



UMA PERSPECTIVA REALISTA DO VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NO *HABEAS CORPUS* Nº 152.752/PR: O MODELO ESTRATÉGICO DO COMPORTAMENTO JUDICIAL

A realistic perspective of justice rosa weber's opinion in habeas corpus n. 152.752/pr: the strategic model of judicial behavior

Sergio Nojiri

Universidade de São Paulo (USP) - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8002897350601032> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7915-4429>

E-mail: nojiri@usp.br

Rhasmye El Rafih

Universidade Federal do Pará – UFPA - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7090911728143028> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1236-7849>

E-mail: myeelrafih@hotmail.com

Trabalho enviado em 23 de fevereiro de 2022 e aceito em 04 de abril de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



RESUMO

O presente artigo versa, em primeiro lugar, sobre o realismo jurídico enquanto teoria da decisão judicial. Ainda, discorre sobre o modelo estratégico do comportamento dos Tribunais, em especial o voto da Ministra Rosa Weber, no *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, impetrado em favor ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Por intermédio de uma abordagem metodológica dedutiva e casuística, essencialmente descritiva e qualitativa, objetiva-se a confirmação da existência de traços estratégicos na referida decisão. Como resultado, entendeu-se que a alternância de posicionamento da ministra no ano seguinte, após o arrefecimento do apoio social em relação a alguns movimentos anticorrupção fortalecidos à época, sugere uma atuação estratégica diretamente mediada pela força da opinião pública.

Palavras-chave: Realismo jurídico. Supremo Tribunal Federal. Teoria da decisão judicial. Modelo estratégico. Comportamento judicial.

ABSTRACT

This article addresses, first, the legal realism as a judicial decision theory. Then, it approaches the strategic model of the Courts' behavior, especially Justice Rosa Weber's opinion, in the Habeas Corpus No. 152.752/PR, filed in favor of former President Luiz Inácio Lula da Silva. Through a deductive and casuistic methodological approach, essentially descriptive and qualitative, it aims for confirmation of the existence of strategic features in that decision. As a result, it seems like the change in the Justice's opinion one year later, after the decrease in social support regarding some anti-corruption movements strengthened at the time, suggests a direct strategic action mediated by the strength of public opinion.

Keywords: Legal realism. Supreme Court of Justice. Judicial decision theory. Strategic model. Court's behavior.

INTRODUÇÃO

O realismo jurídico é um movimento que ascendeu entre 1920 e 1930 nos Estados Unidos e que desafiou a visão predominante até então de que as decisões judiciais eram fruto de um processo lógico-racional no qual juízes extraíam suas decisões exclusivamente do sistema jurídico. Muitos realistas, a propósito, sustentaram que os magistrados iniciam o processo de tomada de decisão antes mesmo de procurar um fundamento legal, pautando-se em influências ideológicas e/ou pessoais. Isso quer dizer que, para o realismo jurídico, as fontes legais tradicionais, como a lei, os precedentes e a doutrina, não são determinantes para os resultados dos casos, uma vez que as respectivas decisões judiciais sofrem uma considerável influência de fatores extralegais.

Essa forma de compreender o direito, que teve como precursores Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, estabeleceu-se como uma forte oposição ao pensamento formalista, que apostava que as regras e os precedentes, juntamente com o processo lógico, eram o ponto fulcral da decisão judicial¹. De acordo com a crítica realista, o formalismo termina por deixar de fora importantes elementos extrajurídicos que marcam o processo de tomada de decisão.

Mas da mesma forma que o formalismo foi criticado, o realismo jurídico norte-americano também não ficou imune a censuras. Para os críticos havia um exagero por parte dos realistas em diminuir o papel das regras e, de outro lado, superdimensionar os fatores extralegais no processo de decisão do juiz, como, por exemplo, o que ele comeu no café da manhã².

Por essas e outras razões, não foram desenvolvidos, no Brasil, estudos mais aprofundados acerca do processo de tomada da decisão judicial a partir da ótica realista.

Importante salientar que o realismo jurídico é uma forma de *descrição* da atividade judicial, que busca compreender a *realidade* do direito, daí a sua denominação. Todavia, são da tradição de nossa cultura jurídica teorias com enfoque no *dever ser*, em como as decisões devem ser tomadas, com pouca preocupação com o *ser*, em como realmente elas são.

Nesse sentido, o presente artigo pretende percorrer, na esteira do realismo jurídico, uma percepção mais lúcida do comportamento de juízes das cortes superiores. Para tanto, sob uma perspectiva crítico-descritiva, analisaremos o voto da Ministra Rosa Weber, no *Habeas Corpus* impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com o escopo de identificar traços do modelo estratégico, que mescla princípios da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos.

1. O REALISMO JURÍDICO COMO PROTÓTIPO DE UMA TEORIA EXPLICATIVA DA DECISÃO JUDICIAL

Há uma dificuldade inerente à definição do realismo jurídico, qual seja: se foi um movimento, um método, uma escola de pensamento, uma Teoria do Direito ou uma Teoria de Decisão Judicial. Isso se explica diante do fato de o movimento realista não ter tido uma única diretriz ou orientação. O movimento era composto de indivíduos que compartilhavam alguns pontos de vista em relação ao direito, mas que também mantinham perspectivas altamente pessoais. Não havia uma ortodoxia definida em torno da qual os realistas tendiam a se reunir, além do desejo de estudar empiricamente o real desenvolvimento do direito (CLARK, 1979, p. 495).

Karl Llewellyn, um dos mais importantes realistas da história, no entanto, parecia possuir uma ideia bem definida acerca dessa questão:

What realism was, and is, is a method, nothing more, and the only tenet involved is that the method is a good one. [...] Realism is not a philosophy, but a technology. That is why it is eternal. The fresh look is always the fresh hope. The fresh inquiry into results is always the needed check-up (TAMANAH, 2014, p. 32).³

Mas de onde surgiu o realismo jurídico norte-americano? Quem foram seus precursores? Qualquer resposta a essa pergunta deve passar, necessariamente, pelo nome de Oliver Wendell Holmes Jr., magistrado da Suprema Corte estadunidense (1902-1932). É de Holmes, por exemplo, a famosa frase: “*the life of the law has not been logic; it has been experience*” (SCHAUER, 2013, p. 763)⁴.

Mas o que queria dizer Holmes com essa célebre frase? Segundo suas próprias palavras, que as necessidades de cada época, as teorias morais e políticas predominantes, as instituições de ordem pública declaradas ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos de juízes para com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir às condutas das pessoas. Holmes queria dizer, ainda, que o direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, escreveu Holmes, temos de saber o que ele foi e o que ele tende a ser (HALIS, 2006, p. 14).

Outro nome que não pode ser esquecido, ao tratarmos das origens do realismo jurídico, é o de Benjamin Cardozo, que também foi juiz da Suprema Corte estadunidense. Ao lado de Holmes, Cardozo foi um dos mais importantes precursores do movimento, notadamente por acreditar que,

em certas ocasiões, os julgadores não são meros autômatos, pois também produzem o Direito, ao invés de somente declará-lo (TUMONIS, 2012, p. 1363).

De acordo com a crítica que Cardozo direciona à jurisprudência mecânica (*mechanical jurisprudence*), o juiz não é nem um mero enunciador mecânico-passivo, nem um revelador de um direito pré-existente (juiz “oráculo”), mas um criador de direito, que o molda, de forma criativa, mediante o exercício de sua função judicial, tendo em vista as necessidades de uma ordem social em transformação. Mas essa “adequação” não é arbitrária, já que ela deve ser orientada por uma paciente pesquisa, envolvendo a profunda compreensão dos preceitos e princípios legais que seriam interpretados à luz da história passada e do quadro ético, social, político e econômico atual (HALIS, 2006, p. 12).

Mas no que diz respeito ao realismo jurídico propriamente dito, pensamos que o seu surgimento se deu, de fato, com Karl Llewellyn, a partir de seu artigo “*A realistic jurisprudence – The next step in*”, publicado em 1930, na revista da Universidade de Columbia (CESTARI; NOJIRI; 2015, p. 150).

E aqui vale ressaltar, novamente, a advertência de que o realismo jurídico norte-americano não pode ser traduzido em uma única formulação de pensamento. A despeito disso, é possível distinguir dois ramos principais do movimento, um liderado por Jerome Frank e o outro por Karl Llewellyn. O próprio Frank, em sua grande obra “*Law and Modern Mind*”, reconheceu essa divisão no prefácio de 1948, no qual classificou a perspectiva de Llewellyn como a de um “cético das regras”. O ceticismo de regras focava, basicamente, nos tribunais de apelação e no papel que as regras legais desempenham na limitação da discricionariedade na tomada de decisões. Os céticos de regras duvidavam que o precedente jurisprudencial tivesse algum efeito restritivo sobre os juízes. Daí a famosa expressão cunhada por Llewellyn de que as regras legais, frequentemente, nada mais eram do que regras “de papel”, que apenas sugeriam o que deveria ser, em vez de ser o resultado real das decisões judiciais (CLARK, 1979, p. 495).

Já a segunda vertente do realismo, aqui chamada de “ceticismo dos fatos”, e que teve como figura principal Frank, realizou críticas muito mais devastadoras à teoria do direito tradicional do que simplesmente sugerir que as regras legais nem sempre ditam o resultado de um caso. A tese de Frank era de que os tribunais não conseguem nem sequer descobrir acuradamente os fatos, muito menos aplicar as regras corretas a esses mesmos fatos. Ele acreditava que “a certeza do direito é uma ilusão, uma pretensão fictícia e inconsciente de satisfazer o desejo infantil das pessoas por segurança”. De acordo com Frank as fragilidades da memória e da linguagem humanas, juntamente com os desejos subconscientes das testemunhas, jurados e juízes, combinam-se para produzir uma

situação em que os fatos raramente são apurados com precisão no processo judicial. Dessa forma, mesmo que as regras sejam a força motivadora na tomada de decisões judiciais, há poucas chances desse sistema de regras efetivamente orientar nossa conduta. Além disso, os desejos e intuições psicológicas subconscientes dos juízes são muito mais influentes na tomada de decisões do que qualquer corpo de regras (CLARK, 1979, p. 495).

Não restam dúvidas, portanto, que para o realismo jurídico norte-americano as fontes legais, sozinhas, são incapazes de produzir resultados incontrovertidos na decisão judicial. Nesse sentido, Brian Leiter aponta para aquilo que ele considera o ponto central, o “núcleo duro” (*core claim*), do pensamento realista, que consiste no fato de os juízes responderem, principal e primeiramente, aos estímulos fáticos do caso, para somente após e em menor medida sofrerem influxos do Direito e da razão (LEITER, 2002, p. 6).

Aquilo que Leiter chama de “núcleo duro” do realismo reflete, basicamente, um texto escrito por Joseph C. Hutcheson Jr., denominado “*Judgment Intuitive*”, considerado um marco no pensamento realista. Nele, Hutcheson reconhece a indeterminação do direito e a consequente importância dos juízes no processo de tomada da decisão judicial. O seu argumento, similar a de outros realistas, era o de que o direito não poderia ser reduzido à lógica de que os juízes são meros técnicos que aplicam a lei mecanicamente. Segundo o método pragmático e empírico de julgamento proposto por Hutcheson, os juízes têm uma intuição ou um palpite (*hunch*) sobre o destino de suas decisões. Uma vez que o juiz tenha considerado todo o material disponível, ele espera a intuição ou o palpite que leva à solução do caso (MODAK-TRURAN, 2001, p. 57).

No início de sua carreira jurídica, Hutcheson se considerava um formalista no estilo de Christopher Columbus Langdell. Hutcheson escreve em seu famoso artigo que, ainda jovem, acreditava que não havia espaço para a criação no direito, que era um sistema definitivo de regras, precedentes, categorias e conceitos. Nesse sentido, a tomada de decisão judicial era apenas um processo de busca da regra, categoria ou conceito cabível e, conseqüentemente, de dedução do resultado adequado. Julgar era, assim, uma questão de “logomancia”. Mas as ideias de Hutcheson sobre o direito e a tomada de decisão judicial, com o passar dos anos, foram sofrendo mudanças. Ele, que depois se tornou um conhecido juiz, ficou convencido de que regras devem ser consideradas provisórias, porque os muitos e variados fatos não podem ser previstos. Ele se convenceu, ainda, de que os juízes são instrumentos de mudança no direito. Sustentou que os juízes usam suas faculdades intuitivas para criar pontes do passado para o novo futuro (MODAK-TRURAN, 2001, p. 60-61).

A conversão de Hutcheson para uma visão do direito como mutável e fluido incluiu uma mudança em suas visões a respeito do processo de tomada de decisões judiciais. Ele ressaltou o papel do sentimento e do pressentimento no processamento deliberativo. Dessa forma, precedentes, regras e princípios legais servem apenas como um trampolim ou um meio para o “salto imaginativo” para o justo. Hutcheson, na realidade, estava ressaltando a importante função desenvolvida pelo *hunch*, que ele estabeleceu como sendo “[...] that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way” (MODAK-TRURAN, 2001, p. 63).⁵

Todavia, isso não quer dizer que os realistas desconsideraram a existência da influência das leis e dos precedentes na tomada da decisão, como aparentemente entenderam alguns autores, em especial Hart⁶. Brian Leiter, por exemplo, ao distinguir os céticos-conceituais, dos céticos empíricos, ressalta que para esses últimos as regras jurídicas podem ter algum tipo de influência na decisão judicial, embora em uma menor medida do que aquela apregoada pelo formalismo (LEITER, 2002, p. 25-26).

Holmes, o mais prestigiado dos predecessores do realismo, considerava que a lei e a doutrina são o melhor recurso de predição do comportamento judicial. Ele partia do pressuposto de que quando as leis são claras, os juízes irão seguir o Direito (SCHAUER, 2013, p. 779).

Apesar de o realismo jurídico procurar expulsar a metafísica das teorias jurídicas cultoras da legalidade formal e do fetiche da racionalidade e da segurança, não houve propriamente uma negação cabal da influência da lei. O que ocorre é que nos ditos casos difíceis (*hard cases*), a presença dos elementos extralegais na tomada de decisão se tornam mais evidentes e, por essa razão, não podem ser resolvidos por procedimentos lógicos e formais. Llewellyn, por exemplo, afirmou que a maleabilidade das normas jurídicas seria aplicável somente naqueles casos duvidosos o suficiente para tornar o litígio respeitável (LLEWELLYN, 1931, p. 1239).

Neste artigo investigaremos o comportamento judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal com base em premissas realistas e de modelos de comportamento judicial. E, para além do debate sobre se o realismo jurídico norte-americano buscou a formulação de uma teoria do direito⁷, sustentamos que a sua compreensão como um protótipo de uma teoria da decisão judicial nos auxilia na melhor compreensão do papel dos elementos extralegais envolvidos.

Isso não significa que a adoção do realismo jurídico como protótipo de compreensão do processo de deliberação das decisões nos coloca em alguma espécie de idiossincrasia judicial⁸ e, menos ainda, que a nossa abordagem simplesmente desconsidera a relevância das regras legais. O

que se pretende, na verdade, é ressaltar a importância de elementos extralegais (psicológicos, estratégicos, institucionais, etc.) no processamento da decisão judicial.

2. OS MODELOS DE COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO JUDICIAL

Em essência, os realistas argumentaram que o processo de elaborar uma decisão judicial é distinto daquele da deliberação. O que eles estavam tentando deixar claro é que, em que pese parecerem coincidir, a deliberação ocorre previamente à materialização física da decisão, notadamente porque a conjectura utilizada na deliberação nem sempre é retratada em sua motivação (CESTARI; NOJIRI; 2015, p. 160). E isso se dá, justamente, pelo fato de os elementos extralegais encontrarem-se, via de regra, subjacentes.

Neste artigo, pretendemos explorar alguns dos elementos extralegais que cremos estarem presentes na decisão do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, mediante uma abordagem conhecida como *modelos de comportamento judicial*.

Esse método de compreensão da atividade judicial teve início em pesquisa concebida pelo cientista político Herman Pritchett, em decorrência da obra “*The Roosevelt Court: a Study in Judicial Politics and Values 1937–1947*”, publicada em 1948. Pritchett buscou, de forma pioneira, entender as preferências políticas dos *justices* da Suprema Corte norte-americana, mediante análises quantitativas dos julgadores (MAVEETY, 2003, P. 54).

Pritchett foi pioneiro em usar dados estatísticos para testar a hipótese de que os juízes não estavam apenas seguindo a “lei” – o texto, os precedentes, e afins -, mas que eles também eram motivados por suas próprias preferências ideológicas. As observações de Pritchett revelaram o “liberalismo” e o “conservadorismo” dos juízes da Suprema Corte, o que o fez concluir que a ideologia influenciava as decisões desses juízes (EPSTEIN, 2016, p. 2020-2021).

Dos tempos de Pritchett para cá muita coisa mudou, no entanto, distinguir os modelos de comportamento judicial em três tem sido uma constante. Essa divisão consiste nos seguintes modelos: a) legalista; b) atitudinal (ou ideológico); e c) estratégico.

No modelo legalista há uma aposta de que o “material jurídico ortodoxo”, quais sejam, textos normativos, precedentes judiciais e demais materiais normativos, é capaz de explicar e prever como as cortes julgarão (MELLO, 2018, p. 692). O termo legalista, nesse caso, tem um alcance alargado, fazendo alusão à norma jurídica de uma forma ampla. É nesse sentido que Jeffrey Segal e Harold Spaeth afirmam que, de acordo com esse modelo, as decisões dos tribunais são

substancialmente influenciadas pelos fatos do caso à luz do pleno significado das leis e da Constituição, a intenção do legislador e os precedentes (SEGAL, 2002, p. 48).

Não iremos nos deter nesse modelo por crermos que a sua dimensão explicativa não alcança importantes elementos extralegais da decisão, como, por exemplo, a ideologia política ou a pressão da opinião pública.

Por seu turno, o modelo atitudinal aposta, dentre outros fatores, na ideologia em sentido amplo, que abrange a visão de mundo/*background* do magistrado. Esse modelo, bem próximo da visão dos realistas jurídicos, avalia que a racionalização é produzida *a posteriori*, isto é, depois da tomada da decisão, com a finalidade de legitimá-la (MELLO, 2018, p. 694).

As pesquisas em modelo atitudinal funcionaram razoavelmente bem nos Estados Unidos, onde foi criado, em boa parte pelo fato de ostentar um sistema político bipartido, dividido entre democratas e republicanos. Estudos lá realizados demonstraram que, a partir de um certo índice “ideológico”, era possível prever, com uma boa margem de acerto, decisões de juízes democratas ou republicanos somente a partir de suas indicações ao cargo. Assim, assuntos envolvendo minorias e normas regulatórias seriam, em tese, julgados de forma mais favorável por juízes indicados por presidentes democratas, enquanto causas com perfil mais conservador eram mais bem acatadas por juízes indicados por presidentes republicanos (MELLO, 2018, p. 695-696).

De acordo com esse modelo, parece acertado afirmar que posições ideológicas e pessoais de juízes, no ambiente norte-americano, tem um enorme potencial de vir a se tornar um fator determinante nas decisões, em consonância com o cariz ideológico do Presidente que os indicou (HORTA, 2016, p. 165).

No entanto, algumas críticas têm sido constantemente endereçadas ao modelo atitudinal. Uma delas afirma que há uma exagerada simplificação nesse tipo de análise, uma vez que o universo de amostragem dos casos para identificação da influência ideológica é, por vezes, pequeno e acaba por resultar em generalizações não comprováveis. Ademais, afirma-se que a participação da ideologia no processo decisório tem sido superdimensionada, por não se distinguirem os tipos de casos (mais simples dos mais difíceis) e, ainda, pela precariedade do recorte temporal, que se deve verificar nas alterações ideológicas ao longo do tempo (MELLO, 2018, p. 696).

Em virtude disso, os adeptos dos modelos comportamentais têm incorporado outros fatores extralegais, chamados de “estratégicos”. O modelo estratégico trabalha com a premissa de que os juízes não estão apenas querendo implementar suas escolhas jurídicas e políticas, mas também desejam que prevaleçam certos resultados jurídicos. Em razão disso, passam a agir estrategicamente. É por essa razão que para Lee Epstein e Jack Knight há uma consciência por parte

dos juízes da Suprema Corte de que, se quiserem alcançar os seus objetivos ideológicos, devem prestar atenção nas preferências dos demais atores envolvidos, nas escolhas aguardadas e, por último, mas não menos importante, no contexto institucional que atuam (EPSTEIN; KNIGHT; 1998, p. 13).

De acordo com a proposta classificatória de Patrícia Perrone Campos Mello, o modelo estratégico seria uma espécie do gênero *institucional*. Conforme a sua classificação, o modelo de comportamento institucional se subdivide em: a) institucional sincero, que revela a adequação (in)voluntária às instituições e suas regras; b) institucional estratégico, “que se explica pelos juízes, as regras que regem o funcionamento das instituições e sua aspiração de influenciar o desenvolvimento do direito em um determinado caso” (MELLO, 2018, p. 692).

Na atuação estratégica há uma consideração, por parte de quem vai julgar, a respeito dos comportamentos dos outros pares da corte, de modo que há uma espécie de moderação de sua vontade para que seu voto seja mais bem aceito pelos demais. É o que a doutrina costuma chamar de segunda melhor decisão (*second best decision*), na qual o juiz opta pelo voto que não reflete exatamente as suas convicções (ainda que não seja contrária à sua vontade), mas que pode conquistar a adesão da maioria, não restando vencido.

O modelo estratégico coaduna-se com duas teorias: as Teorias das Escolhas Racionais e a Teoria dos Jogos. A primeira demanda três ações: a) o comportamento adotado deve maximizar o benefício pretendido (adoção de uma decisão convergente com suas expectativas); b) a percepção quanto ao comportamento deve ter uma base sólida (justificação); c) o agente precisa fazer um investimento ótimo para antecipar o comportamento de seus pares para formar sua estratégia (MELLO, 2018, p. 699). Por sua vez, a Teoria dos Jogos é uma consequência lógica do modelo estratégico, pois demanda uma análise do comportamento de terceiros para que se formule a tomada de decisão/ação.

Além disso, o modelo estratégico possui duas dimensões: uma interna, que considera a interação entre os juízes de um mesmo órgão colegiado; e outra externa, que considera a interação entre as cortes e/ou entre os seus membros, agentes externos (demais Poderes e Órgãos), a opinião pública e a mídia.

Apesar de abordarmos o voto da Ministra Rosa Weber a partir de um modelo estratégico, no tópico seguinte, isso não significa que ignoramos as deficiências desse modelo, que tem como maior deficiência a sua crença na racionalidade das escolhas dos agentes responsáveis pelas decisões. Hoje, é possível se afirmar, baseados em pesquisas da psicologia, que existem vieses

cognitivos que podem interferir na percepção dos problemas e, conseqüentemente, impactar diretamente nas escolhas das pessoas.

Além do mais, como já foi mencionado, pode haver influências ideológicas que concorrem com o modelo estratégico para a tomada de decisão.

3. BREVE HISTÓRICO DA QUESTÃO

A fim de testarmos o modelo estratégico, escolhemos o *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, perante o Supremo Tribunal Federal. A ação visava obstar a execução provisória da pena, determinada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A pena recebida pelo Paciente, em sede de apelação, foi de 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado

No início de abril de 2018, o Plenário do STF negou a ordem, por maioria dos votos (6 votos a 5). Na oportunidade, outros cinco ministros seguiram o voto do relator, Ministro Edson Fachin, no sentido de afirmar a ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, aplicando o precedente do STF à época, permitiu o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância.

O precedente a que estamos nos referindo, do ano de 2016, foi de relatoria do falecido Ministro Teori Zavascki, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal determinou a possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que pendente de Recurso Especial e/ou Extraordinário. Na ocasião, foi resolvido que: “[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP. STF.” (Plenário. ADC 43 e 44 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016 - Info 842).

No julgamento desse HC, a Ministra Rosa Weber votou pela inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado. Juntamente com ela, ficaram vencidos Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Manifestaram-se favoravelmente à execução provisória os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

No entanto, mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, de 2016, houve a continuidade de uma espécie de instabilidade decisória sobre o tema no âmbito da Corte. Em 12 setembro de 2017, por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu *Habeas Corpus* (HC nº 137.063/SP), com fundamento na presunção de inocência, para impedir a execução provisória da pena imposta pela Justiça Militar a um primeiro-tenente condenado a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por corrupção passiva na forma continuada. Além disso, em 18 de setembro daquele mesmo ano, o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar em *Habeas Corpus* (HC nº 146.818/ES) afastando a execução provisória após o julgamento em segundo grau, seguindo o entendimento do ministro Dias Toffoli, sobre a necessidade de aguardo do julgamento do Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça. Na decisão, o Ministro Gilmar Mendes, que no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP havia manifestado entendimento diverso, colocou em liberdade, até o julgamento do recurso, o Paciente preso e condenado a pena de 4 (quatro) anos de reclusão.

O julgamento dessas ações já indicavam uma alteração de posicionamento de alguns integrantes da Corte, que veio a se confirmar apenas em novembro de 2019, por ocasião dos julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Em 2016, porém, tanto o Ministro Gilmar Mendes, quanto o Ministro Dias Toffoli, haviam votado favoravelmente à execução provisória no HC nº 126.292/SP.

O que se tem aqui, portanto, é uma constante movimentação de idas e vindas, entre os Ministros do STF, relacionada ao tema da execução provisória da pena. Vale lembrar que esse inconstante posicionamento sobre a questão teve início ainda no ano de 2009, no *Habeas Corpus* nº 84.078 (J. 05/02/2009), de Relatoria do Ministro Eros Grau, que entendeu que a execução provisória da pena afrontava a presunção da inocência/de não culpabilidade prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

4. IDENTIFICAÇÃO DO MODELO INSTITUCIONAL ESTRATÉGICO NO VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER

À época do julgamento do HC 152.752/PR havia uma grande expectativa em torno do posicionamento que iria ser assumido pela Ministra Rosa Weber. Importante ressaltar que o seu voto era apontado pela imprensa e por analistas jurídicos e políticos como decisivo para definir a balança contra ou a favor do pedido da defesa de Lula, uma vez que, dentre os 11 membros da Corte, o seu voto era considerado o único que não estava claro desde antes do julgamento, ainda



que ela já tivesse se manifestado anteriormente no sentido da inconstitucionalidade da antecipação da pena antes do trânsito em julgado.

A respeito da inquietação política pela qual passava o país, basta lembrar que um dia antes do julgamento do HC 152.752/PR, o comandante do Exército, general Eduardo Villas Bôas, manifestou-se pelo Twitter afirmando ser contra a impunidade e que o Exército “estava atento às suas missões institucionais” (ODILLA, 2018, p. 1).

Diante desse conturbado contexto político, a Ministra, já no início de seu voto, afirmou que a alteração na composição da Corte (ocorrida em virtude do falecimento do Ministro Teori e posterior ingresso do Ministro Alexandre de Moraes) não poderia legitimar a alteração da jurisprudência, sendo necessário se evitar rupturas bruscas na atualização jurisprudencial:

Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, **a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural. [...] **Embora a jurisprudência comporte**, obviamente, **evolução** – porque, insisto, a vida é dinâmica, a sociedade avança, o patamar civilizatório se eleva – é o que pelo menos se deseja - e o Direito os segue –, **a atualização do Direito operada pela via judicial** – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – há de **evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 10). [grifo nosso].

Na sequência, passou a tratar do princípio da colegialidade como forma de evitar que os resultados de julgamentos sejam alterados em virtude de composições diferenciadas do Tribunal, com o objetivo de se garantir segurança jurídica, uma vez que os magistrados deveriam submeter as suas posições individuais e divergentes à posição da maioria:

A colegialidade, nesse enfoque, assume, em um primeiro olhar, **estrutura procedimental** marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma **racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências**. Em uma segunda dimensão, a colegialidade, **quanto ao seu elemento funcional**, exige a direta interação, por meio do **respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva**, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua **conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional**. Em outras palavras, **as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 11-12). [grifo nosso].

A Ministra Rosa Weber sustentou, ainda, que “**o precedente não se impõe como estatuto, como lei**” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 15), porém, declarou que os ministros, individualmente considerados, estão a serviço de um propósito institucional:

Em resumo, compartilho da visão de que os **juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional**. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 13). [grifo nosso].

No mais, reconheceu que “**o Plenário é o locus adequado** para, externando cada julgador sua posição pessoal, **serem revisitados temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte**” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 17-18), citando, inclusive, casos nesse sentido. E prosseguiu, destacando sua posição contrária à execução provisória da pena após julgamento em segunda instância:

[...] tendo integrado a corrente minoritária neste plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o dever de equidade, que há de nortear na minha visão, a prestação jurisdicional, ou seja, tratar casos semelhantes de modo semelhante, mas também como sempre enfatizo o princípio da colegialidade que, enquanto expressão de exigência da integridade da jurisprudência é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 19-20). [grifo nosso].

Entretanto, para a ministra, esse tema em específico deveria ser revisitado apenas em sede de repercussão geral, pois até então estavam pendentes os julgamentos das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, que postulavam pela declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que consagra a presunção da inocência no momento do trânsito em julgado.

[...] **não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus**, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, **ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o locus apropriado para visitar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema se põe - no mérito ainda pendente de apreciação por este Plenário-, diante do pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP**. [grifo nosso].

Por fim, Rosa Weber mencionou outros casos em que proferiu voto a favor da execução provisória da pena e recordou que, desde o precedente de 2016, vem seguindo à risca a jurisprudência do Supremo nesse sentido, votando contra a ordem de *Habeas Corpus*:

Senhora Presidente, **enfrento este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos**, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim **revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs** da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, **em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição**, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado - sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas. ACOMPANHO, POIS, NO ÂMBITO DESTE HABEAS CORPUS, O RELATOR, a quem renovo minhas homenagens, DENEGANDO A ORDEM (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 26). [grifo nosso].

Ao proferir o seu voto, acompanhou o Ministro Relator, no sentido de que não houve uma revisão de jurisprudência sobre a matéria, que deveria ocorrer no julgamento de mérito das ADC's 43 e 44, o que afastaria eventual ilegalidade da decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem.

Nos pontos mais relevantes de seu voto, a Ministra Rosa Weber procurou destacar o “dever de racionalidade” que deve nortear as decisões dos magistrados, delegando ao princípio da colegialidade a missão de fazer ecoar uma voz institucional que, ao seu ver, comporia as vozes individuais dos integrantes da Corte. E apesar de reconhecer que o Plenário é o espaço ideal para se rever posicionamentos, entendeu que no caso em exame “não seria o momento adequado” para tanto, devendo-se aguardar o precedente que viria do julgamento das ADC's.

Curioso destacar que o respeito ao “princípio da colegialidade” decorria da ideia de que a Ministra Rosa Weber comporia uma corrente minoritária no plenário e que decisões individuais deveriam se curvar diante da maioria. O intrigante é que justamente sua decisão individual é que tornava uma das correntes majoritária ou minoritária! Bastava a Ministra Weber continuar a manter sua posição sobre o tema que sua posição, que ela mesma denominou de minoritária, tornaria-se majoritária, sem qualquer desrespeito ao aludido princípio.

De toda sorte, diante do fato de que, à época, havia um grande clamor popular em torno da prisão do ex-presidente, não é absurdo pensar a possibilidade de a opinião pública ter, em alguma medida, influenciado a decisão da ministra (dimensão externa do modelo estratégico). É possível, ainda, que o precedente de 2016 tenha lhe dado a impressão de que seus pares pudessem, em sua maioria, votar contrariamente à ordem, fazendo com que seu próprio voto fosse tomado como uma *second best decision* (dimensão interna do modelo estratégico).

A seguir, aprofundar-nos-emos sobre essas possibilidades.



5. ESTRATÉGIA E INFLUÊNCIAS EXTERNAS

Quisemos deixar claro, no decorrer deste artigo, que um de nossos principais marcos teóricos é o realismo jurídico norte-americano. Isso não quer dizer que ignoramos o material jurídico ortodoxo ou que defendemos alguma espécie de arbitrariedade judicial, mas que podemos realizar uma análise mais ampla e atenta do comportamento dos magistrados a partir da consideração dos fatores extralegais da decisão judicial. Nesse mesmo sentido, Ricardo Horta e Alexandre Costa concordam que a adoção de uma teoria realista da interpretação não significa ceder espaço ao decisionismo, nem tampouco desconsiderar a força dos argumentos empregados na defesa de teses jurídicas. A perspectiva realista permite, isso sim, que elementos estratégicos, reputacionais e psicológicos sejam igualmente analisados, em íntima relação com a produção discursiva, o que permite que se vislumbre a formulação de uma teoria integrada da decisão judicial (HORTA; COSTA; 2017, p. 291).

Ao adotarmos o realismo jurídico, enquanto uma teoria descritiva do direito, pretendemos enxergar a decisão judicial a partir de um ponto de vista que contemple fatores relevantes do comportamento judicial, como de fato ele ocorre, e não como ele deveria ocorrer. Nesse sentido, pensamos que a decisão proferida pela ministra Rosa Weber, sob forte pressão da opinião pública, possivelmente deve ter sofrido alguma forma de constrangimento, o que não é novidade na recente história do STF. A propósito, Patrícia Perrone Campos Mello adverte:

[...] a apreciação das pertinentes ações penais lançou o Tribunal na posição de ‘escrutinador’ das condutas das autoridades presentes em todos os Poderes da República, sob o olhar atento da empresa e da opinião pública – um estado de coisas que não favorece em absoluto a estabilidade institucional da própria Corte e que a sujeita a avanços e recuos nos temas que aprecia, em decorrência de tal interação (MELLO, 2018, p. 292).

Por essas razões, é plausível crer que no HC 152.752/PR, a Ministra Rosa Weber, especialmente pelo fato de estar sob constante atenção da mídia e da opinião pública, possivelmente avaliou os impactos que o seu posicionamento causaria em uma sociedade política e ideologicamente dividida. Afinal de contas, a legitimidade e a credibilidade de sua decisão, perante a sociedade, dependia de um certo nível de aprovação por parte da opinião pública.

Nesse mesmo sentido, Lee Epstein, ao citar um livro de Barry Friedman (“*The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*”) que utilizou dados qualitativos e métodos históricos, responde de forma inequívoca a questão de saber se “nós, o povo” (*we the people*) influenciaremos as decisões da Suprema Corte: a

resposta é sim. Inúmeros outros estudos seguem a mesma linha, e tendem a achar que quando o “humor do público” é liberal (ou conservador), o Tribunal tem uma probabilidade significativamente maior de emitir decisões liberais (ou conservadoras). Quanto a isso parece não haver muitas dúvidas. A questão, no entanto, é saber o porquê de isso acontecer. Apoiada no livro de Friedman, Epstein propõe que os juízes se inclinam à vontade do povo porque a Corte visa apoio público como uma espécie de ramificação eficiente do Estado. Além disso, Epstein ressalta um outro mecanismo importante: que “o povo” inclui os juízes. Por esse motivo, os juízes não respondem diretamente à opinião pública, mas respondem aos mesmos eventos ou forças que afetam a opinião de outros membros do público (EPSTEIN, 2016, p. 2068).

Talvez por essas razões, quando uma corte constitucional cogita proferir uma decisão contramajoritária, seus juízes façam uma *avaliação de custo-benefício* sobre as consequências negativas de tal decisão. Cortes produzem decisões majoritárias e contramajoritárias. As primeiras consolidam uma imagem positiva perante a população, acumulando capital político. As últimas, de outro lado, consomem este capital (MELLO, 2017, p. 417).

Considerando o limitado capital político do STF e de seus integrantes, defendemos aqui a tese de que a Ministra Weber, no HC 152.752/PR, realizou uma avaliação estratégica de seu voto, ponderando as possíveis críticas de parte da população diante de seu posicionamento jurídico sobre a matéria debatida naquela ação.

O comportamento judicial estratégico, lembramos, ocorre, por exemplo, quando juízes se confrontam com uma opinião pública contrária ao resultado pretendido, forçando-os a modificar seu comportamento para proteger a legitimidade institucional da corte e, conseqüentemente, a eficácia das suas próprias decisões. Nesses casos, juízes não chegam a redefinir suas preferências ideológicas, mas apenas ajustam suas estratégias de comportamento para aquela situação.

Alguns poderiam argumentar que o princípio constitucional da independência dos poderes seria suficiente para garantir que juízes não levem em consideração pressões advindas da mídia ou do dito “clamor popular”. Mas, como ressalta Patrícia Perrone Campos Mello, “nenhum poder, por mais independente que seja, é capaz de decidir sistematicamente em desacordo com a comunidade e, ainda assim, preservar a sua estabilidade institucional”. Isso significa que “no longo prazo, até mesmo uma corte constitucional pode precisar ceder à uma vontade popular muito contundente” (MELLO, 2017, p. 417).

Dessa forma, pensamos que o voto proferido pela Ministra Rosa Weber, no *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, teve evidentes conformações estratégicas. Ela possivelmente atuou de forma a não

ter de enfrentar frontalmente o tema, notadamente por se tratar de um caso extremamente carregado de disputas políticas e ideológicas e que compreendia a figura de um ex-Presidente da República profundamente controversa. A isso tudo, acrescenta-se uma opinião pública inflamada, em um contexto em que a Operação Lava Jato inspirou um forte movimento de intolerância a casos suspeitos de corrupção. A saída encontrada pela Ministra Rosa Weber seria, portanto, estratégica no sentido de se buscar evitar um enfrentamento e até mesmo um eventual “linchamento midiático”, que, supostamente, traria um desgaste à imagem institucional da corte.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, partimos de uma concepção realista acerca de como os juízes decidem, de um ponto de vista que os afasta de uma razão pura e ideal, acima e distante de elementos do mundo real. Dessa forma, faz sentido afirmar a existência de um comportamento estratégico de juízes face à opinião pública, especialmente nos casos controversos e midiáticos. Como vimos, a lógica do comportamento estratégico é exposta quando juízes votam para evitar reações públicas negativas e, também, para proteger a integridade institucional da corte. Mas como alertam Giles, Blackstone e Vining Jr., não há nenhum benefício estratégico a um juiz que restringe as suas preferências e segue a opinião pública em casos nos quais o público é alheio ou pouco se importa. O mecanismo do comportamento estratégico é acionado apenas em casos que afetam o público. A lógica da mudança de atitude, de acordo com esses autores, é que as preferências ideológicas dos juízes mudam juntamente com as da opinião pública, em resposta às “marés da história” (GILES, 2008, p. 296).

Essas observações fazem todo o sentido em face do julgamento do HC nº 152.752/PR, que tinha o ex-Presidente Lula como paciente, uma figura pública nacionalmente conhecida e controversa, e que dividia e, ainda hoje divide, opiniões políticas e ideológicas. Em raras ocasiões – se é que já houve alguma – a opinião pública esteve tão atenta ao resultado de um julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, como afirmar, com convicção, que se tratou de um voto estratégico da Ministra Rosa Weber? Como demonstrar, pela via empírica, que seu comportamento judicial foi influenciado por fatores externos como, por exemplo, pela opinião pública?

Apesar deste artigo não poder se aprofundar em algum método de análise empírica para buscar essa comprovação, é possível se extrair da literatura especializada essa possibilidade.

De um ponto de vista normativo, a existência de uma ligação direta entre a opinião pública e as decisões de um tribunal, especialmente de uma Suprema Corte, é altamente controversa, uma

vez que a mera presença desse vínculo contraria normas tradicionais de comportamento judicial. Sua estrutura institucional, que inclui a remoção apenas por impeachment e a aparente falta de ambição de seus membros para outros cargos, fornece poucas bases para que a opinião pública influencie as decisões dos juízes. Contudo, Giles, Blackstone e Vining Jr. advertem que a maioria dos estudos empíricos encontrou fortes evidências que apoiam a existência dessa ligação direta (GILES, 2008, p. 294).

Uma explicação plausível acerca da ligação entre as decisões judiciais e a opinião pública pode ser encontrada nos estudos de modelos comportamentais atitudinais. De acordo com essa visão, as atitudes judiciais embora relativamente duradouras, estão sujeitas à revisão. Pesquisas mostraram que as atitudes de alguns juízes da Suprema Corte norte-americana mudaram significativamente ao longo do tempo, sugerindo que a mudança de atitude pode ser muito mais comum entre os juízes do que convencionalmente se supõe. Mas, mais importante, esses estudos indicaram que mudanças nas atitudes judiciais podem refletir a influência de forças sociais. Isso significa que as ocasionais mudanças de atitudes, conscientes ou não, podem ser respostas a mudanças no humor da opinião pública ou das forças sociais que as sustentam. Afinal, juízes também são seres sociais que se confrontam com estímulos culturais, midiáticos e políticos (GILES, 2008, p. 295).

No entanto, pensamos que no presente caso a abordagem atitudinal não seja suficiente para explicar o comportamento judicial da Ministra Rosa Weber. Isso se deve ao fato de que no dia 24.10.2019, portanto, pouco mais de um ano após seu voto no HC 152.752/PR, a ministra manifestou-se de forma diversa, no sentido de que a prisão de acusados só poderia ser realizada após o chamado trânsito em julgado da decisão condenatória, isto é, depois de esgotados todos os recursos permitidos pelas normas processuais. Considerando que, a partir de um ponto de vista atitudinal, não houve qualquer modificação relevante no período de um ano, avaliamos que sua alternância de posicionamento sugere uma atuação estratégica diretamente mediada pela força da opinião pública, que foi se transformando durante esse período⁹.

Nossa hipótese, portanto, é de que a mudança de atitude da Ministra Rosa Weber é resultado de um cálculo estratégico, realizado a partir de mudança do “clima” político, e não apenas de suas preferências pessoais técnicas ou ideológicas.

De acordo com inúmeras pesquisas de comportamento judicial, há boas razões para crer que juízes fiquem atentos à opinião pública. Juízes que desejam ver suas preferências pessoais expressas em políticas públicas normalmente avaliam tendências políticas porque sabem que a eficácia de tais políticas depende de sua aceitação por parte de quem as implementa. Por essa lógica, um juiz que

se preocupa com a legitimidade das decisões de seu tribunal deve antecipar “racionalmente” se seus resultados preferidos serão respeitados e seguidos pelos públicos relevantes. Conseqüentemente, uma decisão que se afasta demais do “humor” público corre o risco de ter suas decisões rejeitadas. Dessa forma, não é nada exagerado afirmar que a opinião popular, em certa medida, “molda” os contornos da formulação de políticas proposta por juízes e tribunais (MCGUIRE; STIMSON; 2004, p. 1019).

Apesar de não dispormos de um instrumental metodológico preciso para comprovarmos que a Ministra Rosa Weber votou estrategicamente no HC 152.752/PR, há evidências robustas no sentido de que juízes, de fato, antecipam racionalmente as conseqüências futuras de suas decisões. Como já foi salientado, os tribunais buscam apoio externo para dar legitimidade a seus pronunciamentos e, dessa forma, deve certamente trabalhar dentro dos amplos limites da aceitação pública (MCGUIRE; STIMSON; 2004, p. 1033). Pensamos que esse é o caso do voto da Ministra Weber.

Afinal, como disse certa vez o juiz Frankfurter, a Suprema Corte, “under the guise of constitutional interpretation of words whose contents are derived from the disposition of the Justices, is the reflector of that impalpable but controlling thing, the general drift of public opinion” (MCGUIRE; STIMSON; 2004, p. 1022).¹⁰

¹ Christopher Columbus Langdell, que foi reitor da *Harvard Law School* entre 1870 e 1895, é sempre lembrado como a grande figura do formalismo, especialmente em razão das suas contribuições ao chamado método de caso (*case method*). Seu livro “*Selection of Cases on the Law of Contracts*”, de 1871, é tido como o primeiro texto a respeito do método de caso. O método desenvolvido por Langdell foi largamente difundido nas faculdades de direito norte-americanas.

² Apesar de nenhum realista ter afirmado expressamente que a decisão depende do que o juiz tomou no café da manhã.

³ Tradução nossa: “O realismo era, e é, um método, nada mais, e o único princípio envolvido é que o método é bom. [...] O realismo não é uma filosofia, mas uma tecnologia. É por isso que é eterno. O olhar fresco é sempre a nova esperança. Um novo questionamento sobre os resultados é sempre o necessário *check-up*”.

⁴ Tradução nossa: “[...] a vida do Direito não tem sido lógica, tem sido experiência”.

⁵ Tradução nossa: “[...] aquele lampejo intuitivo de compreensão que faz a conexão entre a questão e a decisão, e, no ponto em que o caminho é mais escuro, lança sua luz ao longo dele”.

⁶ Logo no início do capítulo “Perplexidades da teoria do direito”, Hart interpreta o pensamento de Llewelyn e Holmes. (HART, 2012, p. 02). No Brasil, essa visão caricaturizada do realismo foi difundida, por exemplo, por Luis Alberto Warat, que parece ter reduzido as teorias realistas a uma espécie de “culto ao julgador”: “A aplicação da condição semântica efetuada pelo realismo tem, portanto, só um valor retórico. Serve para pôr em xeque os significados das normas gerais e erigir o culto ao julgador.” (WARAT, 1979, p. 54).

⁷ Brian Leiter, por exemplo, afirmou que os realistas apenas se preocuparam em demonstrar como as normas jurídicas funcionam na prática, não tendo eles explicitamente dito nada a respeito do conceito de Direito (LEITER, 2002, p. 27). Brian Tamanaha, de outro lado, aponta para duas diferentes frentes do realismo, uma como instituição social (*social institution*), e outra empírica (*legal empirism*), que utiliza técnicas qualitativas e quantitativas na compreensão dos vários aspectos do direito e da sociedade. (TAMANAHA, 2014, p. 36).

⁸ Leiter dividiu o realismo em “alas”, sendo uma sociológica e a outra idiossincrática. (LEITER, 2002, p. 9). Registramos aqui nossa discordância com relação a esta última.

⁹ Não se pode ignorar que, a partir de junho de 2019, com o vazamento de conversas entre o ex-juiz Sérgio Moro e integrantes do MPF da força-tarefa da Operação Lava Jato, pelo periódico *The Intercept*, houve uma sensível perda de credibilidade da operação por parte da opinião pública.

¹⁰ Tradução nossa: “sob o disfarce de interpretação constitucional de palavras cujos conteúdos são derivados da disposição dos juizes, existe o reflexo dessa coisa impalpável, mas controladora, a tendência geral da opinião pública.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sérgio. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. LEMOS JÚNIOR, Eloy. P.; FREITAS, Lorena de Melo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira, **Teorias da decisão e realismo jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, p. 142-166, 2015. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/k4yol24r/d3rSJOQt4c69Nqnx.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CLARK, R. H. Karl Llewellyn on Legal Method: A Social Science Reconsideration, **Tulsa Law Review**. v. 14, n. 3, p. 491-514, 1979. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=tlr>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

EPSTEIN, Lee. Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior, **William & Mary Law Review**. v. 57, n. 6, p. 2017-2073, 2016. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3656&context=wmlr>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1998.

GILES, Micheal W; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making. **The Journal of Politics**, v. 70, n. 2, p. 293-306, 2008.

HALIS, Denis de Castro. A problematização do processo decisório dos juizes: a contribuição de Benjamin Nathan Cardozo. Confluências: **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 8, n.1, p. 12-24, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34362>>. Acesso em 13 mar. 2020.

HART, Herbert Lionel A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 15, nº 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

_____. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. **Revista Direito e Liberdade**. Rio Grande do Norte, v. 18, n. 2, p. 151-193, mai/ago. 2016.

LEITER, Brian. **American legal realism**. Texas, 2002. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562>. Acesso em: 01 mar. 2020.

LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism. **Harvard Law Review**. v. 44, n. 8, p. 1222-1264, jun. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1332182?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 01 mar. 2020.

MAVEETY, Nancy. The Study of Judicial Behavior and the Discipline of Political Science. **The Pioneers of Judicial Behavior**. Michigan: The University of Michigan Press, 2003.



MCGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences. **The Journal of Politics**, v. 66, n. 4, p. 1018-1035, 2004. Disponível em: <<http://mcguire.web.unc.edu/files/2014/01/opinion.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. A vida como ela é: comportamento estratégico nas cortes. **Revista brasileira de políticas públicas**. Brasília, v. 8, nº 02, p. 688-718, 2018.

_____. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, v. 1, 2017.

MODAK-TRURAN, Mark C. A Pragmatic Justification of the Judicial Hunch. **University of Richmond Law Review**, v. 35, 2001. Disponível em: <<https://dc.law.mc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=faculty-journals>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

ODILLA, Fernanda. O silêncio do general Villas Bôas após tuitos serem lidos como ameaça (ou promessa) de interferência. **BBC Brasil**. abr. de 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43640244>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

SCHAUER, Frederick. Legal realism untamed. **Texas Law Review**. Texas. v. 91. n. 749. p. 749-780. 2013. Disponível em: <<http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Schauer.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2020.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**, New York: Cambridge University Press, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus nº 152.752/PR**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

TAMANAH, Brian Z. Legal Realism in context. **Washington University in St. Louis Scholl of Law**. p. 1-46, dez. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2536888>. Acesso em: 01 mar. 2020

TUMONIS, Vitalius. Legal realism & decision-making. **Jurisprudence**, v. 19, n. 4, p. 1361-1382, 2012. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/TUMLR>>. Acesso em 01 mar. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

Sobre os autores:

Sergio Nojiri

Professor Doutor do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8002897350601032> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7915-4429>

E-mail: nojiri@usp.

Rhasmye El Rafih

Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG), em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7090911728143028> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1236-7849>

E-mail: myeelrafih@hotmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

