

2

PUBLICUM

Casos cruciais e as variáveis decisórias do Supremo Tribunal Federal

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor Associado da UERJ. Coordenador e Professor do Curso de Direito do ISECENSA. Ex-Assessor de Ministro do STF. Advogado. E-mail: calexandre@bbcadvogados.com.br

Resumo

Existem possíveis variáveis decisórias de cortes constitucionais e supremas em casos cruciais. Quais dessas variáveis se fazem (mais) presentes no Supremo Tribunal Federal? Qual avaliação pode ser feita acerca da legitimidade de seus processos decisórios diante de tais variáveis? Sob uma perspectiva descritiva, em casos cruciais, variáveis como a filosofia moral e política dos ministros e a influência de forças políticas e da opinião pública podem se fazer presentes e ser combinadas com a interpretação do texto constitucional, dos textos legais e dos precedentes relevantes, quando da realização desses processos decisórios. Sob uma perspectiva normativa, apesar de algumas vantagens do alinhamento entre certas decisões do Supremo e a vontade majoritária, o papel contramajoritário é, em qualquer hipótese, irrenunciável.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; Filosofia política; Política; Opinião Pública; Supremo Tribunal Federal.

Crucial cases and decisional variables from the Federal Supreme Court

Abstract

There are possible decisional variables used by constitutional and supreme courts in judging crucial cases. Which ones are (more) present in trials of the Federal Supreme Court? What assessment can be made about the legitimacy of its decisional processes? From a descriptive perspective, in crucial cases, variables like the justices' moral and political philosophy and the influence from the political forces and public opinion can be present and combined with the interpretation of the constitutional text, the legal texts and the relevant precedents, when performing such decisional processes. From a normative perspective, despite of some advantages in the alignment between some decisions by Supreme and the majority desire, the countermajoritarian role is, in any case, indispensable.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 11-40

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.80967

Keywords

Judicial review; Political philosophy; Politics; Public Opinion; Supreme Federal Court of Brazil.

Sumário

1. Introdução; 2. Aprofundando o problema. 3. Dois casos paradigmáticos; 4. Comportamento judicial: o direito, a ideologia e a estratégia; 5. A realidade do Supremo entre o descritivo e o normativo; 6. Conclusões; Referências.

1. Introdução

*Roe v. Wade*¹ foi superada. Foram décadas de luta dos conservadores contra o precedente mediante o qual a Suprema Corte norte-americana, em 1973, havia reconhecido o direito constitucional ao aborto com fundamento no direito de privacidade. Com *Dobbs*² (22/06/2022), a Corte Roberts assentou não poder ser extraído o direito da Constituição dos Estados Unidos e devolveu o tema integralmente aos legisladores estaduais. O *overruling* faz parte de um conjunto de julgados, envolvendo temas sensíveis como religião em escolas, direito ao voto, estado administrativo, ações afirmativas e cotas raciais, meio ambiente, controle de armas, que revela uma maioria conservadora de *justices*, consolidada com as nomeações de Donald Trump, que vem avançando as agendas política, social e econômica próprias do Partido Republicano. A virada ideológica à direita pela Suprema Corte tem sido radical, mas não pode ser considerada surpreendente.

Na realidade, o estado atual é resultado de uma contrarrevolução republicana contra os legados da Corte Warren e do início da Corte Burger – onde se situava *Roe* –, que foi iniciada ainda nos setenta com Richard Nixon (Campos, 2014, p. 78). As indicações de juízes conservadores por sucessivos presidentes republicanos até Donald Trump, coadjuvadas pela aposentadoria e morte de juízes moderados e liberais, alcançaram o resultado perseguido pelo partido e seus eleitores. A solidez da maioria conservadora chegou a um ponto, que o *swing vote*, como já foram Sandra Day O'Connor e Anthony Kennedy, e poderia sê-lo hoje o *Chief Justice* John Roberts (Tushnet, 2020, p. 273), não mais se mostra relevante. O atual bloco de cinco juízes muito conservadores suplanta o papel do *Chief Justice* em agir estrategicamente na proteção da Suprema Corte ante as preocupações políticas e institucionais que surgem com decisões e viradas ideológicas

¹ 410 U.S. 113 (1973).

² 97 U.S. ____ (2022).

radicais. O controvertido processo de nomeação de Amy Coney Barret, após a morte de Ruth Ginsburg, foi a bala de prata republicana.

Contudo, a prática de superar precedentes há muito estabelecidos cobra um preço na cultura jurídica estadunidense. O respeito aos precedentes, inclusive em sua dimensão horizontal (*stare decisis*), é relacionado aos valores do estado de direito, de estabilidade e previsibilidade, de isonomia e equidade (Schauer, 1987, p. 596-602; Duxbury, 2008, p. 167-182). Na medida em que avança as bandeiras ideológicas do partido que assegurou a nomeação da maioria de seus membros, sob o pretexto de fazer valer interpretações *originalistas* do texto constitucional sobre precedentes *mal estabelecidos*³, a Corte acaba sendo percebida como mais um ator político-partidário, perdendo o que lhe é valioso: o capital institucional decorrente da legitimidade que goza como órgão judicial imparcial. A percepção é de a Corte não interpretar e aplicar a Constituição, e sim impor valores, ideias e programas compartilhados pelo movimento político ao qual pertence a maioria de seus membros. A percepção é de outras variáveis importarem para os julgamentos – e importarem mais – além do texto da constituição.

Numa sociedade crescentemente polarizada nos campos das ideias e das práticas políticas – fato igualmente marcante nos Estados Unidos –, no Brasil a sua corte superior vem também sofrendo críticas por parte da população e de diferentes espectros políticos. Mais do que censuras, o Supremo Tribunal Federal tem recebido verdadeiros ataques em face de sua integridade institucional. O Supremo já foi chamado de “esse outro desconhecido” (Baleeiro, 1968). Mais discreto e cauteloso na primeira década de vigência da Constituição de 1988, aos poucos o Tribunal adquiriu maior importância institucional e mais participação na vida política nacional, particularmente após a aposentadoria de Moreira Alves e as primeiras nomeações de ministros pelo presidente Lula (Campos, 2014, p. 272). Importantes decisões sobre direitos fundamentais tiveram a atenção de boa parcela da população, dividindo experts e até leigos em torno do que seria certo ou errado o Supremo decidir. A ascensão de sua importância institucional para o sistema político e para a sociedade brasileira foi evidente.

Contudo, nenhum conjunto de decisões chamou e ainda chama mais atenção, midiática e social, para o Tribunal do que aquele que intervém diretamente no campo político. Os julgamentos envolvendo casos de corrupção como o “mensalão”, tanto do mérito da ação penal como dos recursos que seguiram, e a “Lava-Jato”, incluída a prisão de senador da República, foram os mais complexos. Os julgamentos em torno do

³ “É absolutamente cristalino que sob o texto da Constituição a Suprema Corte não tem o poder de seguir suas próprias decisões quando essas conflitam com o texto. [...] O texto, então, simplesmente não apoia uma forte teoria do *stare decisis*. [...] Uma regra rigorosa de *stare decisis* em casos constitucionais, portanto, faria impossível mesmo corrigir os erros da Suprema Corte, mesmo mediante a nomeação de novos membros na esperança de superação dos precedentes” (Calabresi, 2007, p. 200-207)

impeachment da ex-presidente Dilma, as decisões monocráticas anulando nomeações de ministros de Estado⁴, determinando o afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara, de Renan Calheiros, da presidência do Senado, entre outras práticas provocaram a forte sensação de um protagonismo político do Supremo. O ponto alto, contudo, veio com a atuação contra o arsenal de investidas autoritárias do ex-presidente Bolsonaro.

Decididamente, o Tribunal, e alguns de seus ministros em especial, tornaram-se os maiores inimigos de eleitores e partidários fanáticos e raivosos do ex-presidente, o que culminou nos acontecimentos de 08/01/2023. Defendendo a integridade do processo eleitoral e das urnas eletrônicas, ou protegendo a população em face das irresponsabilidades do governante no enfrentamento da grave crise sanitária do COVID, o Judiciário e, particularmente, o Supremo, assumiu o protagonismo. Em todo o país, em sentido contrário ao desejado por Bolsonaro, houve decisões de diferentes instâncias judiciais determinando o *lockdown* em algumas cidades; suspendendo total ou parcialmente decretos de flexibilização do isolamento social; direcionando recursos orçamentários para o combate ao COVID; impondo oferta de leitos de UTI e até construção de hospitais de campanha.

O Supremo, em particular, assentou a competência concorrente entre União, Estados, DF e municípios concernente às medidas emergenciais; flexibilizou regras da LRF e da LDO para o cumprimento dessas medidas; determinou que agentes públicos deveriam agir com observância estrita de critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias; impôs que o governo federal mantivesse a divulgação na íntegra de dados referentes ao contágio e às mortes. Tudo isso em um ambiente de manifesta crise institucional entre o Tribunal e a presidência da República, cujo ponto mais alto foram as investigações criminais em face de aliados políticos e apoiadores do presidente (inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos). O ex-presidente perdeu as eleições de 2022, e o seu eleitorado fanático credita a derrota, em maior medida, ao que acusa ter sido a atuação política, partidária e ilegítima do Supremo durante todo o governo anterior. Os ministros são, em sua maioria, “petistas e comunistas”: não aplicaram a Constituição, fizeram política.

Em que pese a irracionalidade das acusações, é certo que o envolvimento amplo do Supremo e de qualquer corte constitucional ou suprema em questões políticas controvertidas (e em temas morais controversos na sociedade e sem solução clara no texto constitucional) tem o potencial de suscitar dúvidas quanto à legitimidade de seus processos decisórios. Como vem ocorrendo em relação à atuação da Suprema Corte

⁴ A decisão do ministro Alexandre de Moraes, suspendendo a nomeação de Alexandre Ramagem por Bolsonaro para o comando da Polícia Federal, é merecedora de críticas, assim como decisões análogas anteriores, envolvendo as nomeações do ex-presidente Lula (Gilmar Mendes) e da então deputada Cristiane Brasil (Cármen Lúcia).

norte-americana, torna-se possível questionar seriamente acerca das variáveis decisórias: estariam os ministros deixando de interpretar e aplicar o texto constitucional para avançar apenas ideologias, valores, programas e interesses próprios de um determinado grupo político? O direito teria sido integralmente substituído pela ideologia ou pela política como variável decisória nos julgados? Os ministros estariam defendendo como interpretação constitucional o avanço de interesses meramente políticos em casos cruciais? Os ministros do Supremo não passam de “políticos de toga”?

Este artigo se ocupa das possíveis variáveis decisórias de juízes e cortes constitucionais e supremas em casos cruciais – ou seja, os casos que envolvem questões políticas e morais de alta complexidade, que repercutem fortemente por toda a sociedade e pela comunidade política. A pergunta principal de pesquisa é: nessas circunstâncias, quais variáveis decisórias se fazem (mais) presentes, mormente, no Supremo Tribunal Federal? A pergunta sucessiva é: diante da primeira resposta, qual avaliação pode ser feita acerca da legitimidade desses processos decisórios? Sob a perspectiva descritiva, buscar-se-á demonstrar que, em casos dessa natureza, a hipótese é que variáveis como a filosofia moral e política e as influências políticas e da opinião pública podem se fazer presentes e ser combinadas e inter-relacionadas com a interpretação do texto constitucional e dos textos legais e dos precedentes relevantes, quando da realização desses processos decisórios. E essa conclusão se aplica ao Supremo. Sob a perspectiva normativa, buscar-se-á defender que, apesar das premissas descritivas, o papel contramojorotário, em qualquer hipótese, é irrenunciável.

O texto terá a seguinte estrutura: para além desta introdução, na sequência, (2) procuro aprofundar o problema de pesquisa, apresentando relevantes debates, na academia e no Supremo, sobre o tema; depois, (3) abordo dois julgados do Supremo, tendo o ministro aposentado Joaquim Barbosa como personagem, para demonstrar variações de razões decisórias em casos normativamente similares, mas midiaticamente distantes; então, apresento (4) algumas descrições acadêmicas do comportamento judicial em casos difíceis, flutuando entre o direito, a ideologia e a estratégia; e (5) avaliações normativas acerca do que considero ser a realidade descritiva. Por fim, (6) uma rápida conclusão.

2. Aprofundando o problema

O tema das variáveis decisórias utilizadas por juízes é assunto dentro e fora das cortes. O ex-Presidente do Tribunal Internacional Penal para apuração de crimes contra os direitos humanos na antiga Iugoslávia (ICTY), o jurista italiano Antonio Cassese, discutindo sobre a ascensão política de cortes constitucionais ou supremas em uma mesa redonda composta

por ex-juízes de Tribunais Superiores paradigmáticos, como Robert Badinter – ex-Presidente do Conselho Constitucional Francês; Stephen Breyer – juiz aposentado da Suprema Corte norte-americana; e Dieter Grimm – ex-juiz do Tribunal Constitucional alemão, afirmou que juízes costumam “manipular leis, *standards*, princípios políticos e princípios de interpretação” para alcançar, em seus julgamentos, os resultados que desejam (Badinter; Breyer, 2004, p. 33). Ou seja, Cassese afirmou que juízes formulam os resultados dos julgamentos antes mesmo de enfrentar as questões jurídicas envolvidas. Ele não foi contestado por seus colegas.

Cassese contou que, com frequência, “particularmente em questões penais”, ele sente “que o acusado é culpado” e que o senso comum o leva a acreditar que esse é o resultado correto. Então, com essa perspectiva em mente, ele diz: “Ok, vamos agora construir um sólido argumento jurídico para apoiar essa conclusão” (Badinter; Breyer, 2004, p. 33). Para leigos, essa afirmação sincera pode causar espanto, mas não para aqueles que lidam com o direito e com os juízes. Sem embargo, há uma ideia, de certo modo difundida, entre os teóricos e os práticos, que juízes, em casos criminais, assim como em casos divisores de águas de alto teor moral e político, “frequentemente escolhem os resultados que eles preferem alcançar antes de ter qualquer contato com o que por convenção se chama ‘direito’” (Pettys, 2011, p. 130).⁵ Este diálogo, importante registrar, se deu entre acadêmicos de primeira grandeza.

Com efeito, o debate e seus argumentos nos fazem crer que, em circunstâncias especiais, o direito não parece atuar, para os julgadores, como razão *a priori*, mas como justificativa *a posteriori* de suas decisões/conclusões. Os argumentos jurídicos não cumpriram, dessa forma, o papel decisivo, principal na construção de uma solução, e sim o de legitimar um resultado pré-estabelecido. Isso sugere que outros elementos, além dos jurídicos, podem influenciar essas decisões. A hipótese é que podem ser relevantes as pré-compreensões do julgador, sua filosofia moral e política, suas concepções de mundo, do justo, seus vieses políticos para a interpretação e aplicação das normas ao caso concreto. Seriam variáveis endógenas que, estando presentes, revelam julgadores não constrangidos nem mesmo pelos limites semânticos dos textos normativos aplicados.

Nada obstante, em se tratando de jurisdição constitucional e de julgamento de questões cruciais, de solução de casos com importantes repercussões sociais e políticas, há a hipótese de, além desses possíveis fatores endógenos, inerentes aos julgadores, atuarem também fatores exógenos. Em uma primeira perspectiva, tem-se que o ambiente político pode exercer influência sobre o comportamento dos juízes. Sem embargo, uma “compreensão abrangente das cortes também requer atenção às dinâmicas políticas que moldam seu desenho e sua autoridade, definindo seu papel no mais amplo sistema

⁵ O autor referiu-se à Suprema Corte norte-americana, mas a lição serve para as demais.

político” (Ginsburg; Kagan, 2005, p. 2).⁶ Com efeito, considerada a relevância dos casos cruciais, cortes não julgam em um vácuo político.

Em uma segunda perspectiva, juízes constitucionais sabem que suas decisões em casos cruciais podem e, às vezes, de fato, ofendem outra variável exógena: a opinião pública. E isso importa. Mesmo nos Estados Unidos, nota-se serem mais comuns decisões em casos difíceis estarem em linha com a opinião pública do que o contrário. “Cortes raramente embarcam em cursos de ação que estejam absolutamente em desacordo com as opiniões amplamente compartilhadas pelos cidadãos em geral” (Sunstein, 2009, p. 140). Assim como em relação ao ambiente político, cortes podem temer as fortes reações advindas do público às suas decisões em casos difíceis. Segundo essa perspectiva, valores e anseios da sociedade mudam, e isso envolve, em alguma medida, a interpretação dos textos constitucionais. Se e porque a opinião pública importa (ou deve importar) para esses processos decisórios é tema relevante. Um histórico debate entre ministros do STF é bastante emblemático quanto a esse ponto.

Durante o julgamento por meio do qual o Supremo Tribunal Federal concluiu pelo cabimento dos embargos infringentes em favor de alguns dos réus condenados na Ação Penal nº 470/MG⁷ – o já aludido caso “mensalão” –, os ministros Marco Aurélio Mello e Luís Roberto Barroso protagonizaram um bom debate, a despeito de ter sido depreciado pela imprensa, sobre o papel que o Tribunal cumpre, pode e deve cumprir no sistema democrático brasileiro. Eles discutiram acerca da importância do apoio popular ao Tribunal e da (im)possibilidade de a opinião pública fazer parte do conjunto de razões de uma decisão judicial. Sob o ângulo tanto descritivo quanto normativo, o debate envolveu elementos fundamentais do comportamento de qualquer juiz ou tribunal, principalmente de cortes constitucionais, em regimes democráticos.

Nunca um processo, até então, havia atraído tanta atenção da sociedade e da mídia para o Supremo e seus ministros. Durante as 42 sessões de julgamento do mérito da ação penal, iniciadas em maio de 2012 e transmitidas ao vivo pela TV Justiça e pela Globonews via Internet, o Tribunal, quase que diariamente, foi assunto de primeira página dos mais importantes jornais do país; semanalmente, capa dos periódicos mais lidos. Em dezembro daquele ano, foram condenados políticos, inclusive membros históricos e dirigentes do partido do governo (o PT), empresários e banqueiros, no que foi considerado o rompimento da Justiça brasileira com a tradição de impunidade quanto aos crimes praticados pelas chamadas elites políticas e econômicas, atendendo a desejo generalizado da população. O processo alçou o relator, ministro Joaquim Barbosa, ao status de herói

⁶ Essa perspectiva insere-se, principalmente, em um movimento acadêmico da Ciência Política empírica conhecida como *neoinstitucionalismo*.

⁷ STF – Pleno, AP 470/MG, relator ministro Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012, DJ 22/4/2013.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 11-40

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.80967

nacional.⁸ Ele passou a ser aplaudido por onde passava, inspirou máscaras e bonecos de carnaval, tornou-se personagem de vídeo game e até “candidato” a Presidente do Brasil.⁹

Foi então em clima de aplausos, mas de enorme pressão da mídia e da opinião pública, que o Supremo examinou a admissibilidade dos mencionados embargos infringentes. Entre os 25 condenados, 11 haviam recebido, pelo menos, quatro votos pela absolvição quanto a determinadas imputações, situação que, em tese, autorizaria a interposição do recurso. A atenção maior estava voltada aos políticos do PT, José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares, os quais receberam quatro votos pela absolvição do crime de quadrilha. José Dirceu foi batizado de “chefe da quadrilha” e, assim como os outros, se admitidos os embargos, teria direito ao reexame dessa condenação. Dois novos ministros, entre eles, Luís Roberto Barroso, participariam do eventual novo julgamento. Como não votaram no mérito, poderiam mudar a conclusão quanto a esse específico capítulo da sentença condenatória. Tal como vocalizada pela mídia, a opinião pública não digeriria bem a possibilidade de alteração das condenações.

A controvérsia era, tecnicamente, de natureza meramente processual. A questão era saber se o artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo, no qual prevista a interposição dos embargos infringentes em casos da espécie, havia ou não sido revogado pela Lei nº 8.038/1990, por meio da qual foram estabelecidas normas procedimentais em relação aos processos do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais, a ação penal originária. Como não foi feita menção na lei ao cabimento dos embargos infringentes, alguns defendiam a tese da revogação do mencionado dispositivo do Regimento Interno e, portanto, da ausência de previsão legal dos embargos. Foi no sentido da revogação da norma regimental o voto do relator, Joaquim Barbosa, vindo ainda a afirmar que, tendo o Tribunal se debruçado sobre as minúcias do processo por quase cinco meses quando do julgamento do mérito, a admissão dos embargos seria, “em última análise, apenas uma forma de eternizar o feito”.

O ministro Luís Roberto Barroso abriu divergência, concluindo pelo cabimento do recurso tanto em razão de decisões anteriores, monocráticas e colegiadas, do próprio Tribunal no sentido da vigência do preceito regimental em discussão, como em função da circunstância histórica de os debates parlamentares em torno da aprovação da Lei nº 8.038/1990 não terem apontado para a revogação. Os ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski acompanharam a posição de Barroso,

⁸ Diferentes acontecimentos revelaram que o ministro Ricardo Lewandowski, revisor da ação e cujos votos foram contrapontos aos do relator, tornou-se, perante a opinião pública, o grande “vilão da história”.

⁹ Tal perspectiva ganhou ainda mais força quando o ministro Joaquim Barbosa foi conduzido ao posto de Presidente do Supremo. Sua ascensão ao cargo foi amplamente acompanhada pela mídia e por grande parcela da sociedade que já o seguia no julgamento do “mensalão”, tornando a eleição à Presidência do Tribunal, antes ignorada, em algo relevante para o cenário político e social.

totalizando cinco votos pelo recurso. Os ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia seguiram a opinião do relator e não admitiram os embargos. Faltavam votar os dois ministros então mais antigos: Marco Aurélio Mello e Celso de Mello. O ministro Celso já havia se manifestado em decisões e votos anteriores pelo cabimento do recurso. Daí a iminência de um resultado que permitiria a reapreciação pelo próprio Supremo da condenação dos políticos do PT pelo crime de quadrilha. Ao que parecia, conclusão indesejada para a maioria da população brasileira.

O ministro Marco Aurélio, então décimo a se manifestar, iniciou o voto dando o tom do momento: “os olhos da Nação estão direcionados ao Supremo”. O ministro questionou se o Tribunal atua de forma contramajoritária para, ele mesmo, responder “sim”, ressaltando, contudo, não ser essa a regra. Ponderou que a atuação contramajoritária pode se dar em razão de os ministros, “com a responsabilidade decorrente da ocupação da cadeira”, possuírem como dever maior “a guarda da Lei Básica da República”, mas que isso deve se dar “no campo da exceção”. Disse que, “quase sempre, existe harmonia entre os pronunciamentos do Tribunal e os anseios legítimos – não os ilegítimos – da sociedade na busca de rumos”, não podendo essa sociedade, “na quadra vivenciada”, ser tida como apática ante “os movimentos populares ocorridos nos últimos tempos”.¹⁰ Destacando a aproximação entre o Judiciário e a sociedade proporcionada pela TV Justiça, Marco Aurélio defendeu que “o Direito é, acima de tudo, bom senso e está ao alcance do próprio leigo”.

Depois de apresentar argumentos jurídicos favoráveis à revogação da possibilidade de interposição dos embargos infringentes, o ministro Marco Aurélio expôs preocupação com a percepção da sociedade em relação ao Supremo caso o resultado final fosse pela vigência do recurso. Referindo-se às condenações impostas quando do julgamento de mérito em 2012, afirmou terem os membros do Tribunal apontado à sociedade brasileira “uma correção de rumos visando a um Brasil melhor”, mas que “essa sinalização est[ava] muito próxima de ser afastada”. Defendeu ter crescido o Supremo como órgão máximo do Judiciário “junto aos cidadãos” “numa época em que as instituições estão fragilizadas”, mas que “essa admiração” estava perto de ser perdida, desmerecida. Afirmou que o Supremo estava, literalmente, “a um voto” de perder a admiração da sociedade, fazendo referência expressa à responsabilidade do ministro Celso de Mello, que lançaria, na sessão seguinte, o voto-desempate.¹¹

¹⁰ O ministro referiu-se às “Jornadas de Junho”, manifestações populares ocorridas em junho de 2013, quando milhões de pessoas tomaram as ruas das principais capitais do país para protestar, inicialmente, sobre as deficiências dos serviços públicos do país, mormente, o transporte público e o aumento das tarifas, vindo então a agenda de protestos a expandir para alcançar a corrupção na política e o pedido de reformas.

¹¹ Foram as seguintes as palavras do ministro Marco Aurélio: “Junto aos cidadãos, o Supremo cresceu como órgão de cúpula do Judiciário numa época em que as instituições estão fragilizadas, **Revista Publicum** Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 11-40 <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: 10.12957/publicum.2023.80967

Foi então que Luís Roberto Barroso pediu um aparte para defender o seu voto como manifestação de um juiz constitucional que faz aquilo que acha correto “independentemente da repercussão”. Argumentou não fazer diferença “o que vai sair no jornal do dia seguinte [...] se não for o certo”. Disse que a opinião pública é “muito importante numa democracia” e que se sente “muito feliz quando uma decisão do Tribunal Constitucional coincide com a opinião pública”. Contudo, afirmou que, na hipótese de o que considera “certo, justo e a interpretação adequada da Constituição não coincidir com a opinião pública”, cumprirá o seu dever “contra a opinião pública, porque este é o papel de uma Corte Constitucional”. Barroso sustentou que os ministros do Supremo não julgam “para a multidão” e que ele não está “subordinado à multidão”, mas à Constituição. Os ministros, ressaltou, julgam “pessoas” e precisam, mesmo contra a vontade da multidão, “considerar [essas] pessoas” quando de seus votos.

Luís Roberto Barroso defendeu que o Supremo não pode mudar “regras” para agradar a opinião pública se isso não for o certo segundo a melhor interpretação da Constituição. Disse que o julgamento de mérito da Ação Penal nº 470 foi “uma satisfação importante à sociedade brasileira” e tem seu apoio, porém, nada disso o pode impedir de votar conforme consciência própria. Marco Aurélio replicou, afirmando que nenhum juiz do Supremo atua de olho em manchetes favoráveis. Reafirmou sua independência, dizendo que seu compromisso quando vota, assim como o do ministro Barroso, é com sua consciência. De acordo com as próprias palavras, “se, com o meu voto, o teto tiver de cair sobre a minha cabeça, vai cair; já disse que, se, com o meu voto, conforme a ciência e a consciência possuídas, tiver de ir para o paredão, vou para o paredão”. Todavia, advertiu não ser totalmente indiferente ao que os jornais publicam e isso porque, como servidor de seus semelhantes, deve conta aos contribuintes.

Celso de Mello opinou pelo recebimento do recurso e os embargos foram admitidos. Como o voto de Marco Aurélio, proferido em 12/9/2013, durou até o fim da sessão plenária, Celso de Mello apenas pôde se manifestar na sessão seguinte, dia 18/9/2013. Até lá, o ministro sofreu 6 dias de incrível pressão da mídia. Diversos jornais e blogs reproduziram o diálogo entre Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso para afirmar que a “credibilidade da Justiça no Brasil” estava nas mãos do então decano. Disseram que ele poderia “mudar o Brasil de uma vez”. Apesar de ter sido duro nas condenações aos acusados quando do mérito da ação penal, Celso de Mello ignorou a pressão midiática e a opinião pública, e manteve a linha que vinha seguindo no Tribunal de admitir os embargos. Todavia, em entrevista concedida após o julgamento, desabafou:

mas estamos a um passo, ou melhor, a um voto – que responsabilidade, ministro Celso de Mello! – de perdermos essa admiração”.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 11-40

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.80967

Eu honestamente, em 45 anos de atuação na área jurídica, como membro do Ministério Público e juiz do STF, nunca presenciei um comportamento tão ostensivo dos meios de comunicação sociais buscando, na verdade, pressionar e virtualmente subjugar a consciência de um juiz. [...]

Essa tentativa de subjugação midiática da consciência crítica do juiz mostra-se extremamente grave e por isso mesmo insólita. [...]

É muito perigoso qualquer ensaio que busque subjugar o magistrado, sob pena de frustração das liberdades fundamentais reconhecidas pela Constituição. É inaceitável, parta de onde partir. Sem magistrados independentes jamais haverá cidadãos livres. [...]

Abordagens passionais de temas sensíveis descaracterizam a racionalidade inerente ao discurso jurídico. É fundamental que o juiz julgue de modo isento e independente. O que é o direito senão a razão desprovida de paixão?¹²

O diálogo travado entre os ministros Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso sugere premissas e perspectivas preciosas acerca da identidade, da independência e da legitimidade do Supremo como instituição responsável por decisões cruciais. O diálogo problematizou o comportamento judicial perante a sociedade, a relação responsiva entre juízes e audiência popular, e a moralidade institucional de se decidir entre texto e aceitação social, convidando a pensar qual seria o espaço de validade na teoria constitucional para uma “legitimidade sociológica judicial” das cortes (Fallon Jr., 2005, p. 1.827-1.833; Bassok, 2011, p. 239-272). Apesar de ter se dado em um conflito criminal e de repercussão extraordinária, o diálogo convida a uma reflexão geral acerca da possibilidade e dos limites da incorporação explícita, em vez de “misteriosa” (Roesch, 2006, p. 380) e opressiva, da opinião pública nos processos de interpretação constitucional. Convida a refletir sobre se, sob quais condições e o quanto essa incorporação pode acrescentar legitimidade democrática a esses processos.

Ao que mais interessa para este artigo, o debate entre os ministros, assim como o diálogo acadêmico relatado no início deste tópico, desnudam a hipótese defendida: juízes e cortes constitucionais, em casos difíceis, mesmo quando afirmam que aplicam fielmente a Constituição e nada mais, podem estar movendo suas interpretações por outras razões além das jurídicas – podem movê-las na direção de suas filosofias morais e políticas ou em razão de constrações externas, políticas e sociais, como a opinião pública. Identificar quando isso ocorre, em concreto, não é tarefa fácil, e a razão parece evidente: mesmo que tenham sido influenciadas por essas outras variáveis, as decisões não raramente se encaixam na ampla moldura decorrente da plasticidade semântica e sentido axiológico dos textos constitucionais, de modo que o julgador poderá sempre afirmar que decidiu orientado apenas pela sua melhor e mais sincera interpretação dos enunciados normativos em jogo. O julgador pode afirmar que não se orientou por ideologia ou que cedeu a qualquer pressão externa, mas apenas aplicou “a sua” melhor interpretação da Constituição.

¹² <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/09/1347507-nunca-a-midia-foi-tao-ontensiva-para-subjugar-um-juiz-diz-ministro-celso-de-mello.shtml>. <Acesso em 3/12/2023>

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 11-40

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.80967

Difícil, mas não impossível. No tópico seguinte, utilizando o ministro Joaquim Barbosa como personagem, comparo os seus votos em dois casos difíceis que apresentaram similaridades e diferenças: da perspectiva textual, os casos da fidelidade partidária e da aplicação da Lei da Ficha-limpa para as eleições do ano de 2010 apresentaram grau aproximado de “dificuldade hermenêutica”; da perspectiva da exposição dos casos, a aplicação da Lei da Ficha Limpa foi muito mais midiático, chamou muito mais atenção da opinião pública e teve repercussão política e social muito maior. Penso que isso fez diferença para o voto da personagem, diferenciando-o em relação ao da fidelidade partidária.

3. Dois casos paradigmáticos

No importante caso da fidelidade partidária,¹³ o Supremo discutiu se o abandono, pelo eleito, da agremiação partidária pela qual se elegeu teria como consequência imediata a legitimação do partido de origem a reivindicar a respectiva vaga, o que implicaria necessariamente na perda de seu mandato. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em resposta à consulta sobre o tema, relatada pelo ministro Cesar Asfor Rocha,¹⁴ consagrou tese favorável aos partidos políticos que, com base na resposta, protocolaram junto ao Presidente da Câmara inúmeros pedidos de vacância em desfavor dos deputados infiéis e de posse imediata de seus suplentes. Os pedidos foram indeferidos e os partidos foram ao Supremo em defesa de suas vagas por meio da impetração de diferentes mandados de segurança.

A questão se apresentou problemática diante da ausência de disposição constitucional expressa no sentido pleiteado pelos partidos. Ao contrário, a Constituição, em seus artigos 55 e 56, disciplinou as regras de perda de mandato parlamentar sem ao menos chegar perto da hipótese de infidelidade partidária. Na realidade, essa previsão estava presente no art. 152, § único, da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC nº 1/69, mas foi depois revogada pela EC nº 24/1985. Como lembrou o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, essa última emenda constitucional foi editada dentro do “clima de redemocratização que imperava no País” em 1985, e teria sido exatamente esse “espírito de redemocratização” a influência para que o constituinte de 1988 não incluisse a perda do mandato pela infidelidade partidária no rol de hipóteses do artigo 55 da Constituição.

¹³ STF – Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/10/2006, DJ 17/10/2008; STF – Pleno, MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/10/2006, DJ 19/12/2008; STF – Pleno, MS 26.604/DF, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 04/10/2006, DJ 03/10/2008.

¹⁴ Consulta nº 1.398/2007 – Classe 5º; Res. 22.526, de 27/03/2007.

Contudo, apesar da falta de previsão constitucional clara e inequívoca, a maioria da Corte legitimou a regra constitucional da perda do mandato parlamentar em razão da prática de infidelidade partidária. Para a Corte, dentro do sistema de “representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político”, de modo que “o destinatário do voto é o partido político” que viabiliza a candidatura eleitoral. O candidato eleito, por sua vez, vincula-se ao programa e ao ideário do partido pelo qual foi eleito e abandoná-lo significa, em última análise, afastar-se da escolha feita pelo eleitor. A “fidelidade partidária [seria então] corolário lógico-jurídico do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”.

O Supremo construiu sua decisão conjugando o sistema eleitoral proporcional (artigo 45, *caput*), o monopólio partidário das candidaturas aos cargos eletivos (artigo 14, §3º, V) e a essencialidade dos partidos para a concretização do princípio democrático e da representação política do povo (artigo 1º, § único). Dessa “mistura”, Cezar Peluso e Gilmar Mendes concluíram, respectivamente, por um indisputável “caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro” e pela vivência de “uma democracia de partido”. Essas conclusões ratificaram a premissa lançada pelo ministro Asfor Rocha: segundo a Constituição de 1988, “a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da *partidocracia* de que falava (...) Maurice Duverger”. Como concluiu Gilmar Mendes, a regra da perda do mandato pela infidelidade partidária seria extraída da “inteireza da Constituição”, dispensada qualquer enunciação constitucional expressa.

O exame dos votos vencedores revela que a decisão da maioria não foi pautada em um dispositivo constitucional específico, não obstante a existência de regras constitucionais que governam o caso com exaustão, e sim o resultado de um “raciocínio estrutural” sobre a Constituição e o tipo de governo representativo que ela estabeleceu. A interpretação estrutural consiste em alcançar “inferências da existência das estruturas constitucionais e das relações que a Constituição estabelece entre essas estruturas” (Bobbitt, 1984, 74). Formulada por Charles Black Jr., trata-se de um movimento interpretativo que considera a constituição como um todo, e não partes ou dispositivos específicos; que enfatiza a inter-relação entre as normas e os princípios constitucionais estruturantes.

De acordo com Black Jr., direitos, deveres e poderes podem ser extraídos tanto de dispositivos específicos do texto constitucional, como das estruturas e das relações entre essas estruturas também criadas pelo texto constitucional. Não se trata de raciocinar fora do texto, e sim de explorar aquilo que não é diretamente “dito” pelo texto, mas se infere das normas que estruturam os poderes do estado, das relações entre o estado e a

sociedade, e das relações entre essas normas estruturais. Há, assim, “um interfuncionamento entre o modo textual e o modo relacional e estrutural de interpretação, uma vez que a estrutura e as correspondentes relações são, elas próprias, criadas pelo texto, e as inferências extraídas dessas devem, certamente, ser controladas pelo texto” (Black Jr., 1969, p. 31).

O ministro Joaquim Barbosa recusou a interpretação estrutural em favor de um textualismo estrito. O ministro condenou a opinião da maioria como sendo uma construção sistemática pautada em “princípios supostamente implícitos na nossa Constituição”. Para ele, essa construção é inadmissível na medida em que o constituinte de 1988 teria disciplinado “conscientemente a matéria” e teria feito “a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior”. Segundo Barbosa, diante do caráter taxativo dos artigos 55 e 56 e do fato de esses não contemplarem a infidelidade partidária como causa de perda do mandato, a maioria da Corte não poderia construir outra regra, em sentido contrário, a partir de princípios cuja concreção sequer conduz seguramente ao resultado normativo alcançado.

O ministro Joaquim Barbosa encerrou o voto dizendo – e isso é o mais importante a ser destacado – que nem mesmo o fato de comungar dos “anseios generalizados em prol da moralização da vida político-partidária do nosso país” justificaria ele seguir a linha desenvolvida pela maioria da Corte. Ficou claro que, para Barbosa, o procedimento adequado para essa pretensão reformista é o da emenda constitucional, e não o da interpretação constitucional. A toda evidência, o ministro privilegiou o sentido mais imediato e estrito texto constitucional sobre sua concepção moral do processo político e os “anseios generalizados da sociedade”.

Destaca-se de seu voto o seguinte: **(i)** ele privilegiou a interpretação literal dos dispositivos constitucionais envolvidos sobre a possibilidade de um raciocínio estrutural; **(ii)** ele deu preferência ao rol taxativo das regras constitucionais dos artigos 55 e 56 sobre a aplicação direta de princípios constitucionais sobre o sistema eleitoral e democrático brasileiro; **(iii)** ele afirmou que sua filosofia moral ou política sobre o processo eleitoral e o que chamou de “anseios generalizados” não justificavam uma construção hermenêutica criativa a ponto de desconsiderar o que está (e o que não está) expressamente previsto no texto constitucional; **(iv)** ele privilegiou a capacidade institucional do constituinte derivado sobre a do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, no julgamento sobre a aplicação da Lei da Ficha-Limpa para as eleições de 2010 em face da regra constitucional da anterioridade eleitoral, embora tenha se tratado da mesma área temática e de similares “dificuldades hermenêuticas”, Barbosa claramente privilegiou pretensões de “completa moralização da nossa vida pública” em detrimento dos sentidos normativos mais imediatos da Constituição.

O julgamento envolveu muita polêmica e teve grande repercussão. A LC 135/2010, batizada de “Lei da Ficha Limpa”, é uma lei de iniciativa popular, fruto da mobilização de milhões de brasileiros, que criou novas e rígidas hipóteses de inelegibilidade de candidatos a cargos políticos pelo prazo de 8 anos, como a cassação de mandato anterior, renúncia ao cargo eletivo para não ser cassado, condenação por órgão judicial colegiado e antes do trânsito em julgado por alguns crimes que a lei menciona. Por sua clara pretensão de moralizar a vida política dos brasileiros, sua aplicação era um grande desejo popular e o julgamento no Supremo a seu respeito mobilizou parcela significativa da sociedade. A pressão da opinião pública sobre o Supremo era enorme.

A Corte teve que inicialmente definir o destino de milhões de votos dados aos candidatos “fichas-suvas” nas eleições de 2010 que tiveram os registros indeferidos em razão da lei. A questão era definir se a lei, publicada em 07/06/2010, poderia ser aplicada de imediato nas eleições do mesmo ano, tendo em vista o artigo 16 da Constituição, que veicula a regra da anterioridade eleitoral, dispor que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. A solução se prendia em definir o alcance da expressão “processo eleitoral” e em saber se as alterações introduzidas pela LC 135/2010 se subsumem a esse conceito.

Desde o primeiro julgado sobre o tema,¹⁵ duas correntes antagônicas se formaram – aqueles que interpretaram as novas condições de elegibilidade como alteração de uma das fases do processo eleitoral, de forma a sujeitar a LC 135/2010 à anterioridade eleitoral; aqueles que afirmaram que condições de elegibilidade dizem com probidade e moralidade da vida política brasileira, e que suas regras não se enquadram nas finalidades do artigo 16 ao tratar do “processo eleitoral”. Com efeito, a primeira corrente prestigiou a compreensão do artigo 16 como veiculando uma regra jurídica e aplicou seu sentido mais imediato. A segunda corrente, ou a tratou como princípio, ou praticou a redução teleológica de seu escopo, para afirmar que medidas legais de moralização dos pleitos eleitorais não se sujeitam à anterioridade eleitoral. Joaquim Barbosa foi o mais ardoroso defensor da segunda corrente.

O primeiro julgado de mérito foi sobre o candidato Jäder Barbalho, eleito senador pelo Pará com 1.799.762 votos, mas com o registro indeferido por ter renunciado ao mandato anterior para evitar processo de cassação. O ministro Joaquim Barbosa foi o relator do recurso e o julgamento terminou empatado, em razão de a Corte estar desfalcada de um membro, tendo sido assim mantida a decisão do Tribunal Superior

¹⁵ STF – Pleno, RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto; Red. do ac. Min. Marco Aurélio, j. 29/09/2010, DJ 05/12/2011.

Eleitoral que havia impedido o registro.¹⁶ Nada obstante, havia a certeza de que se tratava de uma solução provisória.

Em 03/03/2011, o ministro Luiz Fux tomou posse e a Corte estava então novamente completa. O tema voltou à pauta 20 dias depois e o “11º voto”, mesmo contra a opinião pública, foi pela aplicação da anterioridade eleitoral do artigo 16 da Constituição, definindo então que a lei não poderia ser aplicada para o ano de 2010.¹⁷ Trechos do “voto-desempate” de Fux definem bem o embate metodológico e axiológico que dividiu a Corte:

O art. 16 da Constituição Federal (...) consubstancia uma *regra jurídica*, e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado linguístico para buscar de logo as razões que lhe são subjacentes.

À Suprema Corte brasileira descabe simplesmente *reescrever* o art. 16 da Constituição Federal, no sentido de que, onde se lê “*não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*”, seja lido como marco temporal a data da realização das convenções partidárias, ou a data em que ocorrido o registro da candidatura (...)

A Lei da Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.

A posição do ministro Joaquim Barbosa foi a antítese dessa conclusão. Ele defendeu que o Supremo deveria decidir o caso sob a “ótica interpretativa que privilegi[asse] a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, isto é, que afirma[sse] a probidade e a moralidade administrativas”. Para ele, a LC 135/2010 é essencial para a proteção da democracia e uma etapa festejada do processo de “moralização da nossa vida política” e isso deveria ser considerado como fator decisivo para a interpretação do alcance da expressão constitucional “processo eleitoral”.

Ele chegou a admitir que houvera defendido, na ADI 3.685/DF,¹⁸ que o “conceito de processo eleitoral há de ter compreensão e ‘extensão tão ampla quanto seus termos comportam’” e que qualquer norma, “ainda que em bases minimalistas”, que “interferir no exercício da soberania popular” “cai no campo de incidência do art. 16, isto é, altera o processo eleitoral”. Para ele, isso deve ser assim porque essa norma constitucional “foi concebida precisamente para inibir manobras casuísticas suscetíveis de interferir abruptamente na organização, no decorrer e no resultado dos pleitos eleitorais”, porém, esse não seria o caso da LC 135/2010 – “lei que não provoca macro alterações no processo eleitoral”. Para Barbosa, definitivamente, a LC 135/2010 nada diz sobre processo eleitoral

¹⁶ STF – Pleno, RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/10/2010, DJ 20/06/2011.

¹⁷ STF – Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJ 18/11/2011.

¹⁸ STF – Pleno, ADI 3.685/DF, j. 22/03/2006, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ 10/08/2006.

– ela tem “objetivo moralizador” e não “desestabiliza o processo eleitoral em curso” a ponto de justificar a aplicação da regra da anterioridade eleitoral.

A toda evidência, Joaquim Barbosa afastou-se do sentido mais imediato do artigo 16 da Constituição de 1988 para praticar uma redução teleológica da regra da anterioridade eleitoral com o propósito claro de dar aplicação imediata ao que ele julga moralmente mais adequado para o processo eleitoral brasileiro. Abandonando sua concepção anterior de “extensão ampla” do “processo eleitoral”, Barbosa reduziu o campo de aplicação do artigo 16 segundo seu sentido literal para permitir a ampliação do alcance temporal da Lei da Ficha Limpa e isso orientado aos valores morais que ele acredita que devem prevalecer no sistema político-eleitoral brasileiro.

Portanto, de seu voto, destaca-se o seguinte: **(i)** ele afastou a interpretação literal da regra constitucional envolvida para privilegiar uma redução teleológica da regra orientada a valores; **(ii)** ele defendeu sua filosofia moral ou política sobre o processo eleitoral e o objetivo moralizador da Lei da Ficha Limpa como vetores interpretativos que justificavam uma construção hermenêutica que superasse o sentido mais imediato do texto constitucional; **(iii)** ele privilegiou a capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal para impor valores morais em favor do desenvolvimento legislativo do processo eleitoral apesar da regra constitucional do artigo 16 da Constituição.

A comparação dos votos de Joaquim Barbosa nesses dois casos – pertencentes à mesma linha temática – sugere que, além do texto constitucional, outros fatores influenciaram sua posição. A variação de método interpretativo de um caso para o outro é revelador. Esses casos apresentaram incertezas jurídicas equiparáveis. As interpretações dos artigos 55 e 56, no primeiro caso, e do artigo 16, no segundo, todos veiculando regras constitucionais, diferem muito pouco em grau de dificuldade. Ambos os casos envolveram pretensões de moralização do processo político que encontravam obstáculos em regras constitucionais cujos significados são relativamente claros e precisos. Contudo, no caso da fidelidade partidária, Barbosa privilegiou a interpretação mais imediata dos enunciados constitucionais envolvidos em detrimento da ação moralizadora do processo político que ele mesmo defendia; ao passo que, no caso da Lei da Ficha Limpa, Barbosa optou por flexibilizar o sentido literal da regra constitucional, reduzindo seu alcance normativo, para que vigorassem de imediato os comandos moralizantes do processo político da LC 135/2010.

O que explica esse desvio de comportamento metodológico e de propósito institucional? O próprio Joaquim Barbosa dá pistas em seu voto no segundo caso:

Ao evoluirmos do voto a bico de pena, do voto de cabresto até chegarmos ao voto direto, secreto e universal e, em breve, ao voto por identificação biométrica, teremos percorrido sem dúvida um longo caminho. Mas, para a completa moralização da nossa vida política,

restam-nos ainda alguns trechos a percorrer. E a Lei Complementar 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa, simboliza mais um avanço nessa direção. Fruto da mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos, sendo, portanto, uma das nossas raras leis de iniciativa popular, creio que essa marca distintiva da LC 135/2010, por si só, já deve constituir um norte interpretativo importante, a guiar a análise do presente recurso.¹⁹

No caso da LC 135/2010, Joaquim Barbosa colocou sua criatividade hermenêutica a serviço do anseio da população brasileira pela moralização urgente do processo político. O propósito moralizador da LC 135/2010 estava presente também na proposta da maioria da Corte no processo da “fidelidade partidária”, mas, naquele caso, o ministro, negando sua vocação igualmente moralizante, prestigiou o sentido mais claro da Constituição e adotou uma postura de *self-restraint*. Porém, a “fidelidade partidária” não foi “fruto da mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos”, mas sim de ministros que não se sentiram incomodados com o ativismo judicial e criaram uma nova regra constitucional de elegibilidade, a despeito do Texto Constitucional nada dispuser a respeito. O diferencial do julgamento da “Lei da Ficha Limpa”, para o voto de Joaquim Barbosa, parece ter sido a mobilização social em torno da lei e a força da opinião pública pela aplicação imediata.²⁰

¹⁹ O contraponto pode ser encontrado também em trecho do voto de Luiz Fux: “A ampliação da legitimidade da Lei da Ficha Limpa, decorrente do fato de o projeto ser oriundo de uma iniciativa popular, também não pode fazer sucumbir princípios basilares do Direito.” E depois de citar a metáfora das “sereias” para justificar os pré-comprometimentos nos textos constitucionais, construída por Jon Elster, inspirada na “Odisséia” de Homero, Luiz Fux assumiu que “a tentação é grande, mas deve ser resistida, sob pena de grave comprometimento de valores mais elevados assegurados pelo texto constitucional de nossa pátria. As vozes de uma parcela da população brasileira, que clamam, de forma contrária ao que admite o art. 16 de nossa Constituição, pela punição, já nas eleições de 2010, de políticos condenados por órgãos colegiados, devem ser ouvidas, respeitadas, mas não encontram embasamento no ordenamento jurídico brasileiro e nem mesmo nas civilizações democráticas do mundo ocidental”.

²⁰ Talvez ironicamente, comparado ao debate em torno do cabimento dos embargos infringentes no “mensalão”, o voto mais contundente contra levar a opinião pública em consideração na aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa foi de Marco Aurélio. Ele votou pela inaplicabilidade para o ano de 2010 em razão da regra constitucional da anterioridade eleitoral, e fez considerações importante acerca da independência do Tribunal e de seus ministros. Marco Aurélio disse que os ministros não ocupam, “no Supremo, cadeira voltada a relações públicas, nem cadeira voltada simplesmente a atender aos anseios populares, mas cadeira voltada a preservar a Carta da República”. Ele reconheceu a existência do anseio popular em avançar mudanças no processo eleitoral, o aplauso geral da sociedade dirigido à lei. Afirmou, contudo, ser categórica, linear, clara a vedação constante do artigo 16 da Constituição no sentido da impossibilidade de aplicação de lei que alterasse o processo eleitoral iniciado antes de um ano de sua vigência. O ministro ressaltou que, em se tratando de regra cujo texto não comporte exceção, nem mesmo a notória “pretensão da sociedade brasileira de alcançar a correção de rumos” poderia legitimar a distorção da norma. Marco Aurélio reconheceu ser “muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular”, que o juiz “é enaltecido”, “tem o perfil ressaltado, mas, quando não há essa coincidência, realmente as críticas vêm à balha”. No entanto, advertiu não se impressionar com isso e existir na Constituição garantia contra esse tipo de constrição: a “cadeira vitalícia”, prevista, justamente, para assegurar a atuação dos ministros “segundo a ciência e a consciência possuídas”. Mesmo diante de toda a cobertura da mídia e da forte pressão da opinião pública, Marco Aurélio exaltou o insulamento político e social do juiz do Supremo e prestigiou a literalidade do artigo 16 da Constituição.

A maioria decidiu pela inconstitucionalidade da aplicação da Lei da Ficha Limpa para o ano de 2010. Decidiu a favor do sentido mais imediato da regra constitucional, mas contra a vontade da maioria do Congresso e contra a opinião pública. Arriscou seu capital de legitimidade para impor a vontade mais evidente da Constituição. Fez o certo? Não teria razão a minoria, inclusive Joaquim Barbosa, em aplicar o sentido menos imediato, embora possível, da expressão “processo eleitoral” para seguir a vontade da opinião pública? Cumprir esses propósitos justificaria desvios de padrão de comportamento judicial? Ou preservar, estrategicamente, a legitimidade institucional da Corte é motivo suficiente?

A comparação dos votos do “herói” do mensalão revela que o comportamento dos juízes constitucionais pode variar e isso responde a fatores internos e externos que extrapolam o texto normativo interpretado. Isso é particularmente importante em casos difíceis. Essas preocupações têm ocupado a agenda de acadêmicos, que têm dirigido esforços para a compreensão das variáveis explicativas do “comportamento judicial”. Essas variáveis giram em torno do direito, da ideologia e da estratégia. É do que me ocupo no tópico seguinte.

4. Comportamento judicial: o direito, a ideologia e a estratégia

Para explicar o comportamento dos juízes, cientistas políticos diferenciaram três modelos: o modelo legal; o modelo atitudinal; diferentes modelos estratégicos. O primeiro modelo responde à concepção tradicional que se tem de juízes decidindo os casos baseados apenas em suas compreensões dos textos legais, dos precedentes, na escolha que fazem do melhor método de interpretação do material jurídico, inclusive dos princípios jurídicos. Esse modelo explica a maior parte das decisões judiciais, o “varejão” dos processos judiciais, o comportamento judicial no dia-a-dia forense, mas pode ser uma explicação insuficiente para os casos cruciais – aqueles casos que envolvem questões políticas e morais de alta complexidade, que repercutem fortemente por toda a sociedade e pela comunidade política e que, por isso, chamam uma atenção diferenciada e provocam uma pressão incomum sobre os julgadores. Nesses casos diferenciados, não é provável que apenas o “direito” faça parte das razões de decidir.

O modelo legal tem referência exata no *árbitro de beisebol* do *Chief Justice* Roberts da Suprema Corte norte-americana. Em 5 de setembro de 2005, George W. Bush indicou John Roberts para o cargo de *Chief Justice*. Na sabatina do Senado, condenando “práticas de ativismo judicial” por “juízes antidemocráticos”, Roberts utilizou a analogia do árbitro de beisebol (*umpire*) para descrever qual seria a correta filosofia judicial: “Juízes são árbitros de beisebol. Árbitros não fazem as regras; eles as aplicam”. Disse que nunca esqueceria de ser o seu “trabalho” apitar o jogo, e não o jogar. Segundo o seu discurso,

“juízes e *justices* são servos do Direito, sem vice-versa”. O juiz de Roberts seria então um paradigma do modelo legal.

Por 78 votos a 22, Roberts foi confirmado para o cargo. Entre os 22 votos contra, destacou-se o do ex-professor de Direito Constitucional, ex-advogado de direitos civis, então Senador por Illinois – e hoje, ex-Presidente dos Estados Unidos –, Barack Obama. Preocupado com o alinhamento da filosofia política e moral de Roberts com os valores do Partido Republicano, o Democrata colocou o dedo na ferida: nos casos verdadeiramente difíceis, o clamor pela aderência a textos legais e teorias da interpretação não são capazes de restringir a liberdade decisória dos juízes da Suprema Corte, nem se revelam nítidas as fronteiras entre Direito e Política. Segundo Obama,

Embora a aderência aos precedentes judiciais e às regras de interpretação legal e constitucional sele o destino de 95% dos casos apreciados pela Corte, de modo que tanto um Scalia quanto uma Ginsburg chegarão ao mesmo resultado na maior parte das vezes, o que importa na Suprema Corte são os outros 5%, de casos verdadeiramente difíceis [...]. Nesses 5% de *hard cases*, o texto constitucional não fornecerá diretamente o resultado. A linguagem da lei não será perfeitamente clara. Interpretações jurídicas por si sós não levarão às normas de decisão. Nessas circunstâncias, [...] o ingrediente crítico é suprido pelo que está no coração do juiz [...]. (Tushnet, 2013, p. xi).

A preocupação de Obama é a de que, nesses 5% de casos difíceis, o “árbitro” não apenas “apita”, mas “joga o jogo”. Nessa parcela pequena de casos, mas de importância maior para a sociedade e para o sistema político de um país, não é possível assegurar que as decisões judiciais sejam produtos de uma relação exclusiva e de natureza meramente técnica entre juiz e texto normativo. Seja em razão da indeterminação dos textos interpretados, da alta carga valorativa que possuem os enunciados normativos envolvidos ou simplesmente em razão da altíssima temperatura e visibilidade dos conflitos, a ideologia do juiz, assim como influências externas e internas cumprirão, em alguma medida, papel inevitável na construção das decisões.

Nesses casos complexos, o material jurídico, quase que invariavelmente, sofre de uma profunda indeterminação semântica, sendo assim um tanto incerto o caminho que os juízes seguirão. É muito improvável que, em casos como da união homoafetiva, do aborto de fetos anencéfalos e do sistema de cotas raciais para universidades públicas, os ministros do Supremo tenham chegado às suas conclusões apenas interpretando a Constituição e os textos legais pertinentes. É claro que esses textos jurídicos são pontos de partida e mesmo limites das decisões, mas são pontos de partida tão ambíguos e de limites tão indeterminados, que as decisões judiciais não poderiam, simplesmente, ter sido alcançadas sem que os ministros do Supremo consultassem outras fontes, ou seja, sem que fossem influenciados por outros fatores além dos textos e princípios jurídicos.

Em resposta a essa insuficiência do modelo legal, autores passaram a defender o modelo atitudinal – as preferências morais e políticas dos juízes influenciam sua interpretação de textos ambíguos. Diante de casos complexos, em que os argumentos jurídicos que favorecem uma solução são tão fortes quanto aqueles em favor da solução oposta, os juízes inevitavelmente avançam suas preferências valorativas para resolver esses impasses. Diante de um quadro de incerteza jurídica, os juízes não tomarão decisões contra o que consideram moral e politicamente mais adequado para a sociedade em que estão inseridos. Preferencialmente, juízes liberais favorecerão resultados liberais; conservadores, resultados conservadores; igualitários, de inclusão social; etc.

Como disse Lawrence Baum em relação aos *justices* nos Estados Unidos, “de todas considerações que pudessem influenciar as decisões da Suprema Corte, eu tenho dado ênfase principal às preferências políticas dos juízes”. (Baum, 2010, p. 147). Juízes constitucionais podem até variar a medida de suas concepções de acordo com as especificidades dos casos, mas não se distanciarão muito do ponto ideal que defendem. Esse modelo segue a perspectiva que juízes não sofrem restrições sobre suas decisões, não se preocupam com possíveis reações dos outros poderes ou da sociedade e, por tudo isso, exercem discricionariedade irrestrita em seus julgamentos para avançar os valores morais e políticos que favorecem.

A operação desse modelo pode ser diferenciado do modelo legal notadamente em constituições que não deixam claros quais são os valores que elas incorporam. Textos normativos são restrições formais externas ao julgador, ao passo que sua ideologia é uma variável endógena. Entretanto, diferenciar a operação prática desses modelos se torna mais problemático em constituições que incorporam os mais diversos valores. É o caso, segundo penso, de nossa Constituição de 1988.

Com sua constitucionalização abrangente e compromissória, seu amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados principalmente por enunciados normativos vagos e indeterminados, a Constituição não criou apenas um quadro generoso de oportunidades para a judicialização da política e da vida no nível do Supremo, mas também permitiu que os ministros desenvolvessem diferentes visões políticas e morais como a “melhor interpretação” das normas constitucionais. Como a Carta não incorporou apenas uma filosofia moral ou política, mas resultou “do compromisso possível entre as diversas forças políticas e grupos de interesse que se fizeram representar na Assembleia Constituinte” (Sarmiento, 2010, p. 103), os ministros do Supremo avançam diferentes ideologias igualmente fundadas no texto constitucional. Como o exame comparado dos votos de Joaquim Barbosa demonstrou, isso permite aos ministros combinar preferência valorativa e interpretação sistêmico-teleológica do enunciado constitucional aplicável.

Um exemplo serve para explicar ainda melhor essa situação. O Supremo enfrentou uma questão interpretativa complexa no julgamento sobre o alcance da “imunidade tributária das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas sobre as receitas de exportação”, estabelecida pelo artigo 149, §2º, inciso I, da Constituição. A Receita Federal compreendia que essa imunidade, em razão de constar no texto constitucional a expressão “receitas”, apenas poderia alcançar as contribuições que tivessem como fato gerador/base de cálculo a figura jurídico-econômica da “receita”. Isso significou que, para o órgão arrecadador, a regra constitucional da imunidade apenas favorecia a desobrigação das contribuições sociais conhecidas como COFINS, PIS e CIDE (todas incidentes sobre a receita bruta das pessoas jurídicas exportadoras ou não).

Ao contrário, os contribuintes questionaram que essa interpretação literal da Receita Federal amesquinhasse o objetivo da regra constitucional e que essa imunidade deveria alcançar também a contribuição CSL, que tem como fato gerador/base de cálculo a figura do “lucro líquido”. O raciocínio foi o seguinte: **(i)** a CSL incide sobre o lucro; **(ii)** o lucro é, *grasso modo*, o resultado de “receita” menos “despesa e custos”; **(iii)** sendo assim, permitir que alguma contribuição social incida sobre o “lucro das exportações” seria o mesmo que admitir que essa contribuição incida, ainda que parcialmente, sobre as “receitas de exportação”, haja vista essas participarem do cômputo do “lucro de exportação”; **(iv)** dessa forma, essa incidência violaria o propósito da regra de imunidade do art. 149, §2º, I da CF/88.

Havia, portanto, um embate metodológico no caso – a interpretação literal favorecia o argumento da Receita Federal; a interpretação teleológica, o argumento dos contribuintes. No entanto, também se formou um embate ideológico no julgado, que inclusive foi colocado como a direção para a escolha do método mais adequado para a interpretação – de um lado, uma visão liberal-desenvolvimentista, cuja matriz seria o artigo 3º, inciso I da Constituição e que favorecia a desoneração mais ampla das exportações; de outro, uma visão social-protetiva, cuja matriz é o princípio da solidariedade no custeio da seguridade social do artigo 195 da Constituição e que favorecia a incidência da contribuição social como decorrência da universalidade desse custeio. Tratou-se de uma disputa que dividiu a Corte. No final, por maioria de apenas um voto, ela decidiu que o valor solidariedade deveria preponderar sobre interesses econômicos.²¹

A ala liberal-desenvolvimentista, liderada principalmente pelo ministro Gilmar Mendes, construiu uma interpretação teleológica do enunciado normativo orientada a um valor liberal que acreditava incorporado expressamente à Constituição. Por sua vez, a ala

²¹ STF – Pleno, RE 564.413/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/08/2010, DJ 03/11/2010.

social-protetiva, defendida por Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, afirmou que não só a interpretação literal, mas a sistemática e a teleológica do artigo 149, §2, I, favoreciam igualmente um resultado como ditado pelo princípio constitucional da solidariedade. Portanto, variáveis legais e ideológicas se misturaram em função do que a Constituição dispunha, e não exclusivamente do que os ministros pessoalmente achavam moral ou politicamente mais adequado. Essa situação sugere que o modelo atitudinal pode não ter uma força explicativa autônoma para as decisões do Supremo, em relação ao modelo legal, dentro do sistema da Constituição de 1988. Não é que os ministros não decidam de acordo com suas preferências, mas sim que, diante do caráter abrangente e compromissório da Constituição de 1988, essas preferências de valores dificilmente deixarão de ter expressão normativa na Carta e, por isso, serão também as preferências do texto constitucional.

O terceiro modelo rejeita que juízes ajam livres de constrações para avançar suas preferências morais e políticas nas hipóteses de aplicação de textos constitucionais ambíguos em casos complexos. Como defendem Lee Epstein e Jack Knight, paradigmas desse pensamento, “juízes são atores estratégicos que entendem que sua habilidade para alcançar objetivos depende da consideração das preferências dos outros atores, das escolhas que eles esperam que esses outros atores façam e do contexto institucional em que eles atuam” (Epstein; Knight, 1998, p. 10). Em um ambiente sociopolítico hostil, cortes agirão com o máximo de cautela; em um ambiente favorável, decidirão com mais liberdade e com menos receio de reações negativas; em ambos os casos, procurarão maximizar sua posição institucional.

Enquanto o modelo legal privilegia constrações exógenas formais como o texto legal e os precedentes; o modelo atitudinal, variáveis endógenas, mais precisamente as preferências morais e políticas dos juízes e também o seu *background* profissional; o modelo estratégico trabalha com a ideia que fatores externos motivam ou constroem as decisões cruciais dos juízes, mesmo os mais independentes. Dentre as constrações externas, o ambiente político e a opinião pública cumprem o papel mais saliente. Juízes podem favorecer, com suas decisões, a maioria política governante com o propósito de consolidar seu prestígio institucional com os titulares do poder e, dessa forma, aumentar sua independência para futuras decisões mais intrusivas.

De modo similar, juízes podem seguir tendências na opinião pública como forma de obter aprovação da sociedade e construir um capital de legitimidade social que os proteja de ataques de outros poderes. Como disse Lawrence Baum, “aceitação social é relevante, e juízes seriam um grupo diferente de pessoas se nenhum deles fosse preocupado com respeito e popularidade fora da Corte” (Baum, 1997, p. 48-49).

Pois bem. Considerados os julgamentos, votos e debates do Supremo até aqui expostos, e considerados esses três modelos explicativos, duas perguntas se revelam pertinentes – são as perguntas de pesquisa – para desfecho do artigo: algum desses modelos explica melhor o comportamento dos ministros e do Supremo? E a depender do modelo eleito, o comportamento decisório seria legítimo? É o que tento propor como possíveis respostas no próximo tópico.

5. A realidade do Supremo entre o descritivo e o normativo

Existe uma opinião compartilhada por muitos acadêmicos no sentido de cortes constitucionais e supremas não atuarem em um vácuo social e político em casos difíceis. Significa dizer: para a compreensão e avaliação do comportamento decisório dessas cortes em casos paradigmáticos, é necessária uma abordagem que seja não só normativamente razoável, mas também empiricamente realista. Essa combinação só é possível de alcançar por meio de uma proposta que, ao versar o comportamento de cortes quando tomam decisões cruciais, não as isolem ou as insulem do ambiente social e político de influências recíprocas. Respondendo à primeira pergunta: para o Supremo, penso não deva ser diferente. Os exemplos de julgados do Tribunal foram limitados, mas emblemáticos e exemplares.

Com efeito, juízes constitucionais, interpretando textos constitucionais, promovem mudanças constitucionais. Todavia, essas interpretações sofrem influências das compreensões constitucionais sustentadas por atores externos às cortes. Para sobreviverem, as constituições não podem deixar de refletir a sociedade ordenada nem de receber aceitação social. Ao mesmo tempo, os comportamentos e reações desses atores externos sofrem influências dessas decisões cruciais ou da previsão sobre possíveis precedentes futuros. Trata-se, portanto, os processos decisórios, de uma relação dinâmica, complexa, contínua e mutuamente constitutiva entre fatores legais e filosóficos internos e fatores sociais e políticos externos às cortes – uma relação simultaneamente normativa e empírica, de implicações recíprocas.

Portanto, mudanças constitucionais mediante decisões cruciais, segundo a perspectiva deste artigo, decorrem de uma complexa interação entre fatores internos e externos às próprias cortes. Daí não ser possível sustentar a operação isolada de nenhuma das abordagens explicativas dos processos de decisão. Não acredito que decisões cruciais tomadas por cortes paradigmáticas sejam decorrências exclusivas: **(i)** da interpretação dos textos normativos, de precedentes e de métodos de interpretação (modelo legal); ou **(ii)** das preferências morais e políticas de juízes livres de quaisquer restrições (modelo atitudinal); ou **(iii)** de ações estratégicas tomadas por juízes (modelo estratégico). A explicação vem em cada caso, em cada voto, pela combinação de dois ou dos três fatores indicados.

Nossos exemplos e tantos outros revelam que, sobre a realidade decisória do Supremo Tribunal Federal nos casos cruciais, todas essas explicações são pertinentes do ponto de vista descritivo, desde que não aplicadas em seus extremos de pensamento. Os ministros do Supremo têm procurado sempre aplicar e justificar a melhor interpretação da Constituição e isso inclui uma boa dose de atitude, de convicções morais e políticas, que ganham tradução jurídica por meio do trabalho da interpretação constitucional. Por sua vez, como os nossos exemplos revelaram, o Supremo é capaz de decidir e de fato decidiu, em diferentes oportunidades, em sentido contrário ao que parecia ser o da opinião pública. Todavia, mesmo nesses casos, os votos proferidos, vencedores e vencidos, destacaram não só a preocupação com os “anseios generalizados” da sociedade, mas buscaram fundamentar essa vontade popular como um vetor interpretativo relevante, mesmo quando não predominante – um elemento da decisão. Destacaram a atuação contramajoritária do Tribunal como a exceção, e o ideal de as decisões estarem alinhadas à opinião majoritária.

Em diferentes situações, os votos dos ministros revelam uma mistura do “direito” com as suas preferências valorativas. No que se refere a esse elemento atitudinal, de filosofia moral ou política, como dito no tópico anterior, deve-se ter uma visão hermenêutica realista: a Constituição de 1988 oferece uma estrutura de oportunidades para que os ministros argumentem esses valores como normas jurídicas. Diante da textura aberta dos enunciados constitucionais mais relevantes e da abrangência e do pluralismo valorativo da CF/88, nem sempre é possível identificar os limites impostos pelo texto constitucional à possibilidade de incorporação desses argumentos de filosofia. Se determinada ideia ou pensamento não encontrar tradução jurídica na Constituição de 1988, então não passará de um pensamento individual, do valor defendido pelo juiz e nada mais. Será ilegítimo. Todavia, diante do caráter abrangente da Constituição de 1988, os ministros possuem relativa facilidade para tratar propostas de filosofia política e moral como normas constitucionais. Essa é uma perspectiva descritiva difícil de ser desmentida.

Porém, se essa é uma realidade descritiva, isso não significa que não deva haver preocupações normativas, de legitimidade decisória. Afinal, não se pode admitir julgamentos puramente “de vontade” por parte dos juízes. Como então controlar essa atitude por parte dos ministros do Supremo? Penso que nenhuma teoria da interpretação seja capaz, por si só, de constranger julgamentos por razões puramente ideológicas e políticas. Ao contrário, podem servir para mascarar essas razões. As críticas aos desvios decisórios devem, portanto, também ser de ordem institucional. A crítica não deve ser apenas quanto à relação entre Supremo e texto, pois o Tribunal não é o único nem o mais importante intérprete da constituição. O pensamento juriscêntrico não resolve, apenas agrava o risco dos desvios decisórios.

É preciso questionar a postura institucional do Supremo perante as decisões prévias e os espaços de atuação dos outros poderes. O apelo ao textualismo deve ser complementado pela adoção de uma cultura de deferência institucional, o que, não raramente, é absolutamente estranho ao comportamento contemporâneo do Supremo. Por certo, se uma lei for claramente inconstitucional, deverá assim ser

declarada. Contudo, se a Constituição oferecer diferentes possibilidades interpretativas, e isso envolver a influência de diferentes valores e ideias, além de postura interpretativa contida perante o texto constitucional, o Supremo deve adotar a deferência às interpretações prévias dos outros poderes: os ministros, nessas circunstâncias, não devem substituir a filosofia moral ou política adotada pelos demais poderes pelas suas próprias, se a primeira tiver abrigo no texto constitucional.

Esse tipo de deferência aos demais poderes é uma exigência de valor institucional e político dentro de um governo democrático e de poderes separados; o Tribunal deve dar maior peso à capacidade jurídico-constitucional ou epistêmica dos outros poderes quando presentes escolhas prévias razoáveis. Além de levar o texto da Constituição a sério, o Supremo precisa também levar a sério as razões e interpretações prévias, ainda que valorativas, dos outros poderes, logicamente quando não manifestamente incompatíveis com o texto constitucional. As críticas devem ser dirigidas a como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional, mas também a como se comporta diante dos outros poderes: deve ser rechaçado o fato de o Supremo não dar aos outros poderes de governo o benefício da dúvida quanto ao juízo moral e político de validade constitucional das leis e atos normativos. Isso é um problema sério, mas não é apenas hermenêutico, e sim também de postura institucional.

Ainda que não concordem com uma determinada interpretação prévia do texto constitucional pelo Executivo ou Legislativo como a melhor valoração, se essa for, porém, uma das interpretações cabíveis, os ministros não deverão sobrepor seus valores e ideologias, e sim valorizar essa interpretação como uma compreensão legítima porque emanada de órgãos legitimados democraticamente. Portanto, além de humildade interpretativa perante o texto constitucional, o Supremo precisa adotar o caminho da modéstia institucional. Sem prejuízo das possíveis críticas hermenêuticas aos votos atitudinais, é necessário reivindicar, nesses casos cruciais, a adoção de uma cultura institucional de autorrestrição estrutural.

No que concerne às variáveis decisórias relacionadas às reações adversas de outros poderes e da opinião pública, assumir que essas se fazem presentes e importantes não pode significar que seja possível ou permitido ao Tribunal abandonar o seu papel contramajoritário. Essa é uma conclusão que assumo neste artigo, mas que não retira a complexidade do tema. Com efeito, há de se reconhecer que, do ponto de vista normativo, existem boas razões para cortes, como o Supremo, sob certas circunstâncias, buscarem o alinhamento de suas decisões com as vontades majoritárias, no que concerne tanto às maiorias políticas quanto à opinião pública. Existem razões de natureza deontológica e de caráter utilitarista para tanto.

Do ponto de vista deontológico, a ideia de “corte majoritária” pode diluir as acusações de comportamentos democraticamente ilegítimos. Levar em conta a vontade majoritária no processo de interpretação da Constituição pode responder a uma exigência democrático-representativa. É democraticamente salutar que a opinião pública dialogue com o texto constitucional. Os sentimentos de justiça, segurança e liberdade da sociedade não podem ficar, sem mais, de fora do conjunto de

argumentos que se somam para formar uma decisão crucial. Com o Supremo decidindo com frequência cada vez maior os rumos da sociedade, ele não pode deixar de considerar a opinião dessa sociedade.

Da mesma forma, o Supremo não pode ser indiferente, quando da interpretação constitucional, aos movimentos políticos majoritários de cada tempo, sob pena de estar ignorando a própria expressão da vontade popular nas urnas. Sem que venha representar ameaça à independência do Tribunal e aos valores do Estado de direito, esse alinhamento pode fortalecer nossos processos democráticos. Esses são bons argumentos normativos, mas nunca absolutos. Não são capazes de legitimar toda e qualquer decisão, em quaisquer circunstâncias.

Da perspectiva utilitarista, há um aspecto de prudência: cortes, como o Supremo Tribunal Federal, não podem ignorar a importância da aceitação e do apoio da sociedade e das reações dos poderes políticos às suas decisões cruciais, pois desses fatores depende a manutenção de seu capital institucional. Com efeito, como estratégia, cortes devem se preocupar com reações políticas e populares adversas às suas decisões, pois isso envolve a sua própria legitimidade e capacidade de continuar a julgar casos muito controversos. É a preocupação da corte como um ator político, no sentido de ter o poder de interferir em questões políticas e morais cruciais. Em perder essa legitimidade, a corte fica suscetível de sofrer ataques de outros poderes e da própria população.

Sem prestígio institucional, a agenda dessas cortes, como o Supremo, pode ser esvaziada de casos relevantes e suas decisões serem até ignoradas. Esse é um cenário um tanto extremo, porém, dentro de um *continuum* de possibilidades, é inegável, da perspectiva estratégica, que ir contra a opinião pública e os poderes políticos majoritários traz mais desvantagens do que vantagens. Nesse sentido, a preocupação maior não deve ser com a rejeição a um caso específico, mas com a rejeição difusa em sua direção. A preocupação imediata não deve ser com a aprovação pública de decisões em casos individuais e, sim, com o apoio à corte como instituição legítima e capaz de julgar casos cruciais.

Por isso, decisões impopulares podem até ser aceitas se a corte gozar de alto prestígio institucional. Porém, esse prestígio tende a diminuir com a sucessão de decisões impopulares. O capital de legitimidade é dinamicamente limitado, daí a necessidade de as cortes agirem, muitas vezes, estrategicamente. Isso vale para o Supremo que, não raramente, tem enfrentado essas dificuldades em casos cruciais.

Assumir essas razões como válidas levanta a objeção sobre se não poderia ficar fragilizado o papel contramajoritário das cortes, e do Supremo em particular, tão essencial para o constitucionalismo contemporâneo. Sem embargo, respondendo à segunda pergunta da pesquisa, e isso já foi dito e é decisivo: ainda que seja excepcional, como afirmaram Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso em seu diálogo, a atuação contramajoritária do Supremo é irrenunciável, sendo um aspecto relevantíssimo da identidade e da moralidade institucional de cortes constitucionais e supremas.

Quando o alinhamento entre, de um lado, a opinião pública e a vontade política majoritária, e, de outro, a adequada interpretação da Constituição de 1988 pelo Tribunal, não for constitucionalmente válido, deve prevalecer o comportamento contramajoritário do Supremo, ou seja, a interpretação

contra a opinião pública e a vontade da maioria política, independentemente das consequências. No somar dos casos, penso que a atuação do Tribunal tem sido corajosa e positiva, seja em face da opinião pública, seja em relação às maiorias políticas ocasionais.

Há espaço, portanto, para ambos os comportamentos do Tribunal, ficando a dificuldade em definirem-se as fronteiras entre prestigiar as perspectivas democrática e de prudência da integração da opinião pública e da vontade política majoritária na interpretação constitucional, e defender a moralidade institucional do papel contramajoritário. O Supremo deve buscar o equilíbrio entre a preservação de sua credibilidade social e política e não poder abrir mão de sua independência e de sua identidade constitucional como guardião da Constituição de 1988.

Acredito que esse equilíbrio deva ser perseguido pelo exercício da capacidade do Tribunal em convencer que suas decisões são decorrências da correta e adequada interpretação da Constituição e dos textos legais, sem que isso tenha implicado, contudo, desprezo às interpretações e decisões prévias dos outros poderes. O propósito democrático de aproximar a interpretação constitucional da opinião pública e das vontades políticas atuais não pode fazer com que os ministros do Supremo distorçam regras constitucionais e legais e abandonem o voto coerente e textualmente fundamentado. Penso que a maioria dos ministros tem buscado alcançar esse ideal, ainda que alguns votos não sejam isentos de críticas. Os casos descritos demonstraram essas condutas, para a maioria vencedora, e para a minoria derrotada.

Os ministros devem ser responsáveis aos limites textuais da Constituição e, nesse aspecto, o julgamento do caso da anterioridade eleitoral da Lei da Ficha Limpa foi paradigmático no que concerne à maioria do Tribunal, assim como foi a resposta definitiva que o Tribunal deu ao caso da prisão (ou não) após a segunda instância condenatória. A determinação semântica das regras constitucionais envolvidas, como limite à possibilidade de influência da opinião pública sobre a interpretação constitucional, se fez presente nesses casos. O sentimento popular não foi capaz, para o Tribunal, de restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional.

Nesses casos, a legitimidade pelo texto constitucional se sobrepôs à legitimidade pela opinião pública. E isso foi de plena legitimidade decisória, apesar do custo de legitimidade social (me perdoem a repetição proposital e conflitiva do termo “legitimidade”). Até porque, uma corte constitucional ou suprema que ignore os sentidos diretos e imediatos do texto constitucional, para atender a anseios populares e a vontades políticas de cada época, gozará de legitimidade social e política apenas de curto prazo. Contudo, como se sabe, muitas vezes não estão presentes condições textuais tão favoráveis a esse tipo de comportamento.

Ao contrário, havendo condições textuais especiais, nas quais admitidas diferentes interpretações igualmente razoáveis, o Tribunal deverá alcançar sua legitimidade mediante a recusa à supremacia judicial e com o engajamento no diálogo com os outros poderes, levando em conta as interpretações prévias e as decisões desses outros poderes, e também com a opinião pública, levando em conta o que denominam de “anseios generalizados”. Para essa última hipótese, uma relevante

advertência: é também importante que condições epistêmicas sejam satisfeitas, pois a tarefa de como identificar e compreender esses “anseios” e “vontades” populares é por demais problemática. Mas isso é um problema para outra pesquisa. Afinal, sob quais condições deve operar uma interpretação “popular” da Constituição por cortes constitucionais e supremas é uma pergunta de pesquisa por demais complexa, duradoura e inconstante, que requer aprofundamentos bem maiores e diversos.

6. Conclusão

O artigo partiu da premissa de as decisões cruciais serem construídas a partir de uma mistura complexa de fatores legais, atitudinais e estratégicos das cortes, e do Supremo em particular; e que esses fatores não podem ser nitidamente isolados como explicações dessas decisões. Essa perspectiva tem um importante valor normativo, na medida em que revela que essas decisões não são frutos da vontade e direção exclusivas das cortes como agentes legais e ideológicos, mas também consequências dos contextos político e social. Trabalhar com essa perspectiva significa recusar sejam os mundos autônomos do Direito e da Política antagônicos, incomunicáveis, inconciliáveis. Não se trata de “Direito *versus* Política”, mas de “Direito e Política”, cada um cumprindo papel próprio em um processo de implicações mútuas.

A complexidade dos casos cruciais e a ambiguidade das normas constitucionais envolvidas tornam essa interação não apenas inevitável, mas relativamente desejável na medida em que considerações de Direito possam reforçar as de Política, e vice-versa. Contudo, nada disso pode obscurecer o papel paradigmático de cortes constitucionais e supremas, como o Supremo Tribunal Federal, de ator contramajoritário. Cortes constitucionais e supremas possuem a identidade e a moralidade institucional vinculadas à sua atuação como ator contramajoritário nas hipóteses em que uma maioria, popular e política, se dirigem contra o que estabelecem as normas da Constituição, máxime quando envolvidos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). **Judges in Contemporary Democracy**. New York: New York University Press, 2004.

BASSOK, Or. The Sociological-Legitimacy Difficulty, **Journal of Law & Politics** Vol. 26, 2011, p. 239-272.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010.

_____, **The Puzzle of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

BLACK JR., Charle. **Structure and Relationship in Constitutional Law**. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.

Revista Publicum
Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 11-40
<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>
DOI: 10.12957/publicum.2023.80967

- BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate. Theory of the Constitution.** New York: Oxford University Press, 1984.
- CALABRESI, Guido. **Originalism: A Quarter-Century of Debate.** Washington: Regnery Publishing, 2007.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make.** Washington: CQ Press, 1998.
- FALLON JR., Richard H. Legitimacy and the Constitution. **Harvard Law Review** Vol. 118 (6), 2005, p. 1827-1833.
- GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert. A. Introduction: Institutional Approaches to Courts as Political Actors. In: _____; _____. (Ed.) **Institutions & Public Law. Comparative Approaches.** New York: Peter Lang, 2005, p. 3- 23.
- PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. **Journal of Law & Politics** Vol. 26 (1), 2011, p. 128-143.
- ROESCH, Benjamin J. Crowd Control: The Majoritarian Court and the Reflection of Public Opinion in Doctrine. **Suffolk University Law Review** Vol. 39, 2006, p. 380-423.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.** São Paulo: RT, 2010, p. 40-52.
- SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before.** New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, 1987, p. 571-605.
- TUSHNET, Mark. **In the balance. Law and Politics on the Roberts Courts.** New York: W.W.W Norton, 2013.
- _____. **Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law.** New Haven: Yale University Press, 2020.

Enviado em: 16/01/2024

Aprovado em: 16/01/2024