. 73, p. 823, 2006.

MILES, Thomas J.; SUSTEIN, Cass R. The new legal realism. Chicago: University of Chicago, 2007. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283##>. Acesso em: 26 set. 2013.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 88, n.4, p. 723-773, maio 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 85-148.

MORENO, Jorge Bastos. Celso de Mello: ação de Lula foi indecorosa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 maio 2012. O País.

MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “tempo real”*: o fetiche da velocidade. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PAZELLO, Ricardo P.; MASO, Tchenna F.; KOBORA, Igor Augusto L. Entre antropologia e direito: perplexidades no ensino jurídico. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 71-87, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Entrevista concedida ao blog Os Constitucionalistas. *Estado de Direitos*, [online], ago. 2014. Disponível em: <<http://estadodedireitos.com/>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

_____. O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. *Os Constitucionalistas*, [blog online], 30 out. 2012. Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinioao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias>>. Acesso em 7 fev. 2014.

_____. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 167-206.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMAN, Chaïm, Maria Ermantina de A. P. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

PEREIRA, Merval. Pós-escrito ao julgamento do mensalão. A escolha dos heróis. In: PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PERESIE, Jennifer. Female judges matter: gender and collegial decision-making in the federal Appellate Courts. *Yale law journal*, [New Haven], v. 114, n. 7, may 2005. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/note/female-judges-matter:-gender-and-collegial-decision-making-in-the-federal-appellate-courts/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

PERNIOLA, Mario. Cena e violência. In: NOVAES, Adauto. *Muito além do espetáculo*. São Paulo: Senac, 2004.

PETTIT, Philip. Institutional design and rational choice. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Nova York: Cambridge University, 1996. p. 54-89.

PINELLO, Daniel R. Linking party to judicial ideology in American courts: a meta-analysis. *Justice System Journal*, [Denver], v. 20, p. 219, 1999.

POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008.

_____. A political court. *Harvard Law Review*, [Cambridge], v. 119, p. 41, 2005.

_____. What do judges maximize? (the same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, [New York], v. 3, p. 1, 1993.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a political practice. *Fordham Law Review*, [New York], n. 75, p. 545, 2006-2007.

PRITCHETT, C. Herman. *Congress versus the Supreme Court: 1957-1960*. Minneapolis: University of Minnesota, 1961.

PRITCHETT, C. Herman. *The Roosevelt Court: a study in judicial politics and values, 1937-1947*. Nova York: The Macmillan Company, 1948.

QUINN, Kevin M.; MARTIN, Andrew D. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. *Journal of Law, Economics, and Organization*, [S.l.], p. 1, 11 maio 2007. Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/files/prefchange.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

RECONDO, Felipe. Liminar do STF esvazia poder do CNJ para investigar juízes. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 dez. 2011.

REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. *Virginia Law Review*, [Charlottesville], v. 83, p. 1717, 1997.

_____. Congressional influence on judicial behavior? An empirical examination of challenges to agency action in the D.C. circuit. *New York University Law Review*, [New York], v. 76, p. 1100, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Comandante das eleições luta pelas liberdades. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 14, 11 mar. 2012. O País. Entrevista concedida a Carolina Brígido.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal (defesa das liberdades civis, 1891-1898)*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1965. t. 1.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal (defesa do federalismo, 1899-1910)*. t. 2. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1968.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal (doutrina brasileira do habeas corpus, 1910-1926)*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991. t. 3.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal (1930-1963)*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2002. t. 4, v. 1.

RODRIGUEZ, Daniel B. The positive political dimensions of regulatory reform. *Washington University Law Quarterly*, [St. Louis], v. 72, p. 1-50, 1994.

ROMERO, Francine Sanders. The Supreme Court and the protection of minority rights: an empirical examination of racial discrimination cases. *Law & Society Review*, [Beverly Hills], v. 34, p. 291, 2000.

RORIVE, Isabelle. La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN KERCHOVE, Michel. *L'Accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 801-836.

SÁ, Júnia Nogueira de. Em busca de mais qualidade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 6, 8 maio 1994. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ombudsman/omb_19940508_1.htm>. Acesso em: 05 jul. 2013.

SANTOS, Joaquim Ferreira dos. Ministro do STF sentiu dores nas costas e faltou à festa em homenagem aos homens que fizeram história em 2012. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 3, 07 nov. 2012. Segundo Caderno.

_____. Retrato do juiz em lápis de cor. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 5, 21 out. 2012. Segundo Caderno.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009. p. 113-146.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-206.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. *William Howard Taft Constitutional Law Lecture*, [Sl.], set. 1988. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fstaffweb.wilkes.edu%2Fkyle.kreider%2FScalia.doc&ei=mTXtUp3JIIsOCyQHdvYCICw&usg=AFQjCNE2fp-4Nm57UaYgq-ov7qDFCmKnBQ&sig2=yuv8IoRBtIct8ObV1A7Jyw>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

SCALIA, Antonin; GUTTMAN, Amy. *A matter of interpretation (federal courts and the law)*. Princeton: Princeton University, 1998.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987. Disponível em: <<http://www.gvpt.umd.edu/CITE-IT/Documents/Schauer%201987%20Precedent.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

_____. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002.

_____. Incentives, reputation and the inglorious determinants of judicial behavior. *Cincinnati Law Review*, [Cincinnati], v. 68, p. 615-636, 2000.

SCHLENKER, Barry R. Introduction: foundations of the self in social life. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Nova York: McGraw-Hill Book Company, 1985. p. 1-28.

_____. Identity and self-identification. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Nova York: McGraw-Hill Book Company, 1985. p. 65-99.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 383-417.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado do espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1977.

SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-powers games in the positive theory of Congress and Courts. *American Political Science Review*, [Washington], v. 91, n. 1, p. 28, 1997.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and votes of U.S. Supreme Court Justices. *American Political Science Review*, [Washington], v. 83, p. 557, 1989.

SEGAL, Jeffrey A. et al. Ideological values and votes of U.S. Supreme Court justices revisited. *Journal of Politics*, [West Nyack], v. 57, p. 812, 1995.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The influence of stare decisis on the votes of United States Supreme Court Justices. *American Journal of Political Science*, [Detroit], v. 40, n. 4, p. 971-1003, nov. 1996.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 107-142, out./dez. 2008.

SILVA, Alexandre Garrido da; BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, [Oxford], v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013.

_____. Ponderação e objetividade da interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363-379.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A3, 11 maio 2009.

SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, [Chicago], v. 99, p. 743, 2005.

SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. *New York University Law Review*, [New York], v. 73, p. 1377, 1998.

SNYDER, Mark. *Public appearances: private realities: the psychology of self-monitoring*. Nova York: W.H. Freeman and Company, 1986.

SOLBERG, Rorie Spill. Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, [Oxford], v. 3, p. 237, jul. 2006.

SOLBERG, Rorie Spill; LINDQUIST, Stefanie A. Activism, ideology, and federalism: judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court, 1986-2000. *Journal of Empirical Legal Studies*, [Oxford], v. 3, p. 237, 2006.

SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie A. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. *American Journal of Political Science*, [Detroit], v. 40, n. 4, p. 1049, 1996.

SOUZA, André de; BRÍGIDO, Carolina. Cezar Peluso ataca, alvos não revidam críticas. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 15, 19 abr. 2012. O País.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA, Antônio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 475-498.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SPILLER, Pablo T.; TILLER, Emerson H. Invitations to override: Congressional reversals of Supreme Court decisions. *International Review of Law and Economics*, v. 16, p. 503, 1996.

SPRIGGS, James; HANSFORD, Thomas G. The U.S. Supreme Court's incorporation and interpretation of precedent. *Law & Society Review*, [Beverly Hills], v. 36, n. 1, p. 139, 2002.

STAMATO, Bianca. Constitucionalismo popular. O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório norte-americano. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55-78.

BEHAVIORISM. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysics Research Lab [2010?]. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/behaviorism/#2>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

STIMSON, James A. *Public opinion in America: moods, cycles and swings*. 2 ed. Colorado: Westview Press, 1999.

SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. Introduction. In: SULS, Jerry M.; TESSER, Abraham; FELSON, Richard B. *Psychological perspectives on self and identity*. Washington: Sheridan Books, 2000.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing, 1997. p. 355-406.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, p. 287-305, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*. Nova Jersey: Princeton University, 2009.

_____. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Nova York: Oxford University, 2006.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001.

_____. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, [New Haven], v. 110, p. 71, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Social Science Research Network, [Rochester], July 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

TAHA, Ahmed E. Judge shopping: testing whether judges' political orientation affect case filings. *University of Cincinnati Law Review*, [Cincinnati], v. 20, p. 101-130, 2010.

TEDESCHI, James T.; NORMAN, Nancy. Social power, self-presentation and the self. In: SCHLENKER, Barry R. *The self and social life*. Nova York: McGraw-Hill Book, 1985. p. 293-322.

THOMAS, E. W. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principals*. Nova York: Cambridge University, 2005.

TORON, Alberto Zacharias; VILARDI, Celso Sanchez; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Campanha difamatória. Magistratura não pode se submeter ao populismo penal. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 05 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-05/magistratura-tribunais-nao-podem-submeter-populismo-penal>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Nova York: The Foundation, 1988.

TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Nova York: Oxford University, 2006. p. 7-54.

_____. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221-242.

_____. When is knowing less better than knowing more? Unpacking the controversy over Supreme Court reference to non-U.S. law. *Minnesota Law Review*, [Minneapolis], v. 90, p. 1275, 2006.

_____. Popular constitutionalism as political law. *Chicago-Kent law review*, [Chicago], v.991, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>>. Acesso em: 29 maio 2013.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986. p. 123-141.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VEJA. A vitória do bem. *Veja*, São Paulo, ano 45, n. 52, 26 dez. 2012. p. 95.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VERMEULE, Adrian. The Supreme Court, 2008 term. Foreword: system effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, [Cambridge], v. 123, n. 1, p. 4, nov. 2009.

_____. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Balmann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1).

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS DIREITOS, 1, 2009, Rio de Janeiro. *Anais ...* Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALD, Patricia M. A response to Tiller and Cross. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 99, p. 235, 1999.

WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.

_____. Foreign law and the modern *ius gentium*. *Harvard Law Review*, [Cambridge], v. 119, p. 129, 2005.

_____. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-158.

WALSH, Katherine Cramer. *Talking about politics: informal groups and social identity in American life*. Chicago: The University of Chicago, 2004.

WILHELM CANARIS, Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

WHITTINGTON, Keith. Legislative sanctions and the strategic environment of *judicial review*. *I.CON*, [Estados Unidos], v. 1, n. 3, p.446-474, 2003. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2014.

WOLFF, Francis. Por trás do espetáculo: o poder das imagens. In: NOVAES, Adauto. *Muito além do espetáculo*. São Paulo: Ed. Senac, 2004.

YARAK, Aretha. STF decide nesta 4ª se libera aborto de fetos anencéfalos. *Veja*, São Paulo, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/stf-julga-nesta-quarta-aprovacao-de-aborto-de-anencefalos>>. Acesso em: 09 ago. 2012.