

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA**

**A REPUTAÇÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**  
análise crítica dos seus mecanismos

Tese de Doutorado

Prof. Dr. Elival da Silva Ramos  
(Orientador)

Faculdade de Direito  
São Paulo  
2020

**HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA**

**A REPUTAÇÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**  
análise crítica dos seus mecanismos

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo, como requisito  
para obtenção do Grau de Doutor em  
Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Elival da Silva  
Ramos

**Linha de Pesquisa:** Direito do Estado

São Paulo  
2020

Sauaia, Hugo Moreira Lima

A reputação judicial do Supremo Tribunal Federal: análise crítica dos seus mecanismos. / Hugo Moreira Lima Sauaia. – São Paulo, 2019.  
230 f.

Orientador: Prof. Dr. Elival da Silva Ramos.

Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade São Paulo.

1. Supremo Tribunal Federal – Reputação Judicial. 2. Poder Judiciário. 3. Cortes Supremas - mecanismos. I. Título. II. Ramos, Elival da Silva (Orientador).

CDU 342

**HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA**

**A REPUTAÇÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**  
análise crítica dos seus mecanismos

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo, como requisito  
para obtenção do Grau de Doutor em  
Direito.

Data de Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Elival da Silva Ramos (Orientador)**  
Doutor em Direito  
Universidade de São Paulo

---

**1º Examinador**

---

**2º Examinador**

---

**3º Examinador**

---

**4º Examinador**

---

**5º Examinador**

## AGRADECIMENTOS

A redação de uma tese requer, sem qualquer pedantismo, um enorme número de sacrifícios, e a colaboração generosa de diversas pessoas, à sombra, ou melhor, sob a luz, creio eu como católico, dos desígnios de Deus. Sendo assim impossível não agradecer ao Senhor antes de todos os outros, braços, pernas e mentes, que contribuíram com Sua vontade para esta realização.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Elival da Silva Ramos, exemplo de profissional virtuoso, em quem somente posso espelhar-me, e cuja contribuição fora imprescindível para todo o trabalho, da definição de seu título ao desenrolar de sua última linha.

Agradeço à minha família, em especial minha mãe Angela, eterna incentivadora, a meu avô Wener, bem como meus tios queridos, João, Socorro, Raimunda e Vera.

À minha companheira de vida e de lutas, Nárjara, mais que uma esposa acolhedora, verdadeira protagonista deste trabalho, que, mesmo sem escrevê-lo, participou de cada detalhe, de cada viagem a São Paulo, de cada aflição ou alegria, bem como me perdoou as ausências.

Rendo homenagens ainda a meus amigos mais próximos, sem o apoio dos quais seria impossível trilhar este caminho. Contribuíram de formas diferentes, porém, todas fundamentais. São eles, em ordem alfabética: Alonso Freire, Alexandre Freire, Gabriel Cruz, Jorge Alberto, Leonardo Marques, Ricardo Macieira e Roberto Ayoub. Há tantos outros, mas em nome destes agradeço-lhes.

Agradeço ainda a José Antônio Figueiredo de Almeida Silva, pela sua participação nesta trajetória, como enorme apoiador em várias horas, e a Rômulo Sauáia Marão, por nos haver apresentado.

Por fim, dedico este trabalho a duas pessoas: minha filha querida, Laila, razão da minha luta diária, em todos os sentidos; e a minha avó Maria Alice, *in memoriam*, exemplo de ser humano, em quem penso quando preciso de serenidade.

São Luís – MA, Cidade dos Azulejos, verão de 2019.

Max Weber diz que as coisas só podem ser compreendidas se forem observadas a sangue frio e em profundidade, apreendendo sua objetividade. Eu creio que se compreende melhor a realidade quando a observação se dá “ao longo de um processo”, conferindo-lhe perspectiva. E, neste caso, ao dar uma perspectiva, nos tornamos mais otimistas. Compreenderemos melhor a sociedade industrial se, em primeiro lugar, abordarmos as mudanças de época que a precederam.

Vamos procurar percorrer a história humana através das etapas da sua criatividade, isto é, tentar ver a História não como uma sequência de batalhas e divisões baseada no possuir, mas como uma história das invenções, baseada no inovar.

As mudanças sempre aconteceram. Ennio Flaiano dizia: “Estamos numa fase de transição. Como sempre”. E isto, como em todos os jogos de palavras, é em parte verdadeiro e em parte falso. Provavelmente, não existe época onde não tenha havido uma transição, porém nem todas as épocas mudam com a mesma intensidade e com a mesma velocidade. Muitas vezes temos a sensação de que, em dez anos, se faz mais história do que num século.

(MASI, Domenico de. *Ócio Criativo*. Rio de Janeiro: Ed. Sextante, 2000. p. 22).

## RESUMO

A argumentação desta tese diz respeito ao papel das Cortes Supremas e Constitucionais nas democracias, em especial naquelas denominadas de jovens ou frágeis, e a contribuição da reputação judicial em seu desenvolvimento. Inicia-se pelo estudo das funções que tais Cortes vêm desenvolvendo hodiernamente, e sobre sua atividade desejável, no âmbito do horizonte democrático. Aponta-se, ainda, sua ampla implantação no Ocidente durante o Século XX e início do XXI, concomitantemente ao declínio da confiança nas instituições representativas. Prossegue-se, com o estudo, agora mais específico, do papel do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, a partir de análise da evolução de seu protagonismo desde o final da ditadura e na redemocratização de 1988. Discute-se seu fortalecimento decisório, por meio legislativo e jurisprudencial, assim como o papel da mídia sobre sua visibilidade nacional. Em seguida são estudados os obstáculos imponíveis às Cortes, nacional e estrangeiras, para a oposição, legítima ou ilegítima, às suas decisões. Destaca-se o forte papel do diálogo institucional na formação da interpretação constitucionalmente mais adequada, diante da carência de métodos interpretativos possíveis. Adentra-se, então, o campo mais específico da tese, discutindo-se, em visão transdisciplinar, a noção de reputação, com base na economia e outras Ciências, de modo a se agregar subsídio teórico e prático à pesquisa, distinguindo-se o conceito, ainda, de outros análogos, a fim de se evitar confusão terminológica. Aproximando-se do ponto central do trabalho, discute-se a construção de um conceito de reputação judicial utilizável à Teoria Geral do Estado e à Teoria Constitucional, dentro de um olhar estratégico e atitudinal do comportamento das Cortes e de seus membros, delineando-se assim, seus limites e funções. Em seu capítulo final, passa-se à análise dos mecanismos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para o desenvolvimento de sua reputação judicial, sob olhar crítico e fundado nos pressupostos já erguidos.

**Palavras-chave:** Cortes Supremas. Reputação Judicial. Mecanismos. Olhar Crítico.

## RESUMEN

La argumentación de esta tesis dice al respecto del papel de las Cortes Supremas y Constitucionales en las democracias, en especial de aquellas denominadas jóvenes o frágiles, y la contribución de la reputación judicial en su desenvolvimiento. Se inicia por el estudio de las funciones que tales Cortes vienen desarrollando actualmente, y sobre su actividad deseable, dentro del horizonte democrático. Se apunta, todavía, su amplia implantación en Occidente durante el Siglo XX e inicio del XXI, juntamente al declive de la confianza en las instituciones representativas. Se prosigue, con el estudio, ahora más específico, del papel del Supremo Tribunal Federal, en Brasil, a partir del análisis de la evolución de su protagonismo desde el final de la dictadura y de la redemocratización de 1988. Se discute su fortalecimiento decisorio, por medio legislativo y jurisprudencial, así como el papel de los medios de comunicación sobre su visibilidad nacional. En seguida son estudiados los obstáculos impuestos a las Cortes, nacional y del extranjero, para la oposición, legítima o ilegítima, a sus decisiones. Se destaca el fuerte papel del diálogo institucional en la formación de la interpretación constitucionalmente más adecuada, delante de la falta de métodos interpretativos posibles. Se profundiza, entonces, en el campo más específico de la tesis, discutiéndose, bajo una visión transdisciplinaria, la noción de reputación, teniendo como base la economía y otras ciencias, de tal modo que se agregue subsidio teórico y práctico a la investigación, distinguiéndose el concepto, incluso, de otros análogos, con la finalidad de evitar confusiones teóricas. Aproximándose del punto central del trabajo, se discute la construcción de un concepto de reputación judicial utilizable a la Teoría General del Estado e la Teoría Constitucional, dentro de una visión estratégica y actitudinal del comportamiento de las Cortes y de sus miembros, delineándose así, sus límites y funciones. En el capítulo final, se pasa a analizar los mecanismos empleados por el Supremo Tribunal Federal para el desenvolvimiento de su reputación judicial, bajo una óptica crítica y fundamentada en presupuestos ya alzados.

**Palabras clave:** Cortes Supremas. Reputación Judicial. Mecanismos. Óptica Crítica.



## ABSTRACT

The thesis' argumentation is about the role of the Supreme and Constitutional Courts in democracies, especially in the ones named young or fragile, and the contribution of judicial reputation in its development. It begins with the study of the Courts' functions that have been undertaken lately, and its desirable activity, within the democratic horizon. Points out, yet, its wide implementation in the Ocident during the twentieth and the beginning of the twentieth-first centuries, in parallel to the decline of trust in the representative institutions. It goes on, with the study, now more specific, of the Brazilian Supreme Courts' role, from the analysis of its protagonism's evolution since the end of the dictatorship and the redemocratization in 1988. It discusses its decisory strengthening, by legal and judicial means, and also the contribution of the midia to its national visibility. Following, the obstacles enforceable against national and foreigner Courts' decisions, either legitimate ou not, undergo study. The strong role of institutional dialogue is then highlighted in the process of consolidating the most constitutionally fit decision, considering the lack of possible interpretational methods. Walking into the more specific field of the thesis, it is discussed, then, in a transdisciplinary view, the notion of reputation, based on the Economics and other sciences, aggregating theoretical and practical subsidies to the research, and also distinguishing its concept from other analogue terms, in order to prevent terminological confusion. Approaching the main issue of this work, the discussion encompasses the construction of a concept for judicial reputation useful for General State Theory and Constitutional Theory, within an strategic and attitudinal view of the Courts' behavior and its members, delimitating so forth its boundaries and functions. In the last chapter of this thesis, it proceeds with the analysis of the mechanisms used by the Brazilian Supreme Court for the development of its judicial reputation, under a critical sight, based on the premises already defined.

**Key words:** Supreme Courts. Judicial Reputation. Mechanisms. Critical View.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI ou ADIn	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRG	Agravo Regimental
ANC	African National Congress
AO	Ação Originária
AP	Ação Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FENEN	Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
HC	Habeas Corpus
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
MS-MC	Medida Cautelar no Mandado de Segurança
NIRA	National Industrial Recovery Act
NIS	Novo shekel israelense
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
PWA	Public Works Administration
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMAS EM DEMOCRACIAS FRÁGEIS E O ENFRAQUECIMENTO DOS ÓRGÃOS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA</b> .....	23
<b>2.1</b>	<b>A Crise de confiança nas instituições representativas e a erosão democrática</b> ..	30
<b>2.2</b>	<b>Que contribuições podem dar as Cortes Constitucionais e Supremas às Democracias?</b> .....	39
<b>3</b>	<b>A EVOLUÇÃO DO PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DESDE 1988 E O AUMENTO DE SUA VISIBILIDADE NO BRASIL</b> .....	52
<b>3.1</b>	<b>O fortalecimento decisório do Supremo Tribunal Federal a partir da redemocratização</b> .....	56
<b>3.2</b>	<b>A mídia e a visibilidade do Supremo Tribunal Federal</b> .....	75
<b>4</b>	<b>OS OBSTÁCULOS Oponíveis ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMAS: a linha tênue entre oposição legítima e abuso</b> .....	83
<b>4.1</b>	<b>A Formação do sentido da normal constitucional por meio do diálogo interinstitucional e os limites da interação legítima</b> .....	86
<b>4.2</b>	<b>Os Obstáculos oponíveis às Corte e às suas decisões</b> .....	93
<b>4.2.1</b>	<b>A Crítica Pública</b> .....	93
<b>4.2.2</b>	<b>Desobediência ou não implementação de decisões</b> .....	99
<b>4.2.3</b>	<b>Mudanças constitucionais e legais quanto à composição da Corte, e a indicação de Ministros</b> .....	103
<b>4.2.4</b>	<b>Sanções a juízes, manipulação no orçamento da Corte e na remuneração de seus membros</b> .....	108
<b>4.2.5</b>	<b>Superação legislativa</b> .....	110
<b>5</b>	<b>A REPUTAÇÃO ENQUANTO FENÔMENO HUMANO: sua definição e papel social a partir de um olhar transdisciplinar</b> .....	115
<b>5.1</b>	<b>O Estudo da reputação a partir de um olhar transdisciplinar</b> .....	122
<b>5.2</b>	<b>Definindo e distinguindo a reputação de outros conceitos análogos</b> .....	134
<b>6</b>	<b>A REPUTAÇÃO JUDICIAL E O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO-ATITUDINAL DE CORTES E MAGISTRADOS</b> .....	142

<b>7</b>	<b>ANÁLISE CRÍTICA DOS MECANISMOS REPUTACIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	163
<b>7.1</b>	<b>Coerência decisória e a minimização de juízos discricionários</b> .....	167
<b>7.2</b>	<b>A utilização de decisões monocráticas</b> .....	175
<b>7.3</b>	<b>O modelo deliberativo seriatim e o incentivo ao dissenso</b> .....	181
<b>7.4</b>	<b>A construção da pauta e os pedidos de vista</b> .....	188
<b>7.5</b>	<b>Técnicas decisórias que atuam como mecanismos reputacionais na construção e fortalecimento da reputação judicial: da construção do precedente no caso adequado à escolha sobre contra quem decidir primeiro</b> .....	193
<b>7.6</b>	<b>Reflexão final</b> .....	208
<b>8</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	210
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	214

## 1 INTRODUÇÃO

Acostumada a abrigar infindáveis embates políticos e judiciais, com suas pilastras de mármore cinzento a sustentar as frisas em estilo neoclássico, sob um teto em formato de meio domo, a velha sala do Senado presenciaria, em uma manhã de segunda-feira, 27 de maio de 1935, o anúncio trágico de três decisões, prolatadas em um só tom, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Com apoio da ala liberal, constituída pelos *Justices* Brandeis, Cardozo e Stone, restaria fulminado, por inconstitucional, o *NIRA – National Industrial Recovery Act of 1933*, Lei Federal que autorizava o Presidente a regular a indústria, incentivando salários e preços justos, assim como criava o *Public Works Administration (PWA)*, um plano de injeção de bilhões de dólares em obras públicas a fim de promover empregos.<sup>1</sup>

O sucesso do *New Deal*, plano econômico que fora a base da campanha eleitoral de Franklin Roosevelt nas eleições de 1932, anunciado como a ferramenta maior na tentativa de salvar o país da grande depressão de 1929 e cuja proposta garantiu-lhe ampla vitória com 57,41% dos votos populares - número nunca antes alcançado por um candidato à presidência da república naquele país - estava em cheque.

Logo depois, da Casa Branca, por uma hora e meia, um Presidente revoltado, se dirigia à nação inteira, e culpava expressamente a Corte, gesticulando e enfiando o dedo, nervosamente, em cópia de uma das decisões que trazia na mão, ao afirmar que estaria o país enfrentando “[...] um problema enorme e não partidário”, bem como, estaria em jogo “[...] se seriam restaurados ao Governo Federal, os poderes que este detém em todas as nações do mundo”<sup>2</sup>. Afirmava, esbravejando, que de outra forma, em frase que estampou os jornais da época: “[...] seus poderes estariam restritos à regulação do deslocamento interestadual de charretes”, em referência às limitações impostas aos Poderes Federais pelos precedentes firmados.<sup>3</sup>

Formou-se assim, um embate clássico na história daquele país. De um lado a Suprema Corte, agora recém-instalada, em novo e suntuoso prédio, com colunas de

---

<sup>1</sup> BURNS, J. M. **Packing the court: the rise of judicial power and the coming crisis of the supreme court**. New York: The Penguin Press, 2009. p. 117; HALL, K. L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University press, 2005. p. 119; UROFSKY, M. I. (ed.). **The supreme court justices: a biographical dictionary**. New York: Garland Publishing Inc., 1994. p. 428; LEUCHTENBURG, W. E. FDR’s Court-Packing Plan: a Second Life, a Second Death. **Duke Law Journal**, [S. 1.], p. 673-68, 1985. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol34/iss3/4>. Acesso em 20 jul. 2018. (Todas as traduções deste trabalho foram feitas pelo autor).

<sup>2</sup> BURNS, op cit., p. 117.

<sup>3</sup> Ibid., p. 117.

mármore e revestimento interno de carvalho americano, em cujo pórtico se poderia ler a frase *Justiça igualitária sob a Lei*. Erguida em frente ao Capitólio, como baluarte dos ideais norte-americanos, em especial aqueles da Era *Lochner*, conservadores e partidários do *laissez-faire* e da autonomia dos estados-membros.

De outro, o Presidente, vitorioso e recém-eleito, com maciça maioria de votos, e uma grave crise a solucionar, que ameaçava engolir a América de Madison, Jefferson e Jay, transformando o sonho americano em um castelo de cartas, de onde imigrantes estrangeiros - em momento único na história - já fugiam em debandada, para retornar a suas terras natais, fadigados e falidos, em busca de melhores condições de vida para suas famílias.<sup>4</sup>

Franklin Delano Roosevelt, oriundo de uma das famílias mais ricas de Nova Iorque, formado em Harvard, primo em quinto grau do ex-presidente Theodore Roosevelt, não se deixou abater. Propôs a seus correligionários vários possíveis meios de combater o que reputava como grave excesso de poder da Corte, e sugeriu formas de interferir na sua sistemática decisória, que a forçariam a decidir em favor de seus interesses.

Dentre as ideias estavam a edição de ato normativo que expressamente desse ao governo federal a atribuição de interferir no comércio e na agricultura, assim como lei que limitasse os poderes da *judicial review*. Criariam a exigência de quórum qualificado de unanimidade para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma Lei Federal. Contudo, para a tristeza daqueles estrategistas políticos, essas medidas dependeriam de emendas constitucionais, cuja aprovação, em razão do rigoroso procedimento de alteração constitucional norte-americano, que deve passar pelo Congresso e pelas Assembleias Estaduais, chegariam tarde demais para salvar o *New Deal*<sup>5</sup>.

Parecia difícil superar a estrutura criada pelos Pais Fundadores. A única saída praticável, então, conjecturou-se, seria alterar não mais a Corte, ou sua competência, mas aumentar o número de seus membros, agregando simpatizantes aos planos de governo. Tendo esta proposta em mente, esboçada na solidão de seu gabinete, com a presença apenas do Advogado Geral da União, e sob o argumento de que aumentar o número de *Justices* era medida que já havia sido tomada em administrações anteriores - por figuras do porte de Thomas Jefferson e Abraham Lincoln - dirigiu-se ao Congresso e aos líderes.

Em 5 de fevereiro de 1937, no pronunciamento conhecido como a mensagem anual do Presidente, advogou, então, a necessidade da aprovação de um pacote de reformas

---

<sup>4</sup> CHEMERISKY, E. **The case against the supreme court**. New York: Penguin Books, 2014. p. 109.

<sup>5</sup> BURNS, 2009, p. 119.

do Poder Judiciário Federal, de modo a esconder, parcialmente, suas verdadeiras intenções, e facilitar a aprovação do projeto, que passou a ser conhecido como *court-packing plan* ou plano de aumento da Corte.<sup>6</sup>

As expectativas de Roosevelt e seu ego inflado, de que conseguiria por essa via contornar a Corte, e teria consigo o apoio do seu partido, das lideranças, e talvez, do Congresso e da Sociedade Civil organizada - sofrida e desesperançosa, diante de todos os longos anos de recessão - esbarraram, porém, em um obstáculo firme e invisível: *a noção que tinha o mundo político e a Sociedade Civil norte-americana, sobre o papel da Suprema Corte e sua importância no cenário democrático, assim como a necessidade de ser obedecida.*

Um órgão que não detinha nem recursos ou a força política suficiente para lutar contra a poderosa estrutura do Poder Executivo estadunidense, e suas óbvias popularidade e ramificação política, ainda assim, conseguiria se impor e obstar as tão almejadas mudanças em sua estrutura, que, se aprovadas, a tornariam uma Corte servil àquele governo.

Desde o próprio gabinete presidencial, passando pela liderança democrata, até o Chefe do Comitê Legislativo sobre o Judiciário, muitos sentiram e declararam, desde logo, sua rejeição, em diferentes graus, ao plano de interferir-se na composição da Suprema Corte. A negativa de aceitação fora coroada por correspondência impactante, redigida por Charles Evans Hughes - ex-governador de Nova Iorque, e presidente da Corte, o maior advogado do tribunal naquele momento político - onde deixava claro, em fortes letras, que a proposta não traria qualquer benefício ao colegiado, em dia com seu trabalho, e mais, que o aumento da composição atrapalharia os julgamentos. Haveria mais magistrados a serem ouvidos, e com quem, obrigatoriamente, discutir os casos sob exame, promovendo maior delonga na preparação do que entraria em pauta.<sup>7</sup>

A opinião pública, conforme expuseram as pesquisas da empresa Gallup Pole, que colheu dados em 18 momentos distintos na primeira metade do ano de 1937, indicava ampla maioria a favor da manutenção da composição da Corte.<sup>8</sup> Nas palavras do Senador de Montana, Burton K. Wheeler, em pronunciamento realizado em 10 de março de 1937:

---

<sup>6</sup> FRIEDMAN, B. **The will of the people:** how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Meaning of the Constitution. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. p. 186.

<sup>7</sup> BURNS, 2009, p. 121.

<sup>8</sup> CALDEIRA, G. A. Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan. **The American Political Science Review**, v. 81, n. 4, p. 1139-1153, 1987.

“Crie agora uma corte política para ecoar as ideias do Executivo e você terá criado uma arma”<sup>9</sup>.

A oposição não cederia. Era essa a opinião majoritária e que redundaria em poderosa resistência, a qual seria corroborada pela circunstância de Roosevelt não haver sinalizado quando de sua campanha eleitoral recente sobre a possibilidade de interferir na Corte, até o medo de um virada totalitária. Em um momento de acentuada fragilidade, a retirada da Corte, enquanto defensora de liberdades e do equilíbrio democrático, do jogo político e jurídico - pela imposição de medida de submissão ao governo - era estratégia vista como um atalho muito curto para uma ditadura.<sup>10</sup>

Com a virada decisória da Corte, e a adesão do Justice Owen Roberts ao grupo que favorecia a constitucionalidade das medidas - *a switch in time that saved nine*, a mudança em tempo que salvou nove, como ficou conhecida, em referência aos 9 Justices e o conflito com a Presidência - que resultou em decisões favoráveis ao governo em *West Coast Hotel v. Parrish* e em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* - acreditou-se que Roosevelt cederia e buscaria um acordo com seus oponentes no Capitólio. Mas ele se manteve impassível.

Nem mesmo a visita pela comissão de líderes do congresso, encabeçada por ninguém menos que o Vice-Presidente da República John Nance Garner, e a informação transmitida por uma comissão de Senadores e seu próprio filho James Roosevelt, de que não havia votos suficientes no Senado, fizeram-no desistir de seu plano. Pretendia avidamente “[...] ter uma Corte cooperativa com a Casa Branca [...]”<sup>11</sup>, o que o impediu de perceber a sua derrota iminente, a qual, eventualmente aconteceria, ao ser rejeitada a sua proposta, exatamente no Senado, em 18 de maio de 1937.

O episódio em destaque conta um breve e famoso trecho, não só da história política dos Estados Unidos, mas igualmente, da história da Suprema Corte daquele país. Escolheu-se contá-la, ao iniciar desta Introdução, por ilustrar ela, com razoável nitidez, a proposta deste trabalho. Porém, como haverá a oportunidade de se demonstrar, essa história poderia ter outros protagonistas, em países tão diferentes quanto Israel, a África do Sul, ou o Brasil.

<sup>9</sup> FRIEDMAN, 2009, p. 223; WHEELER, B. K. First Member of the Senate to Back the President in '32—**Chicago Forum**, [S. l.], 1937. Disponível em: <http://academic.brooklyn.cuny.edu/history/johnson/wheeler.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

<sup>10</sup> FRIEDMAN, op cit., p. 219.

<sup>11</sup> CUSHMAN, B. Court-Packing and Compromise. **Constitutional Commentary**, [S. l.], v. 29, n. 1, p. 1-30, 2013. p. 9. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/954](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/954). Acesso em 20 jul. 2018.



Essas nações compartilham, assim como muitas outras a partir do século XX, a existência de uma Corte Suprema ou Constitucional, emplacada em suas constituições. Cortes essas, cujo papel na formação daqueles países, e na consecução dos objetivos constitucionais, aliada às repercussões do seu próprio agir institucional, consolidaram um forte prestígio, gerador de grande apoio e suporte, que chamarei de reputação judicial, e que serve de fonte de obediência e respeito.

Como enfatizam Nuno Garoupa e Tom Ginsburg<sup>12</sup>, em obra recente, a reputação judicial tem diversos papéis relevantes para a Corte Suprema, e para o próprio Poder Judiciário como um todo, e isto por várias razões. Em primeiro lugar, ela transmite informação ao público em geral sobre a qualidade do Judiciário, e a boa reputação judicial favorece a percepção de uma Corte e de magistrados enquanto qualificados e respeitados. Isso propicia uma disponibilidade geral de prover tais instituições com maiores recursos materiais, e evita o esvaziamento dos já existentes, sejam monetários ou sociais. Ademais, a reputação judicial exerce influência sobre como os Poderes Executivo e Legislativo, bem como os grupos que compõem a Sociedade Civil, conceberão as decisões tomadas, e em que medida as seguirão.

A construção desse capital reputacional<sup>13</sup> - por meio da utilização dos mecanismos de aprimoramento de que dispõe - é que permitirá, em larga escala, maior liberdade para que a Corte possa tomar decisões contramajoritárias, que não gozarão de apoio específico da sociedade. Por isso, importa perceber que a reputação judicial de uma Corte está diretamente relacionada com a capacidade de fazer com que os demais

---

<sup>12</sup> GAROUPA, N.; GINSBURG, T. **Judicial Reputation: a comparative theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2015. p. 16.

<sup>13</sup> Apesar de pouco conhecido na seara jurídica, o conceito de *capital reputacional* é amplamente trabalhado na literatura relacionada ao ambiente e às práticas corporativas, e guarda relação com o agir estratégico de determinada sociedade empresária no hostil ambiente de adversidades do mercado: “Eu defino capital reputacional como o bem intangível de construção em longo prazo e voltado para a produção de benefícios. Capital reputacional se distingue da imagem da firma da mesma forma que a imagem de uma pessoa se distingue de sua personalidade. A reputação de uma firma pode melhorar sua imagem, mas a imagem sozinha não formará reputação. Em verdade, mesmo indivíduos quaisquer, profissionais, e países, possuem capital reputacional e podem perdê-lo da mesma forma que uma empresa.” E continua em outro trecho o autor: “A reputação não é algo que a pessoa ou a empresa possui em completo isolamento. Reputação é relacional. A reputação de um advogado aumentará - ou diminuirá - pela proibidade da profissão em geral. Sua reputação será afetada pelas associações que mantém.” (JACKSON, K. T. **Building reputational capital: strategies for integrity and fair play that improve the bottom line**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 42). Cf SERGENT, R. S. Building reputational capital: the right of attribution under section 43 of the Lanham Act. **Columbia-VLA Journal of Law & the Arts**, [S. l.], v. 19, n. 1/2, p. 45-84, 1994-1995; ADVANI, M. Strengthening Relationships through Reputational Capital. **Global Journal of Management and Business Studies**. Massachusetts, v. 3, n. 9, p. 985-990, 2013. Disponível em: <http://www.rpublication.com/gjmb.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

protagonistas do processo democrático obedeçam às suas decisões. Assim, quanto mais alta sua reputação, menor será a expectativa de descumprimento.

Sem obediência espontânea, as Cortes, em diversas circunstâncias, não dispõem de meios para solucionar sua função primordial de resolver disputas, articulando a interpretação sobre regras, e servindo como veículos de controle social, como observaram os autores:

Uma Corte pode tentar aumentar sua legitimidade exarando julgamentos bem fundamentados, fazendo-se parecer constrita pela lei, e requerendo ações que o público perceba como aceitáveis. A legitimidade de uma Corte se desenvolve vagarosamente enquanto o público desenvolve uma percepção sobre a natureza de seus julgamentos. A legitimidade de uma Corte depende não apenas em seu comportamento, mas também no prestígio dos juízes individualmente considerados que a compõem. **Se os juízes gozam de alta reputação o público estará mais suscetível a ver as decisões da Corte como imparciais e legalmente corretas, e isto aumentará sua legitimidade.** (grifos nossos)<sup>14</sup>.

Compreende-se mais facilmente a importância da reputação judicial ao se considerar a situação de juízes em países em desenvolvimento, como o Brasil, onde reformas voltadas à eficiência são de difícil implementação, mesmo quando os gastos anuais para a manutenção de estruturas e otimização do funcionamento dos mais diversos tribunais são de grande vulto. Em muitos desses países, o Judiciário tem a reputação de corrupto; magistrados são apontados como agentes públicos que não trabalham o suficiente; ou que atuam como ilhas, isoladas e sem coerência entre seus julgados<sup>15</sup>. Nesses ambientes, o aprimoramento da reputação judicial é especialmente valioso, uma vez que, se elevada, poderá contribuir antecipadamente para a obediência direta às decisões e estabilidade institucional, o que gerará crescimento econômico e aumento de investimentos. Quanto a esse ponto, a declaração de Garoupa e Ginsburg é reveladora:

Acreditamos que há pressões seculares em todos os países que estão forçando judiciários a considerar como mais importantes audiências externas. Sem dúvidas, a crescente importância da mídia força todas as agências governamentais a considerar o aspecto da relação do seu trabalho com o público. Além desta tendência geral, há um aumento na “judicialização da política” em muitos países. Se juízes estão tendo maior impacto em assuntos de importância social e política é natural a demanda por maior responsabilidade judicial. Isto cria uma demanda dupla, por **reputação judicial e incentivos para sua manutenção**, o que é provavelmente acompanhado por reformas institucionais significativas [...]. (Grifos nossos)<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> DOTHAN, S. How international courts enhance their legitimacy. *Theoretical Inquiries in Law*, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 455-478, 2013. p. 456.

<sup>15</sup> ROSE-ACKERMAN, S. Judicial Independence and corruption. In TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Global Corruption Report, 2007: corruption in judicial systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 15.

<sup>16</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 49.

As Cortes Constitucionais, enquanto espaço de mediação e decisão, dispõem de uma série de mecanismos inerentes à construção de sua reputação judicial, ou seja, que dizem respeito ao seu agir estratégico enquanto instituição, e funcionam como ferramentas de diversas ordens, que auxiliam o resultado esperado, de cumprimento dessas decisões. Surge assim a necessidade, para a Teoria Geral do Estado e para a Teoria Constitucional contemporânea, de sistematizar tais mecanismos, e analisá-los criticamente, a partir dessa compreensão. Destarte, ao mesmo tempo que será permitido a tais instituições exercer seu papel constitucional, não poderão elas utilizar tais instrumentos de forma a usurpar competências inerentes aos demais poderes representativos, sob pena de deflagarem efeito reverso, e prejudicarem a reputação pela qual devem zelar.

O Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto Corte Suprema, enfrenta o mesmo dilema, e dispõe dos mesmos mecanismos de outros tribunais, como acentua Oscar Vilhena, ao apontar a reputação enquanto pressuposto da autoridade do STF, e enfatizar a existência de mecanismos ou instrumentos para sua preservação:

O Supremo tem motivos e mecanismos para não se deixar capturar por interesses ilegítimos daqueles sobre os quais recai a sua jurisdição. **Sua autoridade decorre, sobretudo, de sua reputação.** Essa é alcançada pela sua capacidade de demonstrar, ao longo do tempo, que a Corte é uma instituição imparcial, que suas decisões representam a melhor interpretação daquilo que lhe determina a Constituição e, também, de que a Corte não utilizará de seu poder de dar a última palavra para usurpar função alheia.

**Os instrumentos para preservar sua reputação são a colegialidade, a transparência, a discricção e a consistência jurídica de suas decisões,** mas também a capacidade de se proteger de algumas armadilhas. Quando os interesses e as paixões políticas se encontram exacerbados, ao Tribunal cumpre deixar claro que não permitirá ser conduzido por aqueles que manifestam a intenção de interferir ilegitimamente no resultado de seus julgamentos. Caso não queira ver sua autoridade tragada pela crise, o Supremo precisa reafirmar ser senhor de seu tempo e, especialmente, de seus juízos. (Grifos nossos)<sup>17</sup>.

Dessa forma, a escolha do tema ocorreu em razão da pertinência do mesmo para o repensar do papel do STF, em momento que ocupa lugar de intenso destaque na conjuntura nacional. Incentiva-se, por essa via, que ocupe realmente o papel de Corte Constitucional, discutindo-se os mecanismos de que dispõe para ampliação de sua reputação e obediência às suas decisões. Imprescindível a avaliação crítica, por “[...] ser próprio do poder testar os seus limites e, por isso mesmo, esses devem ser constantemente renovados, insista-se, em favor da democracia.”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> VIEIRA, O. V. Senhor de seus juízos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2016. Não paginado. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhena/2016/06/1780605-senhor-de-seus-juizos.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>18</sup> AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. Controle de constitucionalidade evolução brasileira determinada pela falta do Stare Decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012. p. 135; AMARAL

Por fim, não se encontrou, no Brasil, obra sobre o tema, estando o assunto na ordem do dia da literatura em direito constitucional estrangeira<sup>19</sup>. Esta tem discutido os mecanismos de interlocução e de aprimoramento da reputação de Cortes nacionais e internacionais. O objetivo é melhor compreender-lhe o funcionamento e distinguir os critérios norteadores deste agir, bem como a função da reputação em sua perspectiva difusa e específica, ou seja, enquanto estabilidade institucional e enquanto a suscetibilidade do tribunal ter sua imagem, nome, e inteira compreensão pública de sua função abaladas ou reforçadas, diante de uma decisão em particular:

A reputação, no entanto, é uma qualidade coletiva do judiciário como um todo. Um judiciário que a maneje efetivamente estará apto a assegurar recursos e melhorar sua influência política e social, o que beneficiária até mesmo os juízes individualmente considerados. Um judiciário de alta reputação poderá também se tornar mais visível internacionalmente. A “conversação global entre Cortes” significa que há novas e importantes audiências aguardando informações, e os judiciários ganharão prestígio por meio de sua citação por Cortes de outros países. (Grifo nossos)<sup>20</sup>.

Ressalte-se ser ainda mais delicada a situação do modelo brasileiro - onde a Suprema Corte decide uma enorme quantidade de processos por ano quando em comparação com outras Cortes (Estados Unidos em média 80 casos por ano, Canadá 70, Conselho Constitucional Francês 100, e Itália 500) - o que gera uma atmosfera acentuadamente crítica, tendo em vista o enorme número de derrotados e dilemas morais enfrentados. Isto significa inegavelmente a aquisição de diversos inimigos políticos no processo.

Para enfrentar este extenuante desafio, a Corte estará em desvantagem. As críticas - especialmente quando faltem critérios nítidos para sua organização e relacionamento com os demais coparticipantes desses processos - excederão facilmente as fontes de apoio político, as quais servem de contrapeso para inibir atuações contra a sua estabilidade de funcionamento<sup>21</sup>.

*A questão fundamental deste trabalho, problema ao redor do qual girará todo o esforço epistêmico, será, então: em que medida se pode definir a noção de reputação*

JÚNIOR, J. L. M. do. 20 anos da Constituição Brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder? In MORAES, A. de. *et al.* (Coords.). **Os 20 anos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 125-137.

<sup>19</sup> Para citar apenas duas das obras utilizadas neste projeto, publicadas em 2014 e 2015 (GAROUPA; GINSBURG, 2015; DOTHAN, S. **Reputation and Judicial Tactics: a theory of National and International Courts**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 41).

<sup>20</sup> GAROUPA; GINSBURG, op cit., p. 5.

<sup>21</sup> FONTANA, D. Docket Control and the success of constitutional courts. In GINSBURG, T.; DIXON, R. (eds.). **Comparative constitutional law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2256946](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256946). Acesso em: 20 jul. 2018.

*judicial do Supremo Tribunal Federal, e quais são os mecanismos de sua utilização, que permitem o aprimoramento de tal reputação de modo a ser a Corte obedecida? Em outras palavras: o que é a reputação judicial de uma Suprema Corte ou Corte Constitucional, e em que medida dispõe o Supremo Tribunal Federal de mecanismos reputacionais que permitam construí-la e aprimorá-la após a Constituição Federal de 1988, de modo a servirem de catalizadores da obediência às suas decisões, especialmente pelos Poderes Executivo e Legislativo, e a Sociedade Civil?*

Enquanto metodologia, pretende-se adotar uma abordagem de dois métodos, empregando-se procedimentos da análise qualitativa e revisão bibliográfica. Considera-se que a combinação dos procedimentos próprios dos dois métodos proporcionará maior compreensão do problema e das questões a serem enfrentadas, bem como maior controle dos resultados da pesquisa que está sendo proposta. As limitações inerentes à tese impedem, contudo, a coleta de dados primários em relação a todas as parcelas do trabalho, o que dependeria de grande quantidade de tempo e de recursos, incompatível com os limites existentes.

Serão usados em grande quantidade os dados já coletados na literatura nacional e estrangeira, assim como aqueles disponíveis do sítio eletrônico do próprio STF. Eventualmente, a análise qualitativa é corroborada por estudos quantitativos consultados. A revisão bibliográfica, por sua vez, tem traços interdisciplinares, tendo em vista a necessidade de análise dos mecanismos sistematizados à luz não somente da Teoria Constitucional, mas da Teoria Geral do Estado, Filosofia, Economia e mesmo da Biologia, em especial quanto ao estudo da importância e do papel da reputação no funcionamento e gestão das instituições democráticas<sup>22</sup>.

Cumprido advertir-se o leitor, nesta etapa, que ao contrário de grande parte dos estudos jurídicos de Direito Constitucional, que detêm enfoque fortemente dogmático-normativo, este trabalho está proximamente ligado à Ciência Política, e isto por várias razões. Primeiramente, por se tratar de estudo em grande parte descritivo do funcionamento de Cortes Constitucionais ou Supremas, não havendo nada de errado nisso, como salienta Friedman: “Tenho sido persistentemente descritivo em minha abordagem, porque não vejo como poderia formular argumentos normativos antes de entender como

---

<sup>22</sup> Cf. CRESCENZI, M. Reputation and Interstate Conflict. **American Journal of Political Science**, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 382-396, 2007; COPELAND, D. Do reputations matter? **Security Studies**, [S. l.], v. 7, n. 1, p.33-71, 1997.

opera o sistema”<sup>23</sup>. Segundo, pela própria proximidade entre o objeto de estudo de ambas as searas do conhecimento humano, uma vez que o Poder Político é exercido no Estado Constitucional a partir e nos limites da Constituição. Terceiro, por ser a cultura política um “[...] conceito mediador e modificador de Constituições”<sup>24</sup>, ou seja, fenômenos umbilicalmente ligados, que se influenciam mutuamente, e cuja análise em separado resultará frequentemente em perigoso artificialismo. Quarto, pela necessidade da busca em outras ciências de recursos para o enfrentamento do problema maior em discussão, o que se fez, contudo, sem se descurar da análise crítica proposta - usando-se metodologia própria ao Direito Constitucional - e à luz de ampla literatura constitucionalista para a demonstração da tese proposta.

No primeiro capítulo, ou seja: onde situa-se o problema, é discutida a crise de confiança nas instituições representativas que vem se consolidando na segunda metade do século XX e começo do século XXI, e, concomitantemente, a ascensão da jurisdição constitucional pelo mundo, tratando-se das críticas e elogios ao papel das Cortes Supremas e Constitucionais para as democracias, em especial às ditas frágeis, na compreensão de Samuel Issacharoff, como aquelas “[...] que herdaram autoridade política a partir do colapso de um regime autoritário, e precisam confrontar divisões sociais recrudescidas”<sup>25</sup>. A reflexão sobre o papel das Cortes em um ambiente de crise é a base sólida sobre a qual se ergue o restante do trabalho, uma vez que é a partir da compreensão do papel de tais instituições nas democracias contemporâneas, e de seus processos erosivos, que será possível assimilar-se a noção mais adequada e útil, para a Teoria Geral do Estado e para o Direito Constitucional, da reputação dessas instituições e sua função institucional.

No segundo capítulo é debatida a trajetória do STF, a partir de 1988, abrangendo as circunstâncias que demonstram a evolução da confiança, interna e externa, em sua capacidade institucional, com a ampliação da legitimidade e dos meios de controle de constitucionalidade; as reformas quanto à força vinculante de seus precedentes, e o avanço de suas decisões sobre áreas anteriormente compreendidas como *interna corporis* do Poder Legislativo. Por fim, a partir de seu crescente papel na sociedade brasileira, discorrer-se sobre a amplitude do protagonismo do STF na vida pública nacional, apontando-se o papel

<sup>23</sup> FRIEDMAN, B. Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidade: una respuesta a Roberto Gargarella. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Palermo, ano 6, n. 1, p. 169-173, 2005. Disponível em: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1-October2005/061Juridica08.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica08.pdf). Acesso em: 27 nov. 2019.

<sup>24</sup> BONAVIDES, P. **Reflexões:** política e direito. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. p. 199.

<sup>25</sup> ISSACHAROFF, S. **Fragile Democracies:** contested power in the era of constitutional courts. Cambridge: University Press, 2015. p. 11.

da mídia neste desenvolvimento. Este capítulo cumpre a tarefa, então, de introduzir a Corte Suprema Brasileira na pesquisa, apontando o crescimento de seu papel na sociedade brasileira, até sua posição atual, mormente quanto à amplitude de suas prerrogativas e capacidades.

No terceiro capítulo são discutidos obstáculos imponíveis às Cortes Supremas e Constitucionais, no Brasil e em Direito Comparado, a partir de análise crítica e tendo por base pressupostos da Teoria Democrática já delineados no capítulo inaugural. São identificadas, inclusive, as estratégias utilizadas por seus possíveis opositores, sua legitimidade ou não, e os riscos à instabilidade institucional. Em continuação, é analisada a formação dialógica do sentido da norma constitucional, com a atuação das Cortes e seus membros, suplantando desafios ou sucumbindo a eles, na medida que disponham de recursos institucionais e a expertise necessária para combatê-los.

No quarto capítulo discute-se a noção de reputação, enquanto um fenômeno social, a partir de um olhar transdisciplinar, com o auxílio da literatura, da biologia evolutiva e da economia; diagnosticados os elementos que a caracterizam e a definem, em um olhar que perpassa aquelas ciências, e dá sentido ao seu estudo.

No quinto capítulo, construída a noção que se pretende utilizar durante o restante do estudo, de reputação judicial, como conceito teórico e prático, assim como critério para a análise crítica dos mecanismos deliberativos e decisórios. São apontadas as distinções de termos análogos, os vieses da reputação (interno e externo; específico e difuso; dinâmico e estático), seu sentido e utilidade. Fundamentalmente, a ideia de uma noção de reputação judicial utilizável pela Teoria Geral do Estado e pela Teoria Constitucional enquanto fonte de obediência decisória dentro da ideia da Corte como protagonista de um agir estratégico-atitudinal inerente ao processo de concretização de suas decisões.

No sexto e último capítulo, é discutida a utilização pelo STF dos mecanismos de que dispõe, deliberativos e decisórios, para a maximização de sua reputação, a partir da análise da experiência de outras Cortes, e da sua própria atuação. Conclui-se assim esta tese, aplicando-se ao STF a análise qualitativa prévia desenvolvida, e demonstrando-se, criticamente, como esta Corte lida com os mecanismos reputacionais que dispõe, a partir dos pressupostos anteriormente esboçados.

Possível, assim, ao final desta Introdução, expor-se, agora em melhor definição, qual a hipótese que se pretende corroborar por meio desta pesquisa, em resposta ao problema apontado, e que representa, fundamentalmente, a tese desenvolvida: *o Supremo Tribunal Federal, como as demais Cortes Supremas e Constitucionais, dispõe de uma*

*característica inerente a seu desempenho institucional, no sentido de a habilidade de ver atendidas suas decisões - pelos demais Poderes Públicos e pela Sociedade Civil - e a esta característica se sugere dar o nome de reputação judicial. Por sua vez, a reputação judicial é operada - seja maximizada, otimizada ou restringida - mediante o uso de mecanismos de que esta Corte dispõe, denominados de reputacionais, que devem ser guiados por sua utilização crítica, à luz de referida noção e seu significado social e relacional, sempre com esteio e limite na Constituição Federal de 1988. A desatenção a tais parâmetros resultará em prejuízo às decisões da Corte, que serão objeto de descumprimento, ou resultarão na interferência ilegítima na esfera constitucional de atribuições dos demais Poderes.*



## 2 O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMAS EM DEMOCRACIAS FRÁGEIS E O ENFRAQUECIMENTO DOS ÓRGÃOS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Em comunhão de esforços nacionais, após diversos anos de tensa negociação, que culminaram com a primeira eleição para um governo democrático - participaram dezenove partidos políticos e vinte e dois milhões de pessoas – foi formado um Governo de União Nacional, e um ex-presidiário e ativista político nomeado seu líder. Nelson Mandela, como Presidente da República da África do Sul, assumiria a missão tortuosa de romper um padrão histórico de discriminação, preconceito e autoritarismo, em um país marcado tanto pela pluralidade de etnias, quanto pela segregação e violência raciais. Os desafios, portanto, seriam muitos, a exemplo de conciliar uma miríade de interesses contrapostos, bem como o receio de uma minoria branca abastada, que temia ser forçada a pagar pelos excessos que cometera, em décadas de *apartheid*.<sup>26</sup>

O caminho para a redemocratização, era consenso, deveria iniciar-se com a elaboração de uma Constituição, mas os temores brancos, na implementação da hegemonia agora negra, e os interesses complexos e contrapostos, não permitiram a elaboração de um único documento, por uma Assembleia Constituinte, nos moldes da teoria constitucional clássica. A única alternativa aceita seria a elaboração de um pacto provisório, uma Constituição interina, que conteria princípios a serem observados na posterior elaboração do documento definitivo, da Constituição Sul-Africana.

O procedimento contaria com um toque inovador, a Corte Constitucional, a ser implementada mediante escolha do Presidente - após indicações de um conselho especial, e consulta ao Presidente da Corte e aos líderes dos partidos políticos com representação na Assembleia Nacional - seria incumbida da relevantíssima missão de aprovar, de forma irrecorrível e indiscutível, o texto final, em procedimento que fora denominado de Certificação<sup>27</sup>. Incumbiria assim a uma Corte, não-eleita, de juristas, a decisão final sobre a consonância do pacto constitucional com os princípios básicos que deveriam reger o futuro

---

<sup>26</sup> SOUTH AFRICAN HISTORY ONLINE. **South Africa's first democratic elections**. South Africa, 1994. Disponível em: <https://www.sahistory.org.za/dated-event/south-africas-first-democratic-elections>, Acesso em: 3 jan. 2019.

<sup>27</sup> Íntegra do procedimento de Certificação da Constituição (Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html>. Acesso em: 7 jan. 2019).

da nação e as diretrizes que visassem corrigir a iniquidade e concretizar o ideário libertador.<sup>28</sup>

Todavia, a despeito do que se poderia inicialmente imaginar, o processo ou julgamento de Certificação em sua primeira etapa resultou simplesmente na reprovação, pela Corte, do texto final, retornando-o à Assembleia Constituinte, para que fossem providenciadas emendas, de modo a assegurar a total observância aos princípios expostos na carta provisória. Um segundo texto foi então produzido pela Assembleia - que se negou a permitir a reabertura de antigas discussões, limitando-se aos pontos especificados - e foi encaminhado à Corte, a qual, desta vez, em 4 de dezembro de 1996, aprovou unanimemente a nova Constituição:

O processo de certificação, no qual se solicitou da Corte Constitucional que o texto constitucional produzido pela Assembleia Constituinte atenderia aos parâmetros dos Princípios Constitucionais contidos na Constituição de 1993, **provê um extenso e único exemplo, no contexto de uma transição democrática, no qual uma Corte Constitucional é solicitada a exercer papel de árbitro final do escopo e significado constitucionais, e assim fazendo, é também solicitada a ir aos limites de sua capacidade institucional.** Apesar de único em suas especificidades, o processo de certificação reflete assuntos de jurisdição constitucional, os quais podem surgir no futuro no contexto de desafios a emendas constitucionais aprovadas, em similaridade com aqueles que estão refletidos na 'estrutura básica' da jurisprudência da Suprema Corte Indiana. **Não apenas a Corte foi chamada a interpretar uma Constituição adotada pelo 'povo', mas em caso de emendas constitucionais, a Corte é chamada para avaliar o próprio conteúdo do poder 'do povo', sobre cuja vontade sua própria legitimidade enquanto guardião de direito está sustentada.** (Grifos nossos)<sup>29</sup>

É de forte simbolismo o que se emoldura agora, com a atividade da Corte Sul-Africana. Uma nova missão, que apesar de não ser excentricidade africana - e coexistir em outras repúblicas, em formatos mais ou menos tímidos, dificilmente poderia ser resumida pela concepção tradicional sobre as atribuições de uma Corte Constitucional<sup>30</sup>, e ali está

<sup>28</sup> CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. **Site Oficial**. Braamfontein, [20--?]. Disponível em: <https://www.concourt.org.za/index.php/judges/how-judges-are-appointed>. Acesso em: 3 jan. 2019; RAKATE, P. K. A Note on the Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 by the Constitutional Court. **African Journal of International and Comparative Law**, London, v. 9, t. 9, p. 934-942, 1997; ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. New York: Ed. Oxford USA Professional, 2012. p. 437.

<sup>29</sup> KLUG, H. **Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 154.

<sup>30</sup> Por concepção tradicional tem-se a noção amplamente difundida de que a Corte Constitucional ou a Corte Suprema, quando no exercício da jurisdição constitucional, teria a função basilar de defesa da Constituição, em uma postura fundamentalmente passiva, e não ativa ao ponto de participar do processo de produção da própria nova Constituição de um país. Mas não só isso, decisões que de várias formas interferem no processo eleitoral, no jogo político, na relação entre Poderes, e cujos fundamentos não estão expressamente estabelecidos nas Constituições daqueles países, adentrando significativamente uma seara atribuível à política. **Cf. sobre a visão tradicional do papel das Cortes:** "Uma decisão do Tribunal Constitucional pode ser, materialmente falando, idêntica àquela adotada pelo Poder Legislativo, assim como àquela decisão tomada normalmente pelo Executivo. A diferença está em que a primeira deve exclusivamente

bem cristalizada. Teria esta Corte, em razão de sua posição de confiança, a tarefa de participar ativamente e declaradamente, do próprio processo de consolidação da norma constitucional. A Assembleia Constituinte, poder político e ilimitado por natureza, reservou à Corte o direito e o dever, de restringir sua própria atividade, de modo a atender aos princípios basilares do regime político que ali se estabelecia.

Não se trata aqui de mera proteção a direitos de minorias perseguidas a partir de uma Constituição já posta, isto é, a Corte atuaria desde a própria elaboração da Constituição, permitindo que o Partido Nacional - antigo partido dominante - e demais etnias, confiantes na missão e independência daquela em relação ao futuro governo, concordassem, por sua vez, com a realização de todos os procedimentos necessários à redemocratização, inclusive as eleições democráticas. A Corte assumiria, desde o início da tecitura constitucional, um papel de protagonista, e não mero defensor ou intérprete,

---

direcionar-se para a aplicação da Constituição. O motivo-finalidade (aspecto formal do ato, na lição de MALBERG, 2001) é diferenciado. O legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos (decisórios) com cunho normativo, **mas com a exclusiva finalidade de defesa da Constituição.**" (TAVARES, A. R. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 43, n. 171, p. 19-47, 2006. p. 21, grifos nossos); Em Kelsen: "Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a **função de proteger a Constituição**, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas." "A Corte Constitucional, além disso, decide sobre **recursos contra violação, dos direitos constitucionalmente garantidos, por ato de autoridade administrativa — não importando se federal ou estadual — após esgotamento da cadeia de instâncias administrativas.**" (KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20 e 29, grifos nossos). **Cf. sobre a mudança na atuação dessas Cortes:** "The judicial reforms undertaken in this region are part of a worldwide trend as courts around the globe gained power at the expense of elected officials. Scholars vigorously debate the implications of the global expansion of judicial power. Judicial optimists celebrate it while judicial pessimists decry it. Judicial optimists draw on the experience of polities that made a successful transition to democracy, such as South Africa and Germany, to argue that judicial review has an important democratic pay-off by strengthening constitutions.0 Judicial pessimists, on the other hand, draw on the experience of older, consolidated democracies, such as the United States, to argue that empowering courts weakens citizen attachment to constitutions and undermines the ability of legislatures to solve pressing problems.'" (SCHOR, M. An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Columbia. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 1, p. 173-194, 2009. p. 175; EPSTEIN, L.; KNIGHT, J.; SHVETSOVA, O. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. In ANNUAL MEETING OF THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, Washington, D.C., 2000. **Paper...** Washington, D.C.: APSA, 2000. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.2000APSA.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019. Cf. BICKEL, A. M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986; NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; ACKERMAN, B. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, p. 771-797, 1997; HIRSCHL, R. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007; GINSBURG, T. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003. O assunto será retomado com maior ênfase ainda neste capítulo.

contribuindo desde o nascedouro, para a definição de normas basilares do Estado Constitucional. Como salienta James Folkes<sup>31</sup>:

O processo de certificação serviu para que os partidos usassem a Corte para resolver o problema contratual sobre como o Partido Nacional poderia blindar o esboço constitucional de uma legislatura futuramente eleita e totalmente dominada pelo Partido Africano Nacional, de forma tal, que o Partido Nacional se sentiria suficientemente seguro para concordar com as eleições que aconteceriam primeiramente. Eles desenharam princípios básicos em antecipação, e concordaram que a Corte decidiria sobre a concordância do texto final com os mesmos.

O momento da Certificação não adveio desacompanhado de temores. O primeiro deles quanto à sua suficiente independência em relação às maiorias políticas que recentemente a tinham constituído. A Assembleia Constituinte representava o pináculo das novas instituições democráticas sul-africanas. O histórico das Cortes sul-africanas, por sua vez, era de fragilidade diante dos poderes políticos, sendo incapazes de combater os males da segregação racial. Como uma corte recém-constituída seria capaz de se impor diante das primeiras instituições verdadeiramente democráticas sul-africanas? Ainda, como lidaria a Corte com os princípios básicos e contraditórios do regime político, traçados em um período anterior às eleições democráticas, e que representavam mais o desejo de que os participantes - de diferentes convicções políticas - permanecessem no jogo democrático, do que qualquer noção principiológica coesa e coerente? Como a Corte asseguraria sua própria sobrevivência institucional, tendo em vista riscos como o de ser extinta por um futuro processo de emenda constitucional se não desempenhasse a contento sua tarefa?

Para a sorte do novo Estado, esses desafios de autoafirmação foram superados com razoável sucesso pela Corte, a qual expressou, de forma autocontida, no próprio julgamento de Certificação, o seu desinteresse pelo mérito das questões políticas postas no texto, enfatizando ser este o escopo da Assembleia Constituinte. A ela caberia um robusto papel, mas de *judicial review*, ao estabelecer precedentes vinculantes, e assegurar - já no segundo julgamento de Certificação, quando da tentativa de certos partidos políticos de reabrir o debate sobre determinadas previsões constitucionais - a aderência ao seu próprio precedente, oriundo do primeiro julgamento de Certificação, e o respeito aos “[...] valores fundamentais os quais incluem a dignidade humana, o alcance da igualdade, o reconhecimento e o avanço de direitos humanos e liberdades, a supremacia constitucional e a *rule of law*”.<sup>32</sup> Por fim, cuidou de se proteger, exigindo dentre as alterações modificações

<sup>31</sup> FOWKES, J. **Building the constitution: the practice of constitutional interpretation in Post-Apartheid South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 94.

<sup>32</sup> KLUG, 2000, p. 156.

que guardam relação com sua própria sobrevivência institucional, como as tentativas de insulamento de matérias constitucionais contra a *judicial review*.<sup>33</sup>

O processo de Certificação, e seus dois julgamentos, não foram os únicos momentos onde a Corte contribuiu para a formação inicial da estrutura constitucional sul-africana, seu protagonismo seria incitado de forma expressa, ainda antes do processo de Certificação, sendo atribuída à Corte a tarefa de decidir sobre questão onde simplesmente não foi possível a obtenção de consenso ou acordo na Assembleia Constituinte. O *African National Congress* (ANC) há muito apoiava a abolição da pena de morte, uma vez que estatisticamente negros eram submetidos à pena capital incomparavelmente mais do que brancos. Porém, à medida que as negociações progrediam, a maior concessão obtida foi a imposição de moratória às penas de morte, ficando mais de 400 condenados no aguardo de uma decisão definitiva. A decisão salomônica então, para não barrar o próprio avanço da virada democrática, diante do entrave gerado com o Partido Nacional, fora a atribuição da tarefa de decidir à Corte Constitucional, que o faz em *Makwanyane*<sup>34</sup>, ainda sob a vigência da Constituição interina, ao reconhecer, contra a vontade do antigo regime, a inconstitucionalidade da pena de morte.<sup>35</sup>

A tarefa, contudo, fora bastante complexa. Os partidos solicitaram a inclusão no julgamento dos debates travados no processo constituinte, pretendendo usar a opinião dos pais fundadores sul-africanos de forma a engessar as possibilidades decisórias da Corte. Ela, habilmente, e em nítida estratégia de fortalecimento institucional, aceitou os anais, mas limitou sua utilização. Deixou claro que a Constituição era uma obra de múltiplos participantes, e que enquanto a história legislativa poderia prover um contexto onde seria mais fácil a compreensão da razão pela qual certas questões foram incluídas ou excluídas, a clara ausência de uma determinação específica sobre o assunto da pena de morte não fora acidental, uma vez que a própria Comissão Legislativa da África do Sul havia antecipado que a decisão ficaria em aberto, no aguardo de futura posição da Corte.<sup>36</sup>

A Corte já havia demonstrado sua independência quanto ao Partido Nacional, rejeitando a manutenção da pena de morte, e externando sua capacidade de atuar ativamente no seio do processo constituinte, contrariando possíveis forças políticas, ao submeter a Constituição a correções obrigatórias para a sua Certificação. Faltava agora

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 157.

<sup>34</sup> CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. **The State versus T Makwanyane and MMchunu**. Braamfontein, 1995. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>. Acesso em: 7 jan. 2019.

<sup>35</sup> KLUG, 2000, p. 146; FOWKES, 2016, p. 7.

<sup>36</sup> KLUG, op. cit., p. 147.

pontuar sua independência quanto ao ANC, o partido agora hegemônico, cujo líder era o próprio Mandela. Isto não demorou a acontecer. Em *Western Cape*<sup>37</sup> declarou a Corte a inconstitucionalidade do *Local Transition Government Act 209* de 2003, que regulava a delegação de poder do Legislativo ao Executivo, ou seja: ao próprio Presidente, para que reorganizasse a demarcação da área metropolitana da Cidade do Cabo, de modo a concentrar todas as áreas pobres em um único governo local. Seriam excluídas todas essas comunidades de governos provincianos brancos, em uma medida vista por muitos como ofensiva à autonomia provincial, por retirar o poder de auto-organização dessas localidades.<sup>38</sup>

Apesar da decisão contrária ao governo, e ao Congresso, a Corte agiu novamente com respeito à sua capacidade institucional, de modo que ao reconhecer a invalidade do ato normativo, deixou clara a possibilidade do Congresso corrigir o ato, e esclareceu os limites dos poderes presidenciais, de modo a permitir a continuidade dos esforços na transição democrática. O resultado foi a declaração pública do próprio Nelson Mandela, de que “[...] aquele julgamento não era o primeiro, nem seria o último, no qual a Corte Constitucional assistiria tanto o governo quanto a sociedade em assegurar a constitucionalidade e eficiência da governança”<sup>39</sup>.

A Corte assim alcançou, de uma só vez, ao menos três objetivos importantes, e garantidores de apoio à sua missão institucional: a) demonstrou sua disposição para proteger os governos das províncias; b) esclareceu os poderes presidenciais de modo a facilitar a transição política em meio à legislação pré-constitucional; c) e o mais importante, a Corte afirmou sua competência para determinar, por meio da interpretação constitucional, para quem ou para que instituição fora atribuído pela Constituição o poder para regular determinadas matérias.<sup>40</sup> Sem ser possível deixar de enfatizar-se, por óbvio, a demonstração de sua independência em relação ao ANC, o Congresso e o Presidente, em um caso relevante e de grande repercussão nacional.

Vários outros relatos poderiam ser acrescidos a esta narrativa, de contextos nacionais, e não somente da África do Sul, onde Cortes Constitucionais ou Supremas<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/>. Acesso em: 7 jan 2018.

<sup>38</sup> KLUG, 2000, p. 149

<sup>39</sup> Ibid., p. 150.

<sup>40</sup> Ibid., p. 151.

<sup>41</sup> Não se ignora o distinto formato de Supremas Cortes, v.g., a Norte-Americana, ou Cortes Constitucionais, v.g., a Alemã, contudo, para o objeto deste estudo a distinção não é relevante, na medida em que a discussão sobre a reputação judicial se aplicará uniformemente a ambos os modelos, dada a aproximação existente quando do exercício da jurisdição constitucional. Ambos os modelos estão inseridos igualmente na problemática: “No que toca a aplicação e a criação do direito pelas cortes constitucionais, os sistemas

foram chamadas a intervir em questões fundamentais ao próprio processo constituinte, ou das estruturas políticas básicas do Estado Constitucional.

O Século XX permitiu o alvorecer de um grande número de novas e frágeis democracias, organizadas em Estados que herdaram a autoridade política da superação de governos autoritários, onde o regime, agora plural, e pretensamente democrático, tem à frente o desafio de lidar com divisões sociais e dificuldades de todas as ordens, em especial econômicas ou oriundas de conflitos étnicos e religiosos. São países em desenvolvimento, abrangendo realidades diferentes, mas que comungam dessas deficiências, assim como da existência de Cortes Constitucionais ou Supremas, instituídas por suas Constituições, e que têm contribuído no processo de transição democrática e sua posterior estabilização. Pode-se incluir nesta categoria a África do Sul, Israel, ou mesmo o Brasil.<sup>42</sup>

Apesar do maior foco deste capítulo nas democracias frágeis, em razão da atuação mais marcante das Cortes nesses países, e a facilidade de identificar-se o momento histórico pelo qual passam - de democratização e consolidação das instituições democráticas, ainda que passados alguns anos ou mesmo décadas de seu estabelecimento - Cortes passaram a exercer papel semelhante, mas em menor intensidade, em democracias maduras e consolidadas, como a alemã, a irlandesa ou a estadunidense, e quase totalmente livres de graves ameaças. A trajetória institucional lhes dá apoio político e popular enorme, uma base bem consolidada e protegida de avanços graves sobre sua existência e funcionamento, assim como dominam a arte de lidar com os Poderes Públicos e a fazê-los atender às suas deliberações. A sua atuação se resume a situações mais isoladas no tempo, resolvendo os nós górdios surgidos, agora, no processo de amadurecimento dessas nações,

---

vêm aproximando-se, pois, cada vez mais, as cortes são chamadas a atuar em casos que versam sobre direitos humanos, fixando critérios de interpretação para as cláusulas principiológicas da Constituição. O sistema norte-americano, embora seja difuso e pela via incidental, conta com o instituto do precedente, e o austríaco, embora seja concentrado e pela via principal, possui efeito 'erga omnes'. Desse modo, a interpretação conferida pelo tribunal acaba refletindo sobre toda a sociedade em ambos os modelos." (STAMATO, B. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 90. (Col. Direito, Política e Democracia)). "Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional va que la mayoría por no decir la totalidad de asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones." (FIX-ZAMUDIO, H. **Introducción al derecho procesal constitucional**. México: Fundap, 2002. p. 38-39. (Colección Derecho, Administración y Política)).

<sup>42</sup> ISSACHAROFF, 2015, p. 10-13.

e na implementação de mudanças oriundas da evolução desses povos em contraste com a Constituição erigida de longa data:

É uma tarefa onerosa, a qual se diferencia significativamente do papel judicial em democracias longamente estabelecidas (daqui em diante chamadas de ‘democracias maduras’). Em jovens democracias Cortes são demandas a de alguma forma ‘julga’ a democratização. Espera-se que tanto avaliem o que é necessário para apoiar o processo de democratização em qualquer momento, especialmente à luz de deficiências de novas ordens democráticas, quanto julguem quando o contexto democratizante requer uma abordagem diversa do que pode ser apropriado em democracias maduras, como dos Estados Unidos, Costa Rica, ou Irlanda. O fardo posto nas Cortes tendo a resultar, ao extremo, em uma expansão do papel judicial para além dos limites usais visto em democracias maduras, e em um borrão nas fronteiras divisórias entre julgar a lei e julgar as propriedades democráticas. Também assusta as Cortes com pesadas expectativas para que ‘entreguem’ com base nas promessas da nova ordem democrática, enquanto rumando em busca de seu próprio lugar na ordem em desenvolvimento [...].<sup>43</sup>

Sendo assim, há diversos exemplos valiosos da experiência dessas Cortes maduras, que merecem, e serão revisitados frequentemente, enriquecendo e esclarecendo o objetivo deste estudo. Como se não bastasse essa similaridade, o contexto político e suas dificuldades das últimas décadas, como se observará em seguida, é comum a ambas as espécies de democracias. Antes de prosseguir-se, porém, ao exame do papel que têm exercido as Cortes, em democracias mais jovens, há uma questão que parece ser fundamental e preliminar à discussão, e que precisa ser respondida: afinal, que contexto político é esse que demandou a criação dessas Cortes nas democracias jovens durante o Século XX?

## 2.1 A Crise de confiança nas instituições representativas e a erosão democrática

A complexidade sobre a determinação do papel institucional das Cortes Constitucionais aumenta na medida em que sua ascensão aparenta coincidir com um decréscimo significativo na confiança pública nos órgãos principais que compõem o modelo da democracia constitucional e representativa contemporânea. Ainda em 1975, uma pesquisa influente, elaborada por estudiosos norte-americanos, europeus e japoneses,

---

<sup>43</sup> “It is an onerous role, which differs significantly from the judicial role in long-established democracies (hereinafter, ‘mature democracies’). In young democracies Courts are required to somehow ‘judge’ democratisation. They are expected to both assess what is required to support the democratisation process at any given point, especially in light of key deficiencies of the newly democratic order, and to judge when the democratisation context requires a diferente approach than may be appropriate in a mature democracy, such as the United States, Costa Rica, or Ireland. The burden placed on courts tends to lead, at the extreme, to na expansion of the judicial role beyond the usual limits seen in mature democracies, and a blurring of the boundaries between judging law and judging democratic propriety. It also freights courts with weighty expectations to ‘deliver’ on the promises of a new democratic order, while navigating their own place in that developing order [...]” (DALY, T. G. **The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders**. Cambridge, [UK]: New York: Cambridge University Press, 2017. p. 1).



que compunham comissão denominada de *The Trilateral Commission*, financiada pelo milionário e filantropo norte-americano David Rockefeller, respondia à pergunta sobre se estaria a democracia em crise, com a cinzenta conclusão - para o regozijo dos socialistas ainda no poder - de que “[...] a feliz congruência das circunstâncias que viabilizaram a democracia teria chegado ao fim”<sup>44</sup>. O futuro, com a escalada de crescimento da classe média - suas expectativas e esperanças, associadas com a dificuldade de seu pronto atendimento, e uma significativa ampliação na participação política - parecia ser a receita perfeita para um coquetel explosivo, cujo estopim seriam o declínio do crescimento econômico, a alta inflacionária e a instabilidade política, e cujo estampido marcaria sobremaneira os anos seguintes.<sup>45</sup>

Apesar das dificuldades econômicas e políticas das décadas subsequentes, como a crise do óleo norte-americana e seus efeitos sobre o câmbio ao final dos anos 70, a queda do muro de Berlim em 1989, a longa recessão japonesa de 1992, o escândalo de *Watergate*, dentre outras crises ou conflitos, o estudo fizera uma previsão significativamente equivocada: as democracias triunfaram. Os impérios coloniais e os redutos autoritários, um a um, e quase todos, sucumbiram ao furor da participação popular. Em 2015, 4.1 bilhões de pessoas viviam em Estados democráticos.<sup>46</sup>

Contraditoriamente, porém, diversos dados contam a história de um progressivo declínio na confiança nos setores públicos da democracia representativa e na qualidade dessas democracias. Enquanto em 1998, 35 por cento dos norte-americanos confiavam no governo para fazer a coisa certa – *to do what is right*, em 1998, 63 por cento acreditavam que o governo era regido por alguns grandes interesses, que só se preocupavam consigo mesmos. Em 1960, dois terços dos estadunidenses rejeitavam a frase “[...] a maior parte dos políticos eleitos não se preocupa com o que pessoas como eu pensam”<sup>47</sup>, contudo, em 1998, dois terços do mesmo público, agora concordavam com a mesma frase. Os números são piores hoje nos Estados Unidos da América, que não enfrentam crise econômica tão severa quanto certos países europeus, do que nos anos que marcaram o auge da guerra do

<sup>44</sup> PHARR, S.; PUTNAM, R. (eds.). **Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000. p. 9.

<sup>45</sup> CROZIER, M.; HUNTINGTON, S.; WATANUKI, J. **The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the trilateral commission**. New York: New York University Press, 1975. Disponível em: [http://trilateral.org/download/doc/crisis\\_of\\_democracy.pdf](http://trilateral.org/download/doc/crisis_of_democracy.pdf). Acesso em: 28 maio 2018.

<sup>46</sup> ROSER, M. Democracy. **OurWorldInData.org**, [S. l.], [2018]. Disponível em: <https://ourworldindata.org/democracy>. Acesso em: 28 maio 2018.

<sup>47</sup> PHARR; PUTNAM, 2000, p. 10.

Vietnã, quando se viam multidões enfurecidas, protestando pela paz e contra as atitudes governamentais, nas ruas de Cleveland, Chicago ou Atlanta.<sup>48</sup>

Alguns fatores são apontados como contributivos para este fenômeno de crescente descrença nas instituições representativas. Dentre eles, a clareza e fácil compreensão da informação publicamente disponível sobre a performance das instituições democráticas, seja pela deterioração de bons resultados, ou pela maior disposição de informações negativas. Ainda, o critério de avaliação dessas instituições representativas parece haver mudado, tornando mais difícil o alcance dos padrões esperados pelo público, o qual segue, por sua vez, desde a segunda metade do século XX, uma espiral de crescimento constante de grupos heterogêneos, provocando, assim, um exponencial aumento de demandas materiais e imateriais de alta complexidade. Por último, diante de crises de diversas ordens, a própria capacidade das instituições representativas, de produção de resultados, parece haver se deteriorado.<sup>49</sup>

Nenhum fato, no entanto, parece ser tão contributivo para a queda na confiança nas instituições da democracia representativa como o resultado da própria performance dessas instituições, e seu reflexo, especialmente sobre os mais pobres, demonstrando serem as amostras de dados totalmente consistentes “[...] com a posição adotada pela maioria dos autores de que é primariamente a performance governamental que determina o nível de confiança do público nas instituições públicas”.<sup>50</sup> Outrossim, pesquisa recente, coordenada pela *Gallup Pole*, na América Latina, parece corroborar esses dados, ao constatar, após a coleta de informações e opiniões, em 10 países, que a confiança nas instituições é maior entre as classes melhor assistidas pelos governos locais, ou seja, na medida em que percebem um resultado mais positivo do desempenho governamental, a opinião sobre as instituições representativas, e mesmo o Judiciário, tende a aumentar significativamente. Não obstante, entre 2009 e 2016 os indicadores caminharam negativamente, mostrando queda geral nos índices de confiança.<sup>51</sup>

Essa insatisfação crescente sobre a vida política não é privilégio do Brasil, em tempos de Mensalão, Operação Lava Jato e outros escândalos. Na Alemanha há o

---

<sup>48</sup> PHARR; PUTNAM, p. 9.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 23-24.

<sup>50</sup> NEWTON, K.; PIPPA NORRIS. Confidence in public institutions: Faith, culture or Performance? *In* PHARR, S. J.; PUTNAM, R. D. **Disaffected Democracies: what's troubling the trilateral countries?** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000. p. 72.

<sup>51</sup> MACCHIA, L.; PLAGNOL, A. C. Life Satisfaction and Confidence in National Institutions: Evidence from South America. **Applied Research in Quality of Life**, Gilbert, p. 1-16, 2018 Disponível em: <https://link.springer.com/journal/11482>. Acesso em: 13 jan. 2019.

*Wutbürger*<sup>52</sup> - cidadão raivoso com a realidade política do país e que vai às ruas protestar veementemente; na Espanha, os indignados<sup>53</sup> protestaram em meio à eleição de 2011, questionando as estruturas de Poder; nos Estados Unidos o movimento *Occupy Wall Street*<sup>54</sup>, reunião de ativistas, artistas, estudantes e sindicalistas, que protestavam nas ruas de Nova Iorque contra planos do Prefeito de demissões e cortes no orçamento da cidade. Os protestos populares, contra a política cotidiana, estão em toda parte. A crítica pública e a manifestação popular, que não deixam de mostrar a vivacidade dessas democracias, têm o seu lado profundamente problemático.

A cultura de direitos amplamente globalizada, associada à larga dose de insatisfação com os governos, assim como o acesso quase universal, e crescente, à Internet, agravam a intolerância com as demoras e impasses institucionais, que passam a ser enfaticamente rejeitados em uma sociedade hiperinformada, resultando, como consequência, em frustração crescente com a política, e a transferência de responsabilidade a outros centros de poder.<sup>55</sup> As críticas abrangem desde o *marketing* eleitoral, passando pela formação dos partidos políticos e o *deficit* de participação popular neste processo, a falta de transparência pública, e a corrupção, ou seja, virtualmente todos os vieses do modelo democrático contemporâneo e ocidental.

A Democracia haveria erguido ídolos de barro<sup>56</sup>, frágeis e incapazes de sustentar o peso das medidas necessárias para a real evolução de políticas públicas populares. Apesar de ainda amplamente aceita como regime político, precisaria de constantes reformas e canais que deem vazão e amparo às críticas e exigências populares, controlando o nível de desconfiança na política:

*Democratia est semper reformanda*; democracia requer continua reforma. Na Alemanha, como em outros estados onde há estruturas democráticas estabelecidas, muitos estudiosos discutem atualmente a crise que a democracia

<sup>52</sup> LLOSA, M. V. O cidadão raivoso: Nos últimos anos proliferam as mobilizações movidas pela raiva dos cidadãos. Algumas são positivas, mas não sempre evoluem na direção adequada. **El País**, Madrid, 2016. Coluna Tribuna. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/27/opinion/1477572688\\_830439.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/27/opinion/1477572688_830439.html). Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>53</sup> BLAS, E. G; GÁLVEZ, J. J. Os ‘indignados’ da Espanha avaliam seu legado quatro anos depois: os protestos de 2011 resultaram em novas opções políticas, como o partido Podemos. **El País**, Madrid, 2015. Coluna Internacional. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/15/internacional/1431679318\\_951340.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/15/internacional/1431679318_951340.html). Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>54</sup> CHNEIDER, N. Ocupar Wall Street: o que todos querem saber sobre o movimento. **Carta Maior**, [S. l.], 2011. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Ocupar-Wall-Street-o-que-todos-querem-saber-sobre-o-movimento/6/17497>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>55</sup> MENDONÇA, E. Legitimidade da jurisdição constitucional. In VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017. p. 523.

<sup>56</sup> ROMA, M. C. The End of the Democracy: The West Facing the Crisis of the Representative System. **Revista Internacional Pensamiento Político**, Sevilla, v. 7, p. 437-455, 2012. p. 439.

representativa enfrenta. Colin Crouch afirma que vivemos em uma era “pós-democrática” com instituições democráticas apenas formalmente intactas. Estudiosos por todo o mundo bradam criticismo similar, de Pippa Norris, que expressa com desapontamento “déficits democráticos” em nossas sociedades, à advocacia de Benjamin Barber por uma “democracia forte” e Chantal Mouffe exigindo o “retorno do político”. Não há, porém, causa para dramatização. Democracia como uma forma de governo continua a ter aceitação ampla. Na Alemanha, as taxas de apoio à democracia chegam a quase noventa por cento. Mas mais da metade desses sujeitos entrevistados expressam insatisfação com o trabalho da democracia na prática. A confiança no processo político declinou a um grau chocante. Apenas cinquenta por cento estão convencidos que seus representantes procuram atender aos interesses do povo. Este número pode ser comparado com o índice de quarenta e dois por cento de duas décadas atrás. Igualmente depressivo são achados empíricos sobre “democracias insatisfeitas” vistos em outros países. Para todos aqueles que acreditam na democracia, a crescente desconfiança pública – também manifestada pela reduzida participação nas eleições e pelo encolhimento da militância junto aos partidos políticos –, não pode ser motivo para indiferença. Ultimamente, *Politikverdrossenheit* (o desencantamento com a política) tem ainda levado as pessoas a questionarem os próprios princípios democráticos. David Easton adverte contra um “efeito transbordamento”, o qual ameaça a aceitação pública de decisões que pareçam conflitar com interesses e valores pessoais. Certamente, tanto na Alemanha, quanto nos demais países, “cidadãos zangados” têm mostrado que a democracia não pode funcionar efetivamente sem a crença basilar em sua legitimidade. Wutbürger demonstrando agindo violentamente contra a nova central de trens de Stuttgart (“Stuttgart 21”) tem sido um *menetekel* em meu país, um desconcertante “sinal de alarde”. (Grifos nossos)<sup>57</sup>.

A desconfiança popular nas instituições políticas não parece ser sem razão. A *Freedom House*, um observador independente que monitora os índices democráticos no mundo todo, desde o ano de 1973, identificou o seu declínio em 71 países, no ano de 2017, e em 2018 de mais 26, indicando a tendência como uma crise sem precedentes.<sup>58</sup> Há, na visão de Tom Ginsburg, um arrefecimento preocupante de três pressupostos basilares para o reconhecimento de um país enquanto democracia, sendo eles: a existência de eleições livres; o exercício de direitos liberais de liberdade de expressão e associação, indispensáveis ao processo democrático, e ainda, a estabilidade, previsibilidade e publicidade de um regime político, normalmente indicado pela atenção ao primado da legalidade ou *rule of law*.<sup>59</sup> A visão parece coerente com a compreensão das exigências do processo democrático para Roberto Dahl, mais detalhista, para quem são necessários:

**Participação efetiva:** Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política.

<sup>57</sup> PUNDER, H. More Government with the People: the crisis of representative democracy and options for reform in Germany. *German Law Journal*, Heidelberg, v. 16, n. 4, p. 713-739, 2015. p. 714.

<sup>58</sup> FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2018 - Democracy in crisis*. Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>59</sup> GINSBURG, T. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, Chicago, 2018. p. 9.

**Igualdade de voto.** Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

**Entendimento esclarecido.** Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

**Controle do programa de planejamento.** Os membros devem ter oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

**Inclusão dos adultos.** Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, esse critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos.<sup>60</sup>

Pressupostos semelhantes são relacionados na lição de Hartmut Maurer<sup>61</sup>, para quem o poder deve provir do povo, de fato e não apenas aparentemente, por meio de representação popular eleita, em eleições gerais, livres, imediatas e secretas. Deve haver ainda a pluralidade de partidos políticos, ao menos dois, e todos os órgãos estatais que exerçam atividade política devem estar democraticamente legitimados. Os cargos eletivos devem ser provisórios, tendo mandato definido. Por fim, as decisões da maioria serão determinantes, e acatadas pelas minorias, as quais, todavia, terão o direito e a oportunidade de expor suas opiniões e pontos de vista. Sendo assim:

O princípio da democracia requer, mais além, que já no âmbito social-político e, com isso, no antecampo do processo de decisão estatal, todos os cidadãos e grupos tenham a possibilidade de fazer valer suas ideias e interesses e de fazer propaganda para eles e, desse modo, de influir sobre a opinião pública e a formação da vontade estatal. O direito fundamental da liberdade de opinião e os direitos fundamentais, que o flanqueiam e intensificam, da liberdade de informação, da liberdade de reunião, mas também direitos de cooperação democráticos (liberdade de opinião e de atuação política).<sup>62</sup>

Essa erosão democrática pode assumir várias faces, porém, a imagem de um *coupe d'état*, onde as forças militares assumem o poder, ocupando avenidas e destituindo soberanos, muitas vezes com uma sentença de exílio ou morte, parece haver alcançado ares *passé*.<sup>63</sup> Da mesma forma, os regimes autoritários, que exurgem de realidades previamente democráticas, não carecem de constituições escritas, Cortes ou outros acessórios legalistas. O que há é a utilização deturpada de tais baluartes das democracias

<sup>60</sup> DAHL, R. **Sobre a democracia**. Brasília, DF: Ed. UNB, 2016. p. 49-50. Cf. para uma discussão sobre ambos os critérios usados por Dahl (2016) e a *Freedom House*, e sua similitude, consultar: TILLY, C. **Democracia**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013. p. 23.

<sup>61</sup> MAURER, H. **Direito do Estado: fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais**. 6. ed. alemã, rev. e compl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 240-241.

<sup>62</sup> MAURER, 2018, p. 240-241.

<sup>63</sup> Dados coletados por Ginsburg (2018, p. 75), oriundos da *Freedom House*, Polity e V-DEM Liberal Democracy, outros observadores de níveis democráticos mundiais, atestam números de erosões muito superiores a golpes de Estado, denominados colapsos autoritários.

constitucionais, de forma a servirem como mecanismos de preservação hegemônica, pelos quais elites engendram mecanismos que preservaram seu controle do poder político, e em geral, econômico. Mesmo legislaturas e conselhos consultivos são utilizados como meios de monitoramento e manutenção dessas alianças espúrias.<sup>64</sup>

Ao menos duas regras fundamentais ao jogo democrático, e não escritas, têm sido apontadas como violadas, e Cortes não têm tido sempre a habilidade necessária, nesses países, para protegê-las. A primeira, diz respeito à *mútua tolerância entre as forças políticas*, ou seja, a ideia de que desde que joguem conforme as regras democráticas, os adversários têm o direito igual a competir pelo poder e a governar. É possível que não se concorde com o oponente, e que não haja admiração mútua, mas deve haver respeito mútuo, no sentido de reconhecer como legítima a competição política. Isto significa reconhecer a decência na oposição, igualmente patriótica e atenciosa às leis do país, ao amor à pátria, e no respeito à Constituição. Em outras palavras, a ausência de mútua tolerância permite a imposição da pecha ao outro grupo político, de traidor, subversivo, ou de qualquer forma inaceitável ou não merecedor de qualquer participação no jogo democrático, de tal forma a justificar, quiçá, medidas excludentes e subversivas do pluralismo existente.<sup>65</sup>

A segunda regra seria a da *paciência ou forbearance*, a compreensão de que certas ações devem ser evitadas, ainda que respeitem a literalidade da lei, de modo a não haver abuso no exercício de prerrogativas políticas que afetem o equilíbrio entre os Poderes Políticos. Um dos casos mais acintosos, de carência de *forbearance*, fora diagnosticado pelo Supremo Tribunal Federal, ao afastar o então deputado federal, e presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, o qual, relata a Procuradora Geral da República, nos autos da Ação Cautelar nº 4070, de 4 de maio de 2016, usava dos poderes inerentes ao seu mandato, para “[...] obstruir a investigação, a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que indiretamente, o regular trâmite da ação penal em curso no Supremo Tribunal Federal”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> GINSBURG, 2018, p. 23.

<sup>65</sup> LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **How democracies die**. New York: Crown Publishing, 2018. p. 77.

<sup>66</sup> Importante enfatizar-se aqui, como será melhor desenvolvido mais adiante, que apesar de denotar a postura do parlamentar um forte posicionamento carente de *forbearance*, a decisão do STF por sua vez não é exatamente elogiável. Sob a ótica puramente positiva e constitucional é cheia de controvérsias, tendo adotado a justificativa atécnica da *excepcionalidade* para fundamentá-la. Decisões de escassa fundamentação constitucional, repletas de alegações de *bom senso* e criadoras de situações novas, sem coerência com precedentes, e de forte teor político, tenderão a enfraquecer, como se verá, a reputação da Corte. Mesmo quando bem manejado o *timing* decisório, abrirão ensanchas para *backlash* legislativo e atrairão falta de previsibilidade e confiança, o que consumirá facilmente o capital político do tribunal e interferirá negativamente na esfera de direitos constitucionais, garantias processuais penais ou do exercício

O risco era maior quando decretou a Corte seu afastamento do mandato parlamentar, em razão da iminência do *impeachment* da Presidente Dilma, e a sua posição de segundo substituto na linha sucessória, logo após o vice-presidente, que tomaria posse, efetivamente como Presidente, em 31 de agosto de 2016. Ou seja: na ausência do vice-presidente, ele assumiria o cargo de Presidente da República, interinamente, passando a gozar de um arcabouço inimaginável de poderes, que poderiam ser usados na perseguição a inimigos políticos, e para obstar investigações em curso no Poder Judiciário.

O acúmulo de medidas deletérias ao processo democrático resultará em formas degeneradas de democracia, sendo a mais grave delas o autoritarismo competitivo. Presente em países como Cingapura - onde leis de responsabilização por opiniões e a regulação da imprensa são usadas como instrumentos de repressão política; Camboja - nas eleições de 1993 o governo foi responsável por mais de setenta assassinatos documentados e mais de cem agressões não letais a opositores políticos; ou Venezuela - onde opositores são mortos e torturados. Significa, assim, a utilização de instrumentos e forças públicas para constranger e reduzir significativamente, até o ponto de submissão e inviabilidade de êxito, as forças políticas opositoras, mantendo-se apenas formalmente as aparências de eleições livres ou o funcionamento dos aparelhos democráticos.<sup>67</sup>

Possível identificar-se, ainda, a democracia iliberal ou o populismo, termo que captura uma ampla difusão de casos ambíguos, os quais, todavia, têm a similitude de terem no exercício do poder político candidatos e partidos que pretendem implementar políticas autoritárias, com a redução do espaço político para o dissenso e a competição. Clamam disporem de mandatos democráticos, mas seus esforços são contrários à manutenção democrática. O populismo se ergue a partir de demandas populares por responsabilidade política, ou em situações onde partidos estão sob tensão ou em situação de fragilidade. Paradoxalmente, origina-se do grito de excluídos em uma democracia, mas caminha para a eliminação do próprio pluralismo.

A Turquia é um bom exemplo. Após a vitória maciça do denominado Partido da Justiça e Desenvolvimento em 2002 - com o apoio de uma classe religiosa reputada até então como reacionária e à qual era privado o acesso a cargos públicos - consolidou-se no poder o ex-prefeito de Istambul, islamista e político conservador, Erdogan. Hoje, por mais de 15 anos, tornou-se um hábito a sua referência a *meu povo*, e a pergunta aos críticos: *Nós*

---

parlamentar. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo Físico**. Brasília, DF, 2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4907738>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>67</sup> GINSBURG, 2018, p. 20; LEVITSKY, S.; WAY, L. A. **Competitive Authoritarianism: hybrid regimes after the Cold War**. Nova York: Cambridge Univ Press, 2010. p. XI.

*somos o povo. Quem são vocês?*<sup>68</sup> A lógica política é facilitada por um verdadeiro culto hierárquico ao redor do próprio Erdogan, que reforça sua posição de suposta distinção em nome da nação e do povo. Esta lógica anima a supressão de competição política, o ataque a agências independentes de notícias, e a violenta contenção e eliminação de protestos populares.<sup>69</sup>

Em suma, a erosão democrática está profundamente relacionada com algumas medidas, que podem ser sintetizadas em: a) o uso de emendas constitucionais para alterar arranjos governamentais basilares; b) a eliminação dos freios e contrapesos que existem entre os Poderes; c) a centralização e politização do Poder Executivo; d) a redução e distorção do espaço público onde direitos liberais de livre expressão e associação podem ser exercidos; e) a eliminação ou supressão de efetiva competição política partidária e do prospecto de rotatividade do governo.<sup>70</sup>

Como referem Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, devemos preocupar-nos quando um político rejeita, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; nega a legitimidade do oponente, ou ainda, quando tolera ou incentiva a violência, e expressa a vontade de reduzir liberdades civis dos oponentes, incluindo a mídia. Na América Latina, por exemplo, de todos os quinze presidentes eleitos na Bolívia, Equador, Peru e Venezuela, entre 1990 e 2012, ao menos cinco eram populistas: Alberto Fujimori, Hugo Chávez, Evo Morales, Lucio Gutiérrez e Rafael Correa. Todos os cinco terminaram enfraquecendo as instituições democráticas.<sup>71</sup>

Respondendo-se, enfim, à indagação sobre que contexto pretensamente democrático seria este no qual se desenvolve o papel das Cortes Supremas e Constitucionais nessas democracias ditas frágeis e jovens, parece inegável que exista uma crise instaurada quanto ao funcionamento de diversas dessas democracias, mas não de todas elas, há exemplos marcantes de democracias que tinham tudo para regredir, mas se mantiveram estáveis, a exemplo da Grécia e toda a crise política e econômica que passa desde 2008, e mesmo o Brasil e as dezenas de escândalos políticos de grandes proporções nos últimos anos. Pode-se afirmar ainda, que nesses países, apenas a Constituição, ainda que se esteja falando de uma Constituição bem estruturada, que disponha de todos os elementos ditos fundamentais, não se mostrou suficiente para assegurar o progresso incólume da democracia ou seu amadurecimento. E, por fim, esse declínio na postura

---

<sup>68</sup> GINSBURG, 2018, p. 78.

<sup>69</sup> Ibid., p. 78-79.

<sup>70</sup> Ibid., p.72-73.

<sup>71</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 21.



democrática, e na performance das instituições, coexiste nitidamente com um abalo marcante na confiança nas instituições representativas.<sup>72</sup>

## 2.2 Que contribuições podem dar as Cortes Constitucionais e Supremas às Democracias?

Após a Segunda Guerra mundial, o mundo testemunhou, simultaneamente, a expansão da jurisdição constitucional e a adoção de cartas de direitos nacionais ou supranacionais. Dezenas de países atribuíram, por meio de reformas constitucionais, poderes e competências decisórias para tribunais constitucionais e Cortes Supremas. A supremacia constitucional passou, então, a dogma contemporâneo, progredindo, continuamente, nos dois lados do Atlântico<sup>73</sup>. A partir de então, a maioria dos países já democratizados ou em processo de (re)democratização passou a conferir às referidas Cortes o importante papel de guardar as constituições, tendo ou não sobre elas a última palavra. A título de exemplo, Cortes com competência para decidir em última instância questões constitucionais emergiram no Japão (1946), Alemanha (1951), Itália (1956), Espanha (1978), Portugal (1982), Rússia (1991) e África do Sul (1996)<sup>74</sup>.

Como destaca Ran Hirschl<sup>75</sup>, até mesmo o Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, países que adotavam o típico modelo de Westminster, sucumbiram à supremacia dos tribunais. Devido especialmente ao grande número de poderes concedidos a essas Cortes, o final do Século XX e o início do XXI têm testemunhado tribunais constitucionais julgarem questões morais e políticas controversas, e a jurisdição constitucional é apontada como uma nota distintiva de maturidade nas democracias contemporâneas. Todavia, ainda hoje segue controversa a função dessas Cortes.<sup>76</sup>

A discussão sobre o papel do Poder Judiciário e da Corte Suprema remonta ao Século XVIII, quando nos *Federalist Papers*, Alexander Hamilton defendeu que seria este sempre o *the least dangerous branch*, o braço menos perigoso dos poderes constituídos, em razão de ser o menos capaz de se impor. O Executivo teria não apenas a honra quanto a

<sup>72</sup> GINSBURG, 2018, p. 136.

<sup>73</sup> HIRSCHL, 2007, p. 7; ACKERMAN, 1997; HOWARD, A. E. D. A Traveler from an Antique Land: the modern renaissance of comparative constitutionalism. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 50, n. 1, p. 3-42, 2009; ZAGREBELSY, G. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 13-14; SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 86-94; NEVES, 2009, p. 53.

<sup>74</sup> GINSBURG, 2003, p. 1-20; BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263.

<sup>75</sup> HIRSCHL, op. cit, p. 7-9.

<sup>76</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

força, em razão de sua posição representativa de destaque e de controlar as forças militares; o Legislativo comandaria os recursos públicos, e ao Judiciário, ao contrário, não restaria qualquer influência sobre a espada ou as receitas, ou seja, não deteria outra capacidade, senão a de emitir julgamentos, sem manter o controle dos braços armados ou ter recursos próprios, dependeria dos demais poderes até para assegurar a eficácia de suas decisões<sup>77</sup>.

Quase dois séculos depois, Alexander Bickel chamou a atenção para o caráter contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade, opondo-se à compreensão *hamiltoniana*, para afirmar que realisticamente seria preocupante e extremamente ameaçadora a interferência de uma Corte na vontade representativa, especialmente ao atuar contra maiorias constituídas, e quando pautada em princípios ou vetores hermenêuticos não expressos. Entendia ele que essa postura poderia gerar grave desequilíbrio no jogo democrático, e no processo eleitoral como seu pilar mestre, onde minorias deveriam se aglutinar para a proteção dos seus interesses, unindo forças e ganhando consequente representatividade para a tomada de decisões políticas<sup>78</sup>.

Por outro lado, tornou-se frequente modernamente autores apontarem a contramajoritariedade como a própria razão da existência das Cortes Supremas, indicando-as como instância de proteção aos direitos fundamentais - enquanto trunfos das minorias - que de outra forma seriam suprimidos durante o processo representativo. Como destaca Ronald Dworkin, democracias maduras deveriam proteger-se contra a tirania da maioria por meio da constitucionalização e da *judicial review*<sup>79</sup>. Esta exigência guardaria relação com o próprio reconhecimento da força normativa da Constituição, ou com levá-la a sério. Ignorar essa missão implicaria em permitir a subversão por maiorias, ainda que temporariamente constituídas, daqueles direitos reconhecidos como fundamentais, ignorando-se que direitos não podem ser deixados somente nas mãos de Legislativo e Executivo, em razão de sua natureza majoritária<sup>80</sup>. Em *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, a própria Suprema Corte norte-americana, ao proteger o direito de crianças da religião Testemunhas de Jeová de não saudar a bandeira nacional, destacou

<sup>77</sup> HAMILTON, A. **Federalist n. 78**. Ed. B. F. Wright. New York: Barnes & Noble Books, 1788. p. 461.

<sup>78</sup> BICKEL, 1986, p. 6-23.

<sup>79</sup> DWORKIN, R. **Freedom's Law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. p. 34.

<sup>80</sup> ABOUD, G. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 109; BARAK, A. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 116, p. 19-21, 2002.

que: “O propósito de uma Carta de Direitos é retirar certos sujeitos das vicissitudes da controvérsia política e colocá-los além do alcance das maiorias.”<sup>81</sup>

Autores como Barry Friedman, no entanto, promovem verdadeira reviravolta quanto à percepção do caráter majoritário da jurisdição constitucional, ao afirmar, a partir de análise histórica do processo de estabelecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no cenário político-institucional do país, “[...] que o povo americano sempre possuiu a habilidade para limitar a *judicial review* - ou mesmo eliminá-la totalmente. A questão que persiste através da história seria quando e em que extensão esse poder deveria ser exercido.”<sup>82</sup> Em uma análise retrospectiva, e em apoio à sua tese, Friedman discorre sobre momentos históricos marcantes do constitucionalismo norte-americano, para enfatizar que é por meio de um processo de observância da repercussão das decisões junto à opinião pública que o significado da Constituição progressivamente se forma. *As Cortes*, diz ele, “[...] decidem. O público responde. Com o passar do tempo, às vezes um longo período, a opinião pública se forma, e a Corte se adequa às visões do público americano.”<sup>83</sup>

Ainda segundo Friedman, e em razão dessa dinâmica, a melhor definição de independência judicial seria aquela conquistada perante a maioria, uma vez que somente por meio do apoio público seria possível às Cortes preservarem estabilidade, distinguindo um apoio difuso - a capacidade do público de aceitar decisões da Corte em razão da posição institucional de respeito e consolidação na história constitucional do país - de um apoio específico - o suporte oriundo de decisões que agradam a opinião pública<sup>84</sup>. Nesse sentido, as palavras da *Justice* Sandra Day O'Connor são representativas desse ponto de vista: “[...] mudanças reais, quando ocorrem, provém principalmente de mudanças em atitudes da população em sua maioria. Rara é a vitória legal - na Corte ou no congresso - que não representa um subproduto de um consenso social emergente.”<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> UNITED STATES. Supreme Court. **West Virginia State Board of Education v. Barnette**, 319 U.S. 624. Washington, DC, n. 591, 1943. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>82</sup> FRIEDMAN, 2009, p. 9.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 383.

<sup>84</sup> (DAHL, R. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Emory Law Journal**, Atlanta, n. 50, p. 613-630, 2001. p. 623). Cf. SUNSTEIN, C. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 292; RUBENFELD, J. **Freedom and time: a theory of constitutional self-government**. New Haven: Yale Univ. Press, 2001. p. 272; ACKERMAN, B. **We the people: transformations**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1998. p. 528; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. **Democracy and disagreement**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1966. p. 432; HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998. p. 675; NINO, C. S. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1995. p. 264.

<sup>85</sup> FRIEDMAN, *op cit.*, p. 589.

Atualmente, são frequentes e cada vez mais incisivas as críticas à compreensão da função contramajoritária das Cortes Constitucionais, buscando, vários autores, demonstrar o que essas Cortes realmente representam, confrontando uma visão ingênua e idealizada a respeito delas. Assim, estudos empíricos sobre os avanços ou retrocessos pós-constitucionalização e implantação de tais tribunais sugerem distintas justificativas para a ascensão de Cortes Constitucionais e Supremas ao redor do mundo.

Há quem sustente, com ceticismo e dados empíricos, que a judicialização de questões fundamentais representa verdadeiro refúgio para forças políticas conservadoras, que em momento de transição para regimes menos autoritários confiariam nas Cortes, em sua composição e imagem pública, para preservar sua hegemonia<sup>86</sup>. Há também aqueles para quem as Cortes Constitucionais representariam uma espécie de seguro, um foro alternativo em países onde o prognóstico fosse o de perda de posições de maioria política, funcionando frequentemente como porto seguro para possíveis futuros confrontos.

A metáfora é pertinente, pois, da mesma forma que seguros minimizam o risco de atividades comerciais, haveria diminuição dos riscos da supressão de conquistas, ainda que aristocráticas, em um momento de transição e da impossível resistência a aberturas a outros grupos populares<sup>87</sup>. Afinal: “Por que adotaria uma maioria política uma instituição que limitaria sua própria liberdade? E por que confiaria a juízes tal papel?”<sup>88</sup>. Em síntese, reconhecer a essas Cortes apenas a missão de produzir reformas sociais significativas encerra o risco de se ignorar as razões ocultas que apoiaram sua criação, razões essas que em muitos casos representam verdadeiras amarras ao seu livre funcionamento<sup>89</sup>.

Em virtude de toda a controvérsia formada, Conrado Mendes<sup>90</sup> salienta a posição privilegiada que as Cortes Constitucionais ocupam: um ponto singular da arquitetura política, se encontram em uma linha tênue que separa interpretação constitucional e discricionariedade, em razão da insuficiência de critérios ou consensos hermenêuticos para a solução dos dilemas que se apresentam para deliberação em uma comunidade política. Reafirma, ainda, a necessidade de se pensar na ação deliberativa dessas Cortes e nos mecanismos os quais dispõem para assegurar o cumprimento de suas decisões, as quais não são tomadas dentro de um ambiente politicamente estéril ou neutro, mas repleto de

---

<sup>86</sup> HIRSCHL, 2007, p. 187.

<sup>87</sup> GINSBURG, 2003, p. 247.

<sup>88</sup> Ibid., p. 17.

<sup>89</sup> ROSENBERG, G. N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1993. p. 9-24.

<sup>90</sup> MENDES, C. H. **Constitutional Courts and deliberative democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 102.

convicções pessoais e de influências de todas as ordens. O agir deliberativo e a utilização de tais mecanismos seriam condições legitimadoras de um processo decisório inteligente e eficiente, se não pressupostos da própria sobrevivência institucional:

Atores políticos não percebem frequentemente as Cortes Constitucionais como um agente inofensivo. Cortes podem ser um aliado estratégico a ser cooptado, ou, às vezes, um obstáculo a ser superado. Resistência contra decisões judiciais inoportunas surgem em várias formas, parte das quais estão fora das arenas e procedimentos institucionais. Cortes Constitucionais podem enfrentar, em algumas circunstâncias, pesados desafios quanto à efetividade de suas decisões. **O gerenciamento bem-sucedido desses desafios vai além da interpretação legal. Depende de destreza política. Uma Corte constitucional geralmente dispõe de um número de instrumentos para lidar com essa política encoberta do escrutínio constitucional.** Não significa atrelar-se a políticas partidárias. Nem deveria ser visto como a confirmação da robustez de teorias que apontam a jurisdição constitucional como política feita por outros meios simplesmente. É em verdade um programa de autoproteção e autoafirmação. A Corte, até certo ponto, deve confiar nos seus próprios instintos para antecipar *backlashes* e para medir sua habilidade em mantê-los sob controle. Posto de forma direta, ela precisa ser a estrategista. (grifos nossos)<sup>91</sup>.

As Cortes parecem assumir, assim, um papel inegável de catalisadores deste debate com a opinião pública e demais instituições representativas, onde a formação do significado constitucional é o resultado de um extenso diálogo entre Poderes e a Sociedade Civil. Elas operariam como válvulas de segurança, declarando inaceitáveis provisões oriundas do processo representativo, e insistindo na busca por outra alternativa. Nem se imporiam a legisladores recalcitrantes ou protegeriam a sociedade contra a pura vontade majoritária. Pelo contrário, deveriam usar sua autoridade para permitir que os legisladores enfrentassem suas próprias contradições, forçando-os a rever ou aprofundar o debate sobre suas posições<sup>92-93</sup>:

Em adição à constante tensão, existe também um diálogo constante entre o judiciário e a legislatura. Esse diálogo não acontece em reuniões entre juízes e legisladores; ocorre quando cada braço desenvolve sua atribuição constitucional. O papel principal da legislatura é criar situações jurídicas. Essas situações estão sujeitas ao controle de sua constitucionalidade e interpretação judicial de seu significado. **Se o judiciário estabelecer que uma determinada situação é**

<sup>91</sup>MENDES, 2013, p. 197.

<sup>92</sup> SHAPIRO, I. **The State of democracy theory**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 66-67; MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 206; FRIEDMAN, 2009, p. 384.

<sup>93</sup> Alguns autores tentam sintetizar esse papel múltiplo das Cortes afirmando que: “Nessa natureza material de última instâncias podemos arrolar atuações como: (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o Poder Constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.” (SOUZA JUNIOR, C. S.; REVERBEL, C. E. D. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 133-134).

**inconstitucional, o assunto retorna ao legislativo. Em muitos desses casos, a legislatura pode produzir um novo estatuto que alcança o mesmo propósito fundamental que o estatuto declarado inválido, porém, adotando meio mais adequado [...] Criar um novo estatuto é direito e poder do legislativo. Não constitui, assim, desrespeito ao judiciário. Ao contrário, é uma “prática saudável” que adequadamente expressa o diálogo entre os braços que são parceiros nos empreendimentos legislativos. (Grifos nossos)<sup>94</sup>.**

Toda essa preleção já nos pode encaminhar para algumas conclusões quanto ao papel das Cortes. A primeira constatação é a de que sua implantação em larga escala no mundo ocidental decorre da utilização reiterada desse foro privilegiado de discussões, debates e decisões, o qual assume um papel marcante no constitucionalismo do século passado, e deste, já que o avanço continua. Novíssimas Cortes vão sendo estabelecidas, como a Corte Constitucional do Zimbábue, em 2013, ou a Corte Constitucional da Tunísia, criada em novembro de 2015, e que mesmo antes de sua instalação vem sendo aclamada como vital à transição democrática, na solução de ambiguidades presentes na nova Constituição e na proteção ao surgimento de um novo regime populista e autocrático.<sup>95</sup> Ainda parece existir, assim, a crença forte de que as Cortes exercem papel importante nas democracias contemporâneas.

A despeito disso, os estudos mencionados atestam exercerem essas Cortes um papel variável, a depender do contexto político onde estejam inseridas, isto é, em dado momento histórico de certo país, como ficou conhecido o período da Corte estadunidense denominado de Corte Warren - em razão de seu Presidente Earl Warren - floresceu a proteção às minorias - impossível esquecer a consolidação complexa, e há quem diga até hoje ainda incompleta de *Brown v. Board of Education*<sup>96</sup>, com a determinação de por fim à segregação racial nas escolas públicas. Já em outras circunstâncias, tenderam as Cortes a privilegiar a manutenção do *status quo* - impossível, por sua vez, não lembrar das diversas decisões que barraram, até quando a opinião pública e a classe política permitiram, os avanços sociais do *New Deal*<sup>97</sup>, na mesma Corte, privilegiando a elite econômica nacional,

<sup>94</sup> BARAK, A. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 238.

<sup>95</sup> ZIMBABWE. **Constitutional Court of Zimbabwe**. 2018. Disponível em: [https://pindula.co.zw/Constitutional\\_Court\\_of\\_Zimbabwe](https://pindula.co.zw/Constitutional_Court_of_Zimbabwe). Acesso em: 14 jan. 2019; Cf. sobre a Corte Tunisiana: “The drafters seemed to have high hopes in the judiciary’s ability to continue the country’s democratization while overcoming fundamental disagreements over the vision of the state that were left ambiguous in the written Constitution”. (DELANEY, E. F.; DIXON, R. **Comparative judicial review**. Chentelham – UK: Edward Elgar Publishing, 2018 p. 112); GREWAL, S. Tunisia needs a constitutional court. **Brookings**, Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/11/20/tunisia-needs-a-constitutional-court/>. Acesso em: 18 jan. 2019.

<sup>96</sup> TUSHNET, M. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 141.

<sup>97</sup> Episódio narrado no início da introdução deste estudo.

temerosa por intervenções na liberdade contratual. Como bem salienta Marcelo Figueiredo<sup>98</sup>:

Também devemos levar em conta que a *judicial review* não é um conceito uniforme e pasteurizado que se pode aplicar em toda parte do mesmo modo. Cada país com sua história e seu passado acabou construindo uma versão de controle e revisão judicial. É dizer, que papel deve ocupar o Poder Judicial nessa ou naquela circunstância, nesse e naquele país, é algo heterogêneo.

Mesmo Hirschl ou Ginsburg, autores já citados, tendem a admitir que Cortes Constitucionais exercem papéis importantes para a transição e consolidação democrática. Este aduz que as Cortes podem exercer mais raramente os papéis de precipitar a transição democrática (v.g., na Ucrânia, onde um julgamento da Suprema Corte determinando ao Primeiro Ministro Yanukovich que organizasse novas eleições oportunizou a Revolução Laranja, de 2004 a 2005), de proteger o antigo regime após a transição (v.g., Turquia, onde a Suprema Corte, após a Constituição de 1982, agiu protegendo o regime secular anterior das forças islâmicas democráticas emergentes), ou mesmo, simplesmente se mantêm inertes (como no Chile, onde após o retorno ao regime democrático, em 1990, as Cortes permaneceram praticamente apáticas por uma década). Mais frequentemente, todavia, contribuem para a consolidação do novo regime democrático.<sup>99</sup> Aquele autor, por sua vez, cita diversos exemplos de contribuições importantes, onde Cortes foram chamadas a decidir questões verdadeiramente políticas e fundamentais às democracias, de novas a maduras:

Entretanto, a crescente importância política dos tribunais tem não apenas se tornado mais abrangente, mas também se expandido em escopo, transformando-se assim em um fenômeno diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito — que se tornou corrente — de elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado. A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver. Lembremos de episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional a América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um “Estado judeu e democrático”, ou o futuro político de Quebec e da federação canadense: todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais. E isso tem sido acompanhado pela

<sup>98</sup> FIGUEIREDO, M. Legitimidade da jurisdição constitucional. In VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017. p. 441-467.

<sup>99</sup> GINSBURG, T. The Politics of Courts in Democratization: Four Junctures in Asia. In D KAPISZEWSKI; SILVERSTEIN, G.; KAGAN, R. A. (eds). **Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 45-66.

suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões. Para resumir, e parafraseando a observação de Alexis de Tocqueville (1961) sobre os Estados Unidos, não há no mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial.<sup>100</sup>

O protagonismo decorre exatamente de sua presença marcante em tantos países, e pela crescente assunção de competências, ou seja, por assumirem, gradativamente, o papel de decidirem questões fundamentais do Estado Constitucional, apropriando-se da missão de guardiões constitucionais e, com isso, afastando, com o consentimento ou sem, as prerrogativas dos órgãos representativos, em especial, os Parlamentos. Esta judicialização da política parece ser um fenômeno denso, tanto político quanto jurídico, e que tem algumas faces distinguíveis.

A primeira delas é a subordinação, nas comunidades modernas, de todo fórum decisório aos procedimentos judiciais. O que era antes negociado informalmente, ou extrajudicialmente, agora se submete à apreciação jurisdicional. Isto parece ocorrer em razão da falta de coesão nas grandes sociedades e da especialização de funções, o que era antes resolvido pelo escambo, pela tradição ou mesmo pelo *status*, hoje é objeto de contrato e submetido a advogados.<sup>101</sup>

Outro aspecto relevante é a expansão das competências dos tribunais, fortalecida pela crença de que direitos judicialmente protegidos seriam de mais fácil implementação, associada à aplicação do devido processo legal na esfera penal. Muito se deve também à fiscalização dos agentes públicos ou da atuação de agências administrativas - amplamente difundidas e implementadas nas últimas décadas - e da administração pública em geral, a demandar controle jurisdicional. Ainda, a última questão, extremamente relevante, o emprego das Cortes para lidarem com as questões de *megapolítica*, controvérsias políticas centrais que definem comunidades inteiras, e abrangem diversas categorias, como dilemas fundamentais de justiça restaurativa, corroboração judicial de transformações de regime político, e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição ou - *raison d'être* - da comunidade.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, [S. 1.], v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

<sup>101</sup> Ibid., p. 174.

<sup>102</sup> Ibid., p. 146.



Na lição de Samuel Issacharoff, a vigorosa introdução de Cortes Constitucionais exercendo poderes de supervisão sobre o processo político é a inovação que define a terceira onda de democratizações, e a persistência dos questionamentos políticos perante essas Cortes é impressionante, mesmo quando tais Cortes tentam julgar com base na doutrina mais familiar da existência de direitos. A política fornece a “[...] arena central para o desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional nessas democracias nascentes, tanto pelo número de casos, quanto pela sua relevância”.<sup>103</sup>

Há circunstâncias, como a Sul-africana e o processo de Certificação, onde o insucesso ou a delonga do próprio processo de debates da Assembleia Constituinte fomentou ou permitiu a transferência do encargo para a Corte Constitucional, a qual, apesar de recente, fora constituída mediante um procedimento de dupla consulta, com participação direta do Presidente, o que permitiu - mesmo ao partido de extrema direita - concordar com sua competência vital, não só na finalização do processo constituinte, mas, também, na solução de conflitos posteriores.

Constituições, como ajustes de vontade política imperfeitos que são - já que incapazes de prever todas as nuances das novas democracias - terminam, em seu nascedouro constituinte, repletas de aspirações, expressas em termos ambíguos - e cuja detalhada especificação naquele momento histórico terminaria, provavelmente, por inviabilizar o consenso político - o que, igualmente, força a criação de Cortes, de modo a serem futuros espaços de discussão e definição, ocupando certas funções originárias da Assembleia Constituinte ou do Parlamento, quando o prognóstico deste é a dominação por uma maioria política, como na África do Sul.<sup>104</sup>

A Cortes têm assumido, assim, papéis extremamente pesados no processo de consolidação democrática, e são demandadas, pela Sociedade Civil e Poderes Públicos, a resolverem tais questões o mais rápido possível. Trata-se de ambiguidades, omissões constitucionais (Hungria), avaliação da constitucionalidade de tratados e convenções internacionais (Tunísia), questões complexas relativas à adjudicação de direitos sociais (Portugal e Brasil), decisões consultivas e vinculantes (Benim), e competências quase parlamentares, como a implementação de um constitucionalismo dito transformador (África do Sul, Nepal e Zimbábue), ou seja: Cortes passam, de legisladores negativos, para legisladores positivos e atuantes:<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> ISSACHAROFF, 2015, p. 213.

<sup>104</sup> GINSBURG, 2018, p. 222.

<sup>105</sup> DALY, 2017, p. 90.

**Ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos** — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do “redirecionamento de culpa”, as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política. (grifos nossos).<sup>106</sup>

A classe política parece já haver descoberto que o Judiciário, via de regra, goza de melhor reputação e imagem, do que os poderes representativos, em países como os Estados Unidos, e a Alemanha, a Suprema Corte naquele, e a Corte Constitucional neste, gozam de índices de aprovação que giram em 60 a 70%. Mesmo no Brasil, o Ibope, em 2012, identificou, mediante pesquisa, níveis de aprovação no STF de 54 pontos de 100, em comparação com 39 do Congresso Nacional. Aparentemente, a desvinculação dessas Cortes da política representativa, e a existência desses fóruns de discussão e deliberação, neste momento de crise de confiança nos Parlamentos, cujo acesso pode se dar diretamente pelo público, ou por meio de legitimados, têm justificado essa intensificação da visibilidade nas Cortes, e gerado o sentimento da criação de um contraponto à política majoritária.<sup>107</sup>

Há, assim, uma nova demanda, pela democracia na perspectiva de cada pessoa, no sentido de buscar-se o Judiciário como um representante argumentativo, uma via de combate a decisões impopulares, e a situações de corrupção ou desamparo. Isto se dá especialmente na situação Alemã, onde há a *Verfassungsbeschwerd* (queixa constitucional), que permite a todo indivíduo ter acesso à Corte Constitucional.

No Brasil, a ampla legitimidade para a propositura de ações de controle objetivo de constitucionalidade - ainda mais após a implementação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que permitiu o acesso pela jurisdição constitucional a áreas antes inacessíveis em sede de controle abstrato - associada ao controle incidental (Recurso Extraordinário, *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança e outros), permitem certa aproximação de um modelo dos mais abertos e acessíveis, já que ampla a possibilidade de alcance do Supremo Tribunal Federal, em comparação com outras Cortes, cujo *docket* é

<sup>106</sup> HIRSCHL, 2006, p.173

<sup>107</sup> MENDONÇA, A. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. In VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017. p. 520-547.

extremamente fechado e discricionário, como a estadunidense. Sem falar do número de casos julgados anualmente, de centenas de milhares.<sup>108</sup>

Se de um lado partidos e políticos contribuem para a inserção das questões outrora consideradas puramente políticas no espaço da jurisdição constitucional - de modo a dividirem o ônus de decisões impopulares, difíceis, onerosas, ou que abalem possivelmente suas bases eleitorais - de outro lado o próprio público anseia pela utilização do foro alternativo que é o Poder Judiciário, e em especial as Cortes Constitucionais, com a possibilidade de participação, ainda, via *amicus curiae* ou audiências públicas, o que amplia o viés da participação popular, ainda mais no Brasil, onde as sessões do pleno do Supremo Tribunal Federal, e muitas audiências públicas, são transmitidas ao vivo pela TV Justiça:

Situar em uma Corte a palavra provisoriamente final pode ajudar a construir, manter ou aprofundar um equilíbrio deliberativo entre as forças sociais relevantes, complementando a atuação das instâncias representativas. E isso em diversos sentidos, entre os quais três merecem destaque: (i) introduzindo novos argumentos no espaço público ou colocando-os em evidência; (ii) ajudando a superar gargalos ou resistências autointeressadas do sistema político; e (iii) permitindo a participação e facilitando a consideração de agentes sociais que teriam acesso dificultado aos agentes eleitos.<sup>109</sup>

Enfim, o enorme surgimento de Cortes pelo mundo ocidental nas últimas décadas parece ser resposta a um duplo anseio. De um lado os poderes representativos, em crise de confiança e quanto à capacidade de desenvolverem adequadamente suas funções em uma sociedade multipolarizada, complexa e desigual, pretendem que Cortes existam por diversas razões, seja para o amparo de grupos políticos temerosos pelo advento de novas maiorias, ou que pretendem dividir o ônus de diversas decisões políticas essenciais ao Estado.

De outro lado, a população das repúblicas dos séculos XX e XXI, multiconectada, hipercomplexa, carente pela implementação de políticas públicas de amparo a direitos de várias gerações, busca o acesso direto às Cortes, de modo a se opor àquelas decisões impopulares tomadas pelos órgãos representativos, e mais ainda, buscar dar efetividade às promessas constitucionais que não saíram do papel. Além disso, e de extrema importância, as Cortes são chamadas, por ambos, para decidirem sobre questões políticas fundamentais, desde discussões relativas ao processo eleitoral, ao processo de *impeachment* de governantes; de questões constituintes a decisões relativas à posse de secretários de Estado, tudo passa pelo foro dessas Cortes, quanto mais amplo o acesso - como repita-se, no Brasil

<sup>108</sup> MENDONÇA, 2017, p. 524.

<sup>109</sup> DALY, 2017, p. 95.

- maior a participação e o protagonismo. A opinião de Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto é esclarecedora:

O Legislativo ao mesmo que viu diminuída sua capacidade de produzir consensos (ainda que contingentes) passou a promover uma substituição na sua atuação por um agir estratégico ou “estático”. O ideal de democracia representativa continua a ser um pilar fundamental do estado democrático de direito, mas se torna insuficiente para lidar com a pluralidade e a complexidade advindas das diferentes identidades sociais dos grupos que compõem o país.

A responsabilidade pela produção de tais consensos passou a ser exercida também, em casos especiais, pelo Judiciário. Nesse poder, os interesses, em sua linguagem ordinária, são recepcionados e transformados em “razões”, encontrando uma linguagem técnica que pode acolhê-los, a qual se mantém aberta para recepcionar tais dados do “mundo da vida”. Além disso, têm-se a garantia processual do contraditório e de uma resposta institucional, formulada, a priori, de acordo com o conjunto normativo que regula a vida social.

Entende-se, ademais, que o novo papel que o Judiciário assumiu em sua relação com o Legislativo decorre das seguintes reconfigurações: as cortes passaram a regular a atividade parlamentar ao impor limites substantivos ao processo legislativo por meio da realização da fiscalização da constitucionalidade; políticas substantivas passaram a ser derivadas da jurisdição; e o Judiciário passou a interferir na própria atividade política, ao impor restrições ao comportamento de grupos de interesse, partidos políticos e agentes políticos.<sup>110</sup>

É importante frisar, que não se está a defender, neste ponto, que Cortes teriam melhor capacidade ou seriam organismos mais adequados para a prolação de decisões de toda ordem, com forte teor representativo, não. As evidências sinalizam para a utilização dessas Cortes, pelo próprio Parlamento, de modo a funcionarem como mecanismos de apoio, a auxiliar dificuldades do processo discursivo e decisório dos demais Poderes Públicos, ou o desenrolar de momentos críticos de confronto entre forças políticas. De outro lado é também a população quem busca, diante da inação, ou de déficits representativos - que devem ser corrigidos para o bem da democracia - a via jurisdicional como um suporte a demandas que poderiam ou deveriam ter sido solucionadas. Como afirmam os autores da citação anterior, é no interior dos Parlamentos que devem se desenvolver os consensos, continua a ser este o ideal da democracia representativa, com a desobstrução dos canais de representação.

Os desafios enfrentados por essas Cortes, contudo, não serão poucos. Os Poderes Públicos e a Sociedade Civil demandam-lhes a participação, contudo ao mesmo tempo exercem pressão, de várias formas, quando o assunto em pauta não atende a seus interesses específicos. Inseridas nessa cruzada real, onde de um lado há o recrudescimento, e de outro o arrefecimento total das forças criativas e decisórias, diversos mecanismos estarão à

---

<sup>110</sup> CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. In VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017. p. 468-519.

disposição, e poderão ser usados na tentativa de cumprimento dessas tão diversas missões políticas e constitucionais.

Cortes dependerão intensamente de sua reputação - para serem ouvidas como legítimas e obedecidas - e precisarão lidar com os níveis de apoio que dispõem. Antes de adentrar-se esta questão intrincada, prosseguir-se-á, porém, com a análise da evolução do papel do próprio Supremo Tribunal Federal desde 1988 até esta data, de modo a compreender-se, agora, sua posição como o mais alto foro judicial nacional de discussão e deliberação, e seu protagonismo no Brasil.

### 3 A EVOLUÇÃO DO PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DESDE 1988 E O AUMENTO DE SUA VISIBILIDADE NO BRASIL

Em 1º de fevereiro de 1991, alguns meses antes da veiculação na mídia das primeiras denúncias que culminariam na renúncia do Presidente Fernando Collor de Mello, reuniu-se, no edifício que abriga o STF - com seus imponentes pilares laterais, que o fazem aparentar estar levemente afastado do solo, transmitindo noção de incrível leveza - a composição plenária da Corte à época, presidida pelo Ministro Néri da Silveira, juiz federal de carreira, nomeado para o STF pelo Presidente Figueiredo, no auge da ditadura, no longínquo ano de 1981. Dentre outros ministros, todos aposentados hoje, estavam presentes o atual decano, Ministro Celso de Mello - então no Supremo há menos de dois anos - e o Ministro Marco Aurélio de Mello, recém-egresso, há poucos meses.<sup>111</sup>

Em pauta, o Inquérito nº 510-0/143 – DF, de 1 de fevereiro de 1991, no qual se investigava a prática, pelo Senador da República do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Gerson Camata, de crimes contra a honra, praticados em desfavor do então Governador do Espírito Santo, Max Freitas Mauro, do PSDB, quando de pronunciamento na tribuna do próprio Senado Federal. Atuando como Relator o Ministro Celso de Mello, decidiu o Pleno, unanimemente, que parlamentares estariam protegidos triplamente: pela inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos; sua improcessabilidade, ou seja, só poderiam ser processados com prévia licença de suas casas, e a sua inderretabilidade, uma vez que “[...] o parlamentar não poderá sofrer prisão provisória. [...] a Constituição só autoriza a prisão provisória ou cautelar do congressista numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável”.<sup>112</sup> Confirmava-se, assim, a proteção ampla ao Poder Legislativo, e sua autonomia.

O julgamento seguia tradição história, pré-88, de respeito e mesmo, em certos casos, subserviência aos demais Poderes e às suas decisões em matérias *interna corporis*. Fora proferido na esteira de decisões anteriores, como a do julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 900, de 18 de maio de 1949, Rel. Ministro Hahnemann Guimarães, onde se admitiu o fechamento de partido político - o Partido Comunista do Brasil - após

<sup>111</sup> Todos esses dados estão disponíveis no site da Corte (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28 jan. 2019).

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 510-0/143-DF, de 1 de fevereiro de 1991**. Representante: Max Freitas Mauro. Indiciado: Senador Gerson Camata. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580>. Acesso em: 28 jan. 2019.

seu crescimento nas eleições de 1945, e a cassação de seus membros eleitos, por deferência à maioria constituída no Congresso e ao Presidente da República, que aprovaram a Lei nº 211, de 7 de janeiro de 1948, fixando tais punições, de questionável constitucionalidade, já sob a égide da Constituição de 1946.<sup>113</sup>

A Corte, no momento histórico do julgamento no bojo do Inquérito nº 510-0/143 – DF, no início da década de 90, já em muito se distinguia - em condições de trabalho e autonomia financeira, por exemplo - do que fora o STF quando de sua primeira reunião em Brasília, em 21 de abril de 1960. Entre as maiores preocupações dos ministros, então, estava a mudança, do Rio de Janeiro - cidade áurea do país à época, com sua geografia privilegiada, sua cultura, seu *glamour* - para uma cidade sem luxos e sem história ou infraestrutura.<sup>114</sup>

Gabinetes de dezesseis metros quadrados eram ocupados pelo ministro, uma secretária e um datilógrafo. Só em 1963 chegariam os primeiros secretários jurídicos, que auxiliavam na pesquisa de jurisprudência. Ministros de renome, como Aliomar Baleeiro e Orozimbo Nonato, que ocuparam, ambos, a Presidência do STF, precisavam economizar em todos os detalhes, de modo a terem recursos suficientes para passar o ano, e cumprir a folha de pagamento dos 330 servidores. Sem dispor o tribunal de orçamento próprio, contaria com o apoio do Presidente Médici, e do governador do Distrito Federal, Hélio Prates da Silveira, ambos militares, para a reforma de seu prédio, minúsculo para o exponencial crescimento do número de demandas que chegavam a todo momento.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Em 2013 o Senado aprovou a Resolução nº 12, de 18 de abril de 2013 devolvendo simbolicamente o mandato cassado ao Senador Luiz Carlos Prestes, na exposição de motivos consta a controvérsia sobre a constitucionalidade da medida: “Todo esse processo configura uma nódoa na história do Senado. Um estigma à espera de ser reparado. No dia 23 de maio de 1985, o então Presidente da República, José Sarney, recebeu, no Palácio do Planalto, o Constituinte comunista de 1947, João Amazonas, acompanhado do então deputado federal pelo PMDB baiano, Haroldo Lima, e ali foi anunciada a volta da legalidade do Partido Comunista. À época, o Presidente Sarney recebeu representantes de várias organizações políticas, sindicais e do movimento social e garantiu a liberdade de organização ampla no país. O Executivo se redimiou, assim, da postura antidemocrática assumida em 1948. Em 23 de junho de 1988, o Tribunal Superior Eleitoral deferiu a concessão do registro definitivo do Partido Comunista do Brasil. O Judiciário revogou, assim, o equívoco de 1947. Mas nada foi feito ainda em relação aos mandatos dos parlamentares do Partido Comunista do Brasil, arbitrariamente extintos em 1948.” (RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização brasileira, 2002. p. 85. Tomo IV – Volume I – 1930 a 1963). Cf BRASIL. Resolução do Senado Federal nº 12, de 18 des abril de 2013. Declara nula a resolução da mesa do senado federal que extinguiu o mandato do Senador Luiz Carlos Prestes e do seu Suplente, Abel Chermont, adotada em 9 de janeiro de 1948. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/586934>. Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>114</sup> Conta-se que o Ministro Luiz Gallotti, por exemplo, nunca aceitara a mudança, e passaria a viver em Brasília, em sinal de protesto, em um hotel, como quem afirma que era ali um visitante, que nunca se mudara do Rio de Janeiro definitivamente. Cf. RECONDO, F. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. (Coleção arquivos da repressão do Brasil). p. 186.

<sup>115</sup> RECONDO, op. cit, p. 270-272.

Apesar dessas distinções descritas, a Corte ainda mantinha, em 1991 - menos de três anos da promulgação da Constituição de 1988 - a forma contida, e deferente aos demais Poderes Públicos, de decidir, em semelhança, muito, à Corte em épocas passadas. Não havia, ainda, se apercebido, do papel marcante e central que ocuparia, no contexto nacional e no imaginário público, do mesmo modo que a posição ativa de seu edifício já ocupava ao lado esquerdo da Praça dos Três Poderes. Tinha como um de seus membros mais célebres, entre tantos, o Ministro Moreira Alves, seu presidente de 1985 a 1987, reconhecido como um dos nomes mais conservadores, em razão de suas posições restritas, em especial quanto aos limites da atuação do STF diante da separação constitucional de poderes<sup>116</sup>. Na infância da ordem constitucional redemocratizante, em 1988 e primeiros anos da década de 90, a Corte seguiu a máxima de que tendem, tais órgãos, a serem extremamente cautelosos na afirmação de seu poder<sup>117</sup>. Mas isso mudaria.

No dia 24 de novembro de 2015, o Ministro Teori Albino Zavascki determinou, monocraticamente, nos autos da Ação Cautelar (AC) nº 4039, a pedido do Procurador-Geral da República, a prisão provisória do Senador Delcídio Amaral, do PT - acusado de compor organização criminosa - sob o argumento da excepcionalidade do caso, que permitiria, segundo seu raciocínio, a inaplicabilidade da garantia constitucional. A Segunda Turma foi consultada, e concordou. Agora, o Ministro Celso de Mello, o mesmo que fora relator do Inquérito nº 501-0/143-DF, é peremptório e favorável à prisão: “Quem transgredir tais mandamentos, não importando sua posição estamental, se patricios ou plebeus, governantes ou governados, expõem-se à severidade das leis penais e por tais atos devem ser punidos exemplarmente [...]”<sup>118</sup>. A deferência, outrora quase sacra, não era mais a mesma, e o Senado, consultado sobre a prisão, não vê outra alternativa, senão a manter.

O caso, contudo, não é isolado. Outras vezes o STF mostrou suas disposição a rever precedentes e decidir em contraposição a outros Poderes Representativos, podendo-se citar, somente recentemente: a) decisão *monocrática* onde o presidente do STF suspendeu os efeitos de emenda à Constituição que havia sido promulgada meses antes pelo Congresso Nacional (impressiona a declaração monocrática, não julgada até esta data,

<sup>116</sup> FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

<sup>117</sup> GINSBURG, 2003, p. 70-71.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 4039, de 24 de novembro de 2015**. Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/acao\\_cautelar\\_4039.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/acao_cautelar_4039.pdf). Acesso em: 28 jan. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados. **Notícias STF**, Brasília, DF, 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778>. Acesso em: 28 jan. 2019.



ou seja, há mais de 5 anos, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade de emenda constitucional é matéria rara no mundo)<sup>119</sup>; b) em decisão *monocrática* impediu-se a nomeação de ministro de Estado, ex-presidente da república, pelo Presidente da República<sup>120</sup>; c) igualmente, em decisão *monocrática* (ainda que logo confirmada pelo Pleno) afastou-se do cargo, e mesmo do mandato, o Presidente da Câmara dos Deputados.<sup>121</sup>; d) decisão monocrática que determinou o afastamento do Presidente do Senado da República, posteriormente reformada para rever o afastamento, mas que determinou a impossibilidade de assunção da Presidência da República interinamente.<sup>122</sup>

Na década de noventa e anos subsequentes, a Corte Suprema assumiria uma posição privilegiada na democracia brasileira. Seria dotada de maiores competências, uma maior parte de suas decisões ganharia efeito vinculante, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) viria para assegurar a não divergência por Cortes inferiores de suas posições, as súmulas seriam amplamente adotadas, os provimentos monocráticos multiplicar-se-iam.<sup>123</sup> Com a criação do Conselho Nacional de Justiça - órgão administrativo superior do Poder Judiciário, ao qual somente não se submete o próprio STF - o Presidente deste passaria a ocupar a presidência daquele, deliberando sobre políticas nacionais, bem como sobre a punição a magistrados de todo o país, seja por corrupção, seja por manifestações impróprias na imprensa, dentre outros tantos assuntos antes relegados às Corregedorias. Nas palavras do Presidente Dias Toffoli, em seu discurso de posse, já em setembro de 2018, restava clara a posição da Corte e do Poder Judiciário: “Não somos mais nem menos que os outros Poderes.”<sup>124</sup>

O objetivo deste capítulo é, assim, o de discorrer sobre a trajetória do Supremo Tribunal Federal, seu desabrochar institucional, por assim dizer, após a Constituição de

<sup>119</sup> BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017, de 17 de julho de 2013**. Distrito Federal. Brasília, DF, 2013. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4437805>. Acesso em: 28 jan. 2019. Decisão proferida pelo Min. Joaquim Barbosa quando respondendo pela Presidência.

<sup>120</sup> BRASIL. **Medida Cautelar em Mandato de Segurança nº 34.070-DF, de 28 de março de 2016**. Brasília, DF, 2016. Relator: Gilmar Mendes. A ação foi extinta distribuída em 17 de março de 2016, a liminar foi prolatada no dia seguinte e o processo foi extinto por decisão monocrática do relator em maio de 2016, por perda do objeto.

<sup>121</sup> BRASIL. **Ação Cautelar nº 4.070-DF, de 21 de outubro de 2016**. Rel. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2019.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016**. Brasília, DF, 2016. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<sup>123</sup> BENVINDO, J. Z. **On the limites of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer, 2010. p. 83.

<sup>124</sup> Íntegra do discurso de posse (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/discurso-toffoli-posse-presidente-stf.pdf>. Acesso em: 29 jan 2019).

1988. Serão expostos argumentos e dados, por meio da análise qualitativa de julgados e mudanças legislativas, de que a Corte evoluiu na compreensão de seu próprio papel no Brasil à medida que foi dotada de novos instrumentos, e que tem demonstrado isso. Ao final, a discussão ainda abrangerá tópico específico sobre o papel da mídia na formação da autoimagem da Corte, destacando criticamente sua contribuição na composição deste mosaico aos olhos da opinião pública e dos três Poderes.

### 3.1 O fortalecimento decisório do Supremo Tribunal Federal a partir da redemocratização

A primeira característica marcante, quanto ao controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, estampado na Constituição de 1988, e que denota sua pretensa abertura e dinamismo, é o extenso rol de legitimados à propositura das ações, nos termos de seu art.103. Não foi sem protestos, que aprovou a Assembleia Constituinte tal inovação, o próprio Moreira Alves seria contra, já antevendo, com certo pessimismo, a possível enxurrada de demandas a engolfarem a Corte.<sup>125</sup> José Afonso da Silva aponta como fator que propiciou esta mudança, a negativa do Procurador-Geral da República, após solicitação do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em propor Ação Direta em desfavor do Decreto nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970, editado por Garrastazu Médici, e que instituía a censura prévia a livros e periódicos. Chancelou o STF à época a posição de que era facultada a propositura ao PGR, o que causou a indignação, e pedido de aposentadoria em 1971, inclusive, do Ministro Adauto Lúcio Cardoso, voto isolado naquele julgamento<sup>126</sup>:

A expansão na lista de atores com posição direta frente a Corte impactou profundamente seu papel enquanto uma instituição política. Ela rapidamente se tornou um espaço onde aqueles derrotados na esfera representativa procurariam por proteção. É interessante notar, que o partido político que mais peticionou à Corte em busca de jurisdição constitucional durante a administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso foi o Partido dos Trabalhadores (o partido principal de oposição) enquanto, durante a administração do Presidente Lula, os principais partidos de oposição (o Partido do Movimento Democrático Brasileiro e o Partido da Social Democracia Brasileira) se comportaram da mesma forma. Além disso, os governadores estaduais têm usado a Corte ativamente enquanto uma segunda arena política, busca bloquear provisões adotadas por seus antecessores e por suas legislaturas.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 5, n. 18, 1987. p. 276.

<sup>126</sup> SILVA, J. A. da S. **O Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 140.

<sup>127</sup> VIEIRA, O. V. Descriptive Overview of the Brazilian Constitution and Supreme Court. In VIEIRA, O. V.; BAXI, U.; VILJOEN, F. **Transformative Constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. South Africa: Pretoria University Law Press, 2013. p. 75-104. p. 75-104.

Findo o período autoritário, a redemocratização de 1988, com a abertura dos legitimados ativos para a propositura de ações de controle abstrato, permitiu que mesmo juízes, cuja formação e investidura eram oriundas do período ditatorial, diante da extensa lista de direitos presente da Constituição de 1988, se sentissem mais aptos a intervir em políticas públicas, especialmente econômicas. Da mesma forma, atores sociais iniciavam uma mobilização aguda pela utilização dos meios processuais agora disponíveis.

O STF, porém, apesar da explosão de ações que ali chegavam - tanto a título de controle abstrato quanto concreto, de 10 mil por ano antes de 1988, a 100 mil após 88 - ainda não era capaz de absorver, na mesma velocidade, essa mudança rápida de perspectiva. Institutos como o da Ação Direta Interventiva (na verdade Representação Interventiva e não ação), Mandado de Injunção e ADI por Omissão, foram relegados a papéis menores, com a imposição de amplas restrições à aplicação do primeiro, e limitação ao segundo e ao terceiro, ao papel de comunicar o Poder Legislativo da mora legislativa, sem maiores efeitos. Isto somente haveria de mudar em certa medida, como se verá, nos últimos casos, anos depois, contudo, a Representação Interventiva continua relegada ao esquecimento e aqueles dois outros instrumentos ainda não atingiram o grau de eficiência que se poderia esperar, apesar de certos avanços.<sup>128</sup> O reconhecimento de diversas normas constitucionais como de efeitos limitados permitia ainda a devolução de muitas disputas ao Poder Legislativo, sem a solução de intrincadas questões jurídicas, políticas e morais<sup>129</sup>:

Examinando essas três décadas, não seria incorreto afirmar que o STF partiu de uma postura mais omissa, passando para um comportamento deferente, avançando para uma postura mais responsiva. Ao longo desse período, especialmente a partir da crise política que se instaurou a partir de 2013, o Supremo também tomou decisões que poderiam ser consideradas usurpadoras.<sup>130</sup>

Vários julgamentos, do início da década de 90, demonstraram as limitações que ainda detinha o STF quanto ao seu papel institucional, e seu progressivo fortalecimento na atuação limitadora dos Poderes Representativos, e de desligamento quanto ao passado imerso em ambiente autoritário das ditaduras nacionais. O primeiro foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-7/600 – Distrito Federal, cuja medida cautela

---

Disponível em: <http://www.pulp.up.ac.za/component/edocman/transformational-constitutionalism-comparing-the-apex-courts-of-brazil-india-and-south-africa>. Acesso em: 30 jan. 2019.

<sup>128</sup> BENVINDO, 2010, p. 95.

<sup>129</sup> FREIRE, A. R. Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of a Balancing “Method” by Brazilian Supreme Court in Judicial Review. *In* WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAWWORKSHOP 15: The Balancing and Proportionality in the Constitutional Review, 7., Athens, Greece, 2007. Anais... Athens, Greece: IACL, 2007.

<sup>130</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. E-book kindle. posição 2671.

foi julgada em 6 de junho de 1990, Relatoria do Ministro Celso de Mello. O Procurador-Geral da República impugnava a constitucionalidade da reedição de medida provisória com o mesmo conteúdo de medida que perdera a eficácia, em razão da rejeição expressa da primeira pelo Congresso Nacional. Discutia-se assim, se na suposta persistência do estado de relevância e urgência, seria válida a edição da nova medida provisória com o mesmo conteúdo normativo da anterior, ou ao menos, a mesma *ratio*, e alterações apenas quanto a detalhes menores, não essenciais, incapazes de desconfigurar a reedição.<sup>131</sup>

A Corte, demonstrando autonomia em relação ao Poder Executivo, em um momento de menos de dois anos da promulgação da Constituição de 1988, já aparentava certa independência, e reconheceu, em julgamento unânime, a necessidade de concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da medida provisória. Posteriormente, a ADI perderia seu objeto, em razão da não reedição da MP que perdera seus efeitos por não ter sido aprovada pelo Congresso Nacional. O julgamento seria relevante, porque o STF começava a delimitar a atribuição presidencial.

Até então, o Presidente da República havia sido vitorioso no seu *animus* de legislar excepcionalmente, como exemplo, a Corte, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, na ADI nº 162 - 1 - DF, de 2 de agosto de 1993, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em decisão de 14 de dezembro de 1989, havia rechaçado a possibilidade de suspender-se a eficácia da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989.<sup>132</sup> Esta regulamentava, sob o argumento de relevância e urgência, questões relativas à prisão temporária, permissão para a incomunicabilidade de presos, e criava um novo tipo penal quanto ao crime de abuso de autoridade. Merece destaque a circunstância, de que a negativa, com o voto contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello - ambos investidos posteriormente à Constituição de 1988 - ocorreu, mesmo reconhecendo o relator haver diversas inconstitucionalidades no ato normativo, sob o pálido argumento de que, de toda forma, havia relevância e urgência - a qual, contudo, nem o próprio relator reconhecia, mas uma maioria formada na Corte, sim.

Um segundo julgamento seria igualmente importante para a compreensão das limitações que ainda sofria o STF logo após a abertura democrática. O julgamento da ADI

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 293-7/600 – DF, de 6 de junho de 1990**. Brasília, DF, 1990. Requerente: Procurador-Geral da República. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>. Acesso em: 1 fev. 2019.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162-1 – DF, de 14 de dezembro de 1989**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346219>. Acesso em: 1 fev. 2019.

2-1-DF, de 6 de fevereiro de 1992, Relatoria do Ministro Paulo Brossard, nomeado para a função pelo Presidente José Sarney.<sup>133</sup> Em 1989 a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (FENEN) pretendia ver reconhecida a inconstitucionalidade de parcelas dos Decretos-Lei nº 532, de 16 de abril de 1969 e nº 95.921, de 14 de abril de 1988, que atribuíam competência ao Conselho Nacional de Educação para fixar e reajustar preços dos serviços educacionais.

O relator, contudo, votou pela inadmissibilidade da ADI, sob o argumento de que a legislação, sendo anterior à promulgação da Constituição de 1988, não poderia ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que o dilema refletia questão específica de recepção ou não pela nova ordem constitucional, o que se diferenciava, tecnicamente, da inconstitucionalidade. Assim decidindo, pretendia limitar, obviamente, a competência da Corte, e mais, naquele momento a decisão significava anunciar o STF ao regime passado, aos seus antigos membros e forças políticas, que não estava disposto, naquele momento ao menos, a revisar a legislação aprovada anteriormente<sup>134</sup>. Votaram, contudo, pela admissibilidade, e foram vencidos, os Ministros Marco Aurélio de Mello, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Negava-se, assim, a Corte, a confrontar o regime passado diretamente, criando uma deficiência que só seria corrigida anos depois com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, instituída pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, nas palavras do Ministro Sepúlveda pertence, ao proferir seu voto vista:

Não obstante, tenho a ousadia de dissentir, por força de uma firme convicção de que recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a nova ordem constitucional, seria demitir-se, o Supremo Tribunal Federal, de uma missão e de uma responsabilidade que são suas. Intransferivelmente suas.<sup>135</sup>

Referidos julgados apontam para a validade das críticas sobre o equívoco da manutenção na Corte, de Ministros que já a compunham quando da transição democrática, os quais teriam - apesar de suas virtudes individuais - vínculos e mentalidade retrógrada, sem compromisso forte com as novas ideias, e terminariam por interpretar a CF88 à luz da jurisprudência já consolidada. Prevalencia assim, no início da experiência do STF pós-88, a resistência aos novos princípios, objetivos, fundamentos e promessas da ordem constitucional recém-inaugurada:

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministros – Paulo Brossard de Souza Pinto**. Brasília, DF, [20--?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=26>. Acesso em: 2 fev. 2019.

<sup>134</sup> DALY, 2017, p. 199.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0000021/600, de 6 de fevereiro de 1992**. Brasília, DF, 1992. Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>. Acesso em: 2 fev. 2019.

O constituinte de 1988 tomou, sem maior debate político, a decisão grave de manter como integrantes do STF todos os Ministros que haviam sido investidos no Tribunal pelos governos anteriores. Vale dizer: sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a corte constitucional brasileira, encarregada de interpretar a nova Carta, era composta de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se operara no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações. Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.<sup>136</sup>

A omissão se converte em ambiguidade com o passar do tempo, como acentua Oscar Vilhena, a exemplo do julgamento da ADI nº 223-6-DF, de 5 de abril de 1990, que discutia a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 173, de 18 de março de 1990, do governo Collor, a qual impedia a concessão de liminares para a sustação dos bloqueios a contas promovidos pelas MPs nº 151 a nº 168, de 15 de março de 1990. A Corte acatou proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, e decidiu, curiosamente, que, apesar de não poder ser decretada em controle abstrato a inconstitucionalidade, os juízes poderiam conceder liminar naqueles casos onde ficasse demonstrado o perigo de lesão a direitos fundamentais. A medida não seria totalmente libertadora dos efeitos devastadores do Plano Collor sobre as economias populares, mas contribuiu para uma rebelião das cortes inferiores, e a contenção parcial do autoritarismo da medida.<sup>137</sup>

O *turning point* da Corte, quanto à assunção de posturas mais ativas, pode ser encontrado no julgamento do MS nº 21564-DF<sup>138</sup>, em 23 de setembro de 1992, relatoria do Ministro Relator para Acórdão Carlos Velloso, onde ficou reconhecida a competência do STF para decidir sobre a constitucionalidade do procedimento adotado para o *impeachment* do Presidente Collor de Mello. Logo em seguida, em 1993, sob a Presidência da República de Itamar Franco, e tendo em vista a percepção - após a experiência com as decisões

<sup>136</sup> BARROSO, L. R. Dez anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 1-25, 1998. p. 13. Cf. “O STF não respondeu imediatamente aos incentivos institucionais que lhe foram dados pela Constituição de 1988. Diferentemente dos processos de redemocratização ocorridos na Alemanha, Itália, Índia, Portugal, Espanha, Hungria ou África do Sul, onde a adoção de novas constituições foi acompanhada pela criação de cortes constitucionais também novas, no Brasil não só o Supremo foi mantido como órgão de cúpula do sistema constitucional como sua composição ficou intocada. Esse fato pode ajudar a compreender por que o Tribunal demorou mais tempo do que outras cortes para assumir uma postura mais ativa e proeminente para a qual o sistema constitucional o convidava.” (VIEIRA, 2010, posição 2671).

<sup>137</sup> VIEIRA, op. cit., posição 2746

<sup>138</sup> BRASIL. **Mandado de Segurança nº 21.564 – DF, de 23 de março de 1992**. Brasília, DF, 1992. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecacastfjulgamentohistorico/anexo/ms21564.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2019. Cf. VIEIRA, op. cit., posição 2771.

relativas ao Plano Collor - de que seria necessário um instrumento que permitisse ao STF conter a rebeldia de Cortes inferiores, promover uniformização, coerência entre julgados de todo o país e minimização de demandas, é aprovada a Emenda Constitucional (EC) nº 3, de 18 de março de 1993, que criava o instituto da ADC.

A nova Ação Constitucional permitiria, de forma vinculante, estabelecer a constitucionalidade de atos normativos. Em verdade, estaria aberto um novo canal de cooperação entre o Presidente da República e o STF, uma vez que aquele, diante de decisões conflitantes e que colocassem em risco planos ou ações do governo, poderia solicitar diretamente à Corte uma espécie de supressão do controle incidental de constitucionalidade pelas Cortes e juízes inferiores, com a declaração da constitucionalidade da medida. O instrumento não demoraria a ser usado, sendo chancelada, em 1º de dezembro de 1993, a constitucionalidade da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, em especial os artigos 1º, 2º, 9º, 10 e 13, que versavam sobre a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).<sup>139</sup>

Imprescindível salientar-se, como observar Elival Ramos<sup>140</sup>, que a ADC é cercada por inconvenientes. Os sistemas de fiscalização em geral, em Direito Comparado, não se preocupam em manter no tempo as decisões que reconhecem a constitucionalidade de atos normativos, isto se dá pela circunstância de que o vício de constitucionalidade precisa ser concebido de forma dinâmica, ou seja, podendo se configurar lentamente, da mesma forma que as mudanças interpretativas. Este pretense engessamento do controle incidental por um lado ignora este fenômeno, e por outro, obsta a feição evolutiva da jurisdição constitucional. Talvez por isso, o STF tenha uma experiência tão exígua com referida ação, e não tenha asseverado, apesar da legislação e da Doutrina permitirem, a declaração de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* proveniente da improcedência dos pedidos em ADIs.

No período do governo seguinte, de Fernando Henrique Cardoso, o STF não interferiria no plano econômico - provavelmente antevendo a grande reação popular e política que teria a criação de obstáculos a um plano que aparentava ser exitoso na contenção inflacionária e no crescimento econômico - contribuindo, assim, para o sucesso

---

<sup>139</sup> BENVINDO, 2010, p. 97. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 Distrito Federal, de 1º de dezembro de 1993**. Brasília, DF, 1993. Relator: O Senhor Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em: 3 fev. 2019.

<sup>140</sup> RAMOS, E. da S. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 47.

do Plano Real<sup>141</sup>. Contudo, a Corte decidiria pela inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993<sup>142</sup>, em postura marcante, diante do rigor na aprovação pelo Congresso de emenda à Constituição Federal, e a consequente impopularidade no Congresso, da medida. Ademais, a interpretação dada pelo Supremo, quanto às limitações ao poder de tributar - a emenda tratava da implementação de tributo, Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira - foi extensiva, recebendo crítica em voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence.<sup>143</sup>

Ainda durante oito anos de governo FHC, a Corte decidiria várias demandas relativas a políticas sociais, seja quanto ao fornecimento de medicamentos, seja quanto a internações diferenciadas ou creches, construindo-se, assim, uma nova forma de se compreender o gerenciamento de tais políticas, antes atribuição exclusiva dos Poderes Representativos. No Agravo Regimental (AgRG) no Recurso Extraordinário (RE) nº 271.286-8-RS, de 12 de setembro de 2000, Relatoria do Ministro Celso de Mello, a Corte entendeu que o direito público subjetivo à saúde representaria prerrogativa pública indisponível. De tal forma, seria lícito, e exigível, o fornecimento de medicação gratuito aos portadores do vírus HIV, naqueles casos de pacientes desprovidos de recursos, assegurando eficácia ao art. 196º da CF/88, ao delinear o direito à saúde de todos enquanto dever do Estado. Percebe-se então que a compreensão sobre a própria eficácia das normas constitucionais programáticas mudara, assumindo-se um mínimo até naquelas que aparentavam contemplar apenas promessas, sem aplicabilidade imediata, não se devolvendo ao Congresso, com a mesma frequência, tais dilemas relativos às políticas públicas e à escassez de recursos.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> “Em 1993, a inflação acumulada no ano medida pelo IPCA foi de 2.477% (confirmando: dois mil, quatrocentos e setenta e sete por cento). Em 1995, foi de 22% (vinte e dois por cento). Nos seis meses anteriores à implantação da nova moeda, isto é, no primeiro semestre de 1994, a inflação acumulada pelo IPCA foi de 757%, o que corresponde a 43,06% ao mês ou 7.249% ao ano! No segundo semestre de 1994, já sob a nova moeda, a inflação acumulada foi de 18,57%, correspondente à média mensal de 2,88% e à taxa anual de 40,59%. A taxa anualizada do segundo semestre foi aproximadamente igual à taxa mensal do primeiro semestre, o que dá uma boa ideia do tamanho e da rapidez da queda da inflação.” (BASTOS, E. K. X. Vinte anos do Plano Real, um grande sucesso. *O Globo*, [S. l.], 2014. Economia. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/vinte-anos-do-plano-real-um-grande-sucesso-brasileiro-13057122>. Acesso em: 3 fev. 2019).

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-5-DF, de 1º de setembro de 1993**. Brasília, DF, 1993. Relator: Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346696>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arquição no Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS, de 23 de agosto de 2000**. Brasília, DF, 2000. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 4 fev. 2019. Cf. VIEIRA, 2010, posição 2821.



Não se pode olvidar, novamente, que esta interferência na saúde pública pelo Judiciário, em grande parte sem critérios claros, e no tocante à formação de políticas públicas, terminou por inserir o país em uma situação significativamente caótica que perdura até esta data. O Judiciário não dispõe de visão panorâmica e técnica adequada para lidar com os dilemas decorrentes da escassez de recursos e da forma mais eficiente de sua implementação, de tal modo, que em grande medida especialmente os Estados e Municípios passam a ter um gestor paralelo e arbitrário no estabelecimento de despesas urgentes, e frequentemente milionárias. Advém de tais decisões determinações para o pagamento de quantias volumosas por medicamentos muitas vezes sem autorização para utilização do Brasil, sem resultados comprovados, ou quando disponíveis alternativas menos custosas e viáveis ao Poder Público<sup>145</sup>.

Ao final da década de 90 duas leis federais foram fundamentais para a ampliação do protagonismo do STF, ambas no período que o Ministro Gilmar Mendes - defensor da teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade no Brasil e um dos autores intelectuais do anteprojeto de lei <sup>146</sup> - exercia cargo de Advogado Geral da União. As Leis nº 9.882/1999 e nº 9.868, 10 de novembro de 1999 introduziram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, ação de controle abstrato, que permitiria, finalmente, que o Supremo julgasse, em controle abstrato, a constitucionalidade de normas anteriores à promulgação da CF/88. Teria ainda o STF um instrumento contra as

---

<sup>145</sup> Somente recentemente o STF, no RE nº 657718, julgado em 22 de maio de 2019, se mostrou mais contundente no estabelecimento de restrições claras ao fornecimento de medicamentos. Estabeleceu assim requisitos para a concessão em Juízo: “1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718-MG, de 25 de outubro de 2019**. Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 4 fev. 2019.). Referida decisão, todavia, está longe de solucionar o problema do manejo dessas despesas entre os entes federativos. Cf. FONTE, F. de M. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. Saraiva: São Paulo, 2015.

<sup>146</sup> A teoria pretende reconhecer, cada vez mais, a ampliação da envergadura do controle abstrato e sua centralidade da *judicial review* em *terrae brasilis*, inclusive com a mutação constitucional do papel do Senado Federal, no controle incidental. Cf. MENDES, G. F. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 162, p. 149-168, 2004.

*guerras de liminares*<sup>147</sup>, já que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) permitiria ampliar a cognição do STF, abrangendo matérias antes típicas do controle incidental de constitucionalidade -, pacificando, mais uma vez, a compreensão para as Cortes inferiores, e com efeito vinculante, e eficácia *erga omnes*.

A ADPF permitiu o julgamento de questões relevantes como a antecipação de parto em caso de gravidez com anencefalia fetal (ADPF nº 54, de 12 de abril de 2012), registro eleitoral para candidatos que detêm condenações (ADPF nº 144, de 6 de agosto de 2008), fim da Lei de Imprensa (ADPF nº 130, de 30 de abril de 2009), interpretação mais clara da Lei de Anistia (ADPF nº 153, de 26 de maio de 2014), o monopólio dos Correios (ADPF nº 46-7, de 5 agosto de 2009) e a proibição de se importar pneus usados (ADPF nº 101, de 24 de junho de 2009).<sup>148</sup> O Supremo passou assim muito mais dinamicamente, a interceder na realidade brasileira. A ideia de proteção a *preceitos fundamentais* permitiu uma ampla abertura à Corte, com decisões antes impensáveis, como, *v.g.*, na ADPF nº 347, de 9 de setembro de 2015<sup>149</sup>, onde reconheceu-se a existência de verdadeiro estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, com a determinação de medidas, definidas pelo STF, a pedido do autor, em uma curiosa conjunção de fundamentos, críticas à administração carcerária em geral, dispositivos legais, e busca por alternativas.

É bem verdade, cabe observar, que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), invenção Colombiana, foi importado de forma relativamente acrítica para a jurisprudência constitucional brasileira, sendo preocupantes as possíveis repercussões de um reconhecimento desta ordem, que faculta à Corte tomar decisões múltiplas, as quais possivelmente demandarão um esforço enorme, se é que possível, para seu cumprimento, sem falar no risco de grave ilegitimidade e profundo *backlash*. O próprio autor responsável pela introdução na literatura nacional do instituto, aduz a ocorrência, no país de origem, de graves falhas de efetividade, e vê o ECI como uma espécie de catalizador de políticas

<sup>147</sup> O art.5º, § 3º, terminou sendo suspenso por decisão liminar na ADI nº 2231-DF, de 25 de junho de 2019, relator Ministro Néri da Silveira, ação esta ainda sem decisão final, o que não impediu, porém, o sucesso da ADPF. Tem a seguinte redação: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.” (BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1999).

<sup>148</sup> Todas as ADPF estão disponíveis na íntegra (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 4 fev. 2019).

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF, de 9 de setembro de 2015**. Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Marco Aurélio.

públicas, um papel que não parece, a partir das observações já expostas, e ainda a serem desenvolvidas neste trabalho, o papel de uma Corte Suprema<sup>150</sup>.

Destaque-se, que a união de alguns fatores, de um lado a amplitude do instrumento processual, e de outro, a legitimidade ativa ampla, bem como a possibilidade de serem veiculados assuntos atuais e controvertidos - e a ribalta que seria expô-los no STF e, possivelmente, em sustentação oral na TV Justiça -, levaram à Corte uma enxurrada de ADPFs, sobre todos os temas possíveis. A Corte sofrera uma ampliação sem precedentes na pluralidade de seu *docket*.

Na mesma legislação permitiu-se ao STF, ao reconhecer a inconstitucionalidade de ato normativo, e em razão de exigências a título de segurança jurídica ou excepcional interesse social - dois pressupostos que são capazes de comportar quase qualquer possibilidade de decisão - modular os efeitos da decisão, permitindo, inclusive, que ela somente tenha efeito a partir de certa data. O Supremo ganhou, assim, a capacidade de postergar ou fixar, mesmo após reconhecida a inconstitucionalidade, a validade de lei no tempo. Aumentou, significativamente, portanto, sua margem de discricionariedade quanto à conveniência da fixação da data para que a legislação perdesse sua validade. A técnica, como bem anota Elival da Silva Ramos, é típica dos sistemas de controle de padrão europeu, havendo sido importada para o brasileiro, enquanto no modelo estadunidense, a modulação se resume à subsistência de parcela do ato normativo, ou seja, com a atenuação da declaração de inconstitucionalidade. Sendo assim, adotou-se o modelo mais forte de modulação, que mais opções concede à Corte.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> CAMPOS, C. A. de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 40-50. Gerardo Pisarello, Helena Maria Pereira dos Santos, José Ribas Vieira, Luana Regina D’Alessandro Damasceno e Tayná Tavares Chagas resumem ainda as principais críticas relacionadas a intervenção do judiciário sobre “[...] direitos socioeconômicos supostamente violados pela omissiva ou incompetente atitude dos órgãos administrativos. Aduzem a falta de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais e ausência de competência técnica dos juízes, já que não seriam expert em matérias econômicas e sociais. Melhor dizendo, a exigibilidade judicial dos direitos sociais poderia configurar uma situação contramajoritária e contra democrática, já que os representantes legitimamente eleitos pelo povo para gerir estariam sendo superados por políticas públicas elaboradas por juízes, que careceriam de responsabilidade representativa. Não só isso, os críticos a intervenção alegam que a impugnação de políticas públicas estaria ‘constitucionalizando’ de maneira indireta, um modelo econômico e de desenvolvimento concreto, ou seja, a constituição deixaria de ser uma ordem aberta e pluralista, para se tornar uma doutrina sujeita a aprovação dos juízes. Além disso, as decisões em cima destas questões poderiam gerar consequências de grande impacto sobre planejamento financeiro e orçamentário, desconhecidos pelo judiciário”. (SANTOS, H. M. P. dos et al. *Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo dos casos colombiano e brasileiro*. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, n. esp., p. 2596-2612, 2015). Cf. PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>151</sup> RAMOS, 2015, p. 204.

A opção legislativa, de admitir a modulação, enfraquece a *judicial review* em termos técnicos, enquanto fortalece o arsenal de poderes da Corte, sendo admitida, na literatura clássica, como forma de atenuação dos efeitos da declaração de nulidade em casos extremos onde a restrição seja recomendada a título de interesse público, segurança jurídica e incentivo aos sujeitos que têm legitimidade para propor as ações constitucionais<sup>152</sup>. Contudo, a técnica tem sido usada com acentuado vigor pelo STF, a Corte se utiliza de toda espécie de fundamentos, como aqueles voltados à estabilidade econômica, tais como o suposto colapso dos cofres públicos e afronta à governabilidade do país diante da perda de arrecadação, bem como se vale de argumentos que são altamente genéricos e inusitados, afirmando que a devolução do tributo recolhido indevidamente, por exemplo, irá obstar obras públicas<sup>153</sup>. Novamente o risco de decisões sem embasamento jurídico-constitucional é enorme, permitindo confusão entre o político e o jurídico, a gerar um abalo na visão da Corte enquanto fortalecedora de preceitos constitucionais<sup>154</sup>.

Em 2004, com a Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 1994 à Constituição, introduz-se no ordenamento brasileiro a figura das Súmulas Vinculantes. Enunciados, editados pelo STF, que condensariam o resultado de uma série de julgamentos, e seriam obrigatórios aos juízes e tribunais, sob pena de nulidade da decisão. Verdadeiros selos jurídicos, na expressão de Lênio Streck, para garantir conquistas sociais relevantes, que desta forma precisariam ser seguidas *erga omnes*, e que corresponderiam à tradução, constitucionalmente adequada, de uma controvérsia atual e repetitiva. O controle, inclusive incidental, poderia, agora, dar à luz um enunciado de efeito vinculante. Inclusive, na ADI nº 594, de 19 de fevereiro de 1992, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, decidiu-se que uma súmula - no caso se tratava de súmula do STJ, análoga, portanto - sequer poderia ser objeto de Ação Direta, dependendo sua revisão, assim, de previsão regimental, por iniciativa de um membro da Corte. Portanto, em certa medida, as súmulas valeriam mais que a Lei. Uma vez que a mudança da compreensão sobre uma delas dependeria, para o STF, de um procedimento de reforma mais rígida e restrita.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> RAMOS, 2010, p. 89.

<sup>153</sup> Análise crítica à modulação dos efeitos em decisão de inconstitucionalidade de matéria tributária. (GALLINA, P. M.; BASSOLI, M. K. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 2, p. 59-77, 2009). As autoras fazem inclusive análise empírica, citando, dentro outros, os precedentes nos Recursos Extraordinários nº 556.664, de 14 nov. 2008, nº 559.882/RS, de 12 jun. 2008 e nº 560.626-1/RS, de 5 dez. 2008, os quais declararam a inconstitucionalidade dos dispositivos de lei que dispunham sobre a prescrição e decadência das contribuições para a seguridade social, porém restringiram os efeitos desta decisão sob o argumento de preservar a segurança jurídica.

<sup>154</sup> RAMOS, 2015, p. 210.

<sup>155</sup> STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 687. A novidade não veio sem pesadas críticas, já amplamente conhecidas, dentre elas, as de

A mesma emenda instituiu a Repercussão Geral, um filtro analítico para os recursos extraordinários que chegavam à Corte, e agora dependeriam da comprovação de relevância econômica, política, social ou legal, para serem conhecidos. Uma vez julgada demanda com repercussão geral, o resultado seria vinculante, e com efeitos amplos, *erga omnes*. Ao mesmo tempo, sendo reconhecida a ausência de repercussão geral, todas as demais demandas semelhantes seriam quase automaticamente rejeitadas. Já há, hoje, 323 registros no sítio do STF, de situações onde o tribunal não reconheceu a repercussão geral, ao mesmo tempo 382 circunstâncias onde a repercussão geral fora reconhecida. Tanto as Súmulas Vinculantes, quanto a Repercussão Geral sofreram fortes críticas.<sup>156</sup>

Enquanto no sistema estadunidense, por exemplo, um magistrado precisa tecer distinções e comparações com o precedente paradigmático, de modo a contextualizar o precedente com o caso em exame, no Brasil, a Corte, agora, poderia rejeitar o pedido, de acordo com uma tese geral, enunciada em poucas palavras, minimizando particularidades e a singularidade de cada caso. A Corte reconhece, em tais medidas, a sua estranha predisposição - para uma Corte Suprema - ao julgamento em massa, assim como boa medida de autoritarismo decisório. É agora a Corte a avaliar a relevância do caso em exame, que mesmo tratando de questão constitucional nítida, se não reputada como dentro de um dos vieses de relevância naquele momento histórico, terá sua apreciação sumariamente rechaçada, o que cria, igualmente, obstáculo, quase intransponível, para as causas de semelhantes premissas, que surjam posteriormente.<sup>157</sup>

Merecem destaque algumas decisões, que já no governo Lula, em 2006 e anos seguintes, mostraram, ao mesmo tempo, a grande propensão do STF em interferir, a essa altura, em questões políticas fundamentais do país, e de outro lado, o risco de tais interferências promoverem um desarranjo grave no sistema eleitoral. Nas ADIs 1351-3/DF e 1354-8/DF, de 29 de junho de 2007, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da chamada cláusula de desempenho, idealizada e sancionada no governo FHC, e que estabelecia a necessidade, em 10 anos, do partido político que pretendesse ter pleno

---

Elival da Silva Ramos, para quem trata-se de falsa solução para as disfunções apresentadas pela Suprema Corte, que não servirá para uniformizar as decisões em matéria constitucional, dentre outros fundamentos porque padecerá do mesmo vício de outros mecanismos, qual seja, a dependência da interposição e do conhecimento do recurso extraordinário - ou, acrescenta-se, da reclamação. Salienta ainda, o nobre autor, a problemática relativa ao engessamento das decisões em relação a possíveis interpretações evolutivas, ou seja, que demandem a avaliação de novas circunstâncias com a passagem do tempo e as mudanças de compreensão sobre o mundo e os bens da vida em discussão. (RAMOS, 2010, p. 378).

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Teses de Repercussão Geral**. Brasília, DF, [20--?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>. Acesso em: 5 fev. 2019.

<sup>157</sup> BENVINDO, 2010, p. 105.

funcionamento parlamentar - com acesso ao fundo partidário e a tempo em televisão e rádio - alcançar um patamar mínimo de votos para a Câmara dos Deputados. A decisão se baseou em concepção extremamente ampla de pluralismo político, e ignorou a experiência de outros países democráticos, que dispõem de limitações semelhantes.<sup>158</sup> A cláusula de barreira ou de desempenho seria instituída novamente, agora pela Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017, prevalecendo, nesta hipótese, 11 anos depois, a vontade parlamentar.

A essas decisões, associaram-se os Mandados de Segurança 26-602-3/DF, de 4 de outubro de 2007, 26-603-1/DF, de 9 de agosto de 2007, e 26-604/DF, de 15 de maio de 2007, onde a Corte, agora, reconhecia, ou mesmo, criava pela via jurisprudencial uma nova causa de perda de mandato, a infidelidade partidária. Na intenção de controlar a promiscuidade partidária, da troca de partidos em busca de benesses não republicanas, o Tribunal redesenhou - com todas essas decisões - parte significativa do sistema eleitoral brasileiro, o que terminou promovendo a criação de um grande número de novos partidos, estratificando ainda mais a base de apoio do governo, tornando-a mais incompreensiva, sem identidade programática, e cuja integridade demandaria um custo político maior. As pragas que o STF pretendia aparentemente vitimar, floresceram com as decisões, e atingiram o tronco do modelo republicano.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> VIEIRA, 2010, posição 2894.

<sup>159</sup> Ibid., posição 2906. As críticas são estarrecedoras, sejam puramente jurídicas, pelo distanciamento do texto constitucional, ou mesmo em tom consequencialista: Cf: “Além de interpretar o disposto no art. 17, §1º, da CR/88 de forma a permitir a perda de mandato do infiel — em hipótese não tratada no art. 55 da CR/88, frise-se - o STF determinou que o TSE regulamentasse o tema, estabelecendo as hipóteses de justa causa, e o procedimento a ser adotado. Neste momento o TSE apresenta a Res. nº 22610/2007. Esta Resolução criou hipóteses de justa causa, apontou legitimados e prazos decadenciais para o ajuizamento de duas ações: ação de perda de mandato por desfiliação sem justa causa<sup>40</sup> e ação de justificação. Neste caso o STF sequer direcionou orientação no sentido de legislar sobre a matéria para o Congresso Nacional, que seria competente para tanto, nos termos do disposto no art. 22, I, da CR/88.42 Questiona-se, portanto, se o STF poderia, por meio de interpretação da Constituição, modificar de tal maneira o tratamento da matéria referente à fidelidade partidária? Além disso, o STF poderia determinar que outro Tribunal - no caso o TSE - regulamentasse completamente a matéria, como ocorreu?” (SILVA, A. C.; SANTOS, P. P., O princípio da fidelidade partidária e a possibilidade de perda de mandato por sua violação: ma análise segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico**, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 13-34, 2013) ou ainda “No entanto, não é possível ignorar outros fatores de ordem concreta: em 2006 o país tinha 29 (vinte e nove) partidos registrados no TSE, sendo que, não fosse a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira da lei 9.095/95, 7 (sete) partidos teriam acesso em 2007 ao fundo partidário e à propaganda no rádio e televisão. Sem os efeitos da cláusula de barreira, hoje existem 35 (trinta e cinco) partidos com registro no TSE, sendo que rigorosamente **todos** eles têm participação no fundo partidário, que contabiliza até 27 de setembro deste ano a distribuição de R\$585.540.922,03. Apenas para exemplificar, foram disponibilizados a partidos que sequer possuem representação na Câmara, como o PCO e o PRTB de Levy Fidelix, desde o início deste ano as quantias de R\$ 705.263,19 e R\$ 2.657.807,38, respectivamente. Passados dez anos desde a ADIn 1351, qual teria sido o valor poupado pelo Estado com legendas de aluguel? Quanto ainda o Estado pagará até 2030 em valores de fundo partidário, sem falar no custo do tempo de propaganda de rádio e televisão? Além dos efeitos meramente pecuniários,

Nos anos seguintes, a Corte manteria a escalada de fortalecimento, utilizando-se dos mecanismos de que agora dispunha. Foram prolatadas diversas decisões que ao pretexto de assegurarem direitos individuais, sofreram críticas acentuadas, tanto internamente como externamente, podendo-se citar, como exemplo, duas. A primeira, na ocasião do julgamento da ADI nº 4277-DF, de 14 de outubro de 2011, e ADPF nº 132-RJ, de , quando decidiu a Corte, apesar do sentido literal do texto aparentemente contrário da CF88, reconhecer a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo. *In Verbis*:

Como visto, a postura liberal do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF no 132/RJ e na ADI no 4.277/DF causou reações negativas da sociedade, com uma forte ascensão do conservadorismo no que concerne ao tema das uniões homoafetivas. Segundo George Marmelstein Lima, “a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do status quo opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado” (LIMA, 2015, p. 1). O backlash à decisão da Suprema Corte não se restringiu ao mero inconformismo da população, por meio de discursos de intolerância, mas desencadeou, também, a atuação do Poder Legislativo, por intermédio do mencionado Estatuto da Família (PL 6583/13). Abriu-se espaço, por assim dizer, a uma eventual vitória dos políticos conservadores, com a possibilidade de aprovação de uma lei que visa piorar a situação dos casais homossexuais.<sup>160</sup>

A segunda decisão, igualmente controvertida, ocorreu ao decidir, no *Habeas Corpus* (HC) nº 124.306-RJ, de 17 de março de 2017, a 1ª Turma, em acórdão de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, pela descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação. Copiando, em contrariedade à tradição nacional, de criminalização do aborto, a orientação de outras Cortes Constitucionais. Referido julgado mereceu a crítica ácida do Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar, lembrando outro julgamento da Corte, onde fora reconhecida a ilegalidade de lei que regulamentava o esporte denominado de vaquejada: “De vez em quando nós somos esse tipo de Corte que proíbe a vaquejada e permite o aborto”<sup>161</sup>. Referido julgado, inclusive, de proibição da vaquejada, na ADI nº 4.983-CE, 28 de março de 2019, fora igualmente tão criticado, que proporcionou a aprovação da

---

que não são desprezíveis, quais teriam sido os ganhos em governabilidade e estabilidade política do país? Ou inversamente, quais foram as perdas? Certamente seriam enormes. Tais circunstâncias servem para pôr à prova os abalizados argumentos do STF quanto aos efeitos deletérios das cláusulas de barreira.” (TOLEDO, M. C. Cláusula de Barreira na Emenda Constitucional 97. **Migalhas**, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267191,11049-clausula+de+barreira+na+Emenda+Constitucional+97>. Acesso em: 6 fev. 2019; AGRA, W. de M.; NETO, E. P. A. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 694-723, 2017. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 6 fev. 2019).

<sup>160</sup> PIMENTEL, M. B. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 54, n. 214, p. 189-202, 2017.

<sup>161</sup> LONGO, I. Gilmar Mendes defende legalização da vaquejada e critica descriminalização do aborto. **Forum**, Santos, 2017. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/gilmar-mendes-defende-legalizacao-da-vaquejada-e-critica-descriminalizacao-do-aborto/>. Acesso em: 7 fev. 2019.

Emenda Constitucional nº 96, às pressas, onde em rápido e fulminante *backlash*, o Congresso autorizou a prática do esporte.<sup>162</sup> Enquanto naquela decisão a Corte ampliou as hipóteses penais de exclusão da punibilidade, nesta proibiu esporte nacional de grande popularidade. Ambas as decisões foram reputadas como usurpadoras da função legislativa.<sup>163</sup>

Em 16 de dezembro de 2012, por meio da ADC nº 29, ADC nº 30 e ADI nº 4578, e em 2015 (em razão de longa vista obstativa do Ministro Gilmar Mendes), por meio da ADI 4650, de 17 de março, a Corte reconheceria a constitucionalidade e imediata aplicabilidade da denominada Lei da Ficha Limpa, tornando inelegíveis políticos com condenação em segundo grau, e consequentemente alijando do pleito à Presidência da República o candidato com maior número de votos. Proibiria ainda, o financiamento de campanhas por pessoa jurídica, promovendo controversa inovação no sistema eleitoral, seja pelo aumento da relevância do financiamento público - saída do Congresso diante da vedação - seja pela exorbitância na atuação do tribunal, ao reconhecer referida proibição.<sup>164</sup> Novamente, e como nunca antes, desde 1988, a atuação do STF seria decisiva na formatação do modelo eleitoral, e na próxima eleição do Presidente da República.

O ano seguinte seria inteiramente tomado pelo julgamento da Ação Penal (AP) nº 470, de 17 de dezembro de 2012, onde a Corte, no uso de atribuições criminais, decidiu não desmembrar a referida ação penal - onde se julgava a existência de esquema de desvio e repasse de recursos públicos para a compra de apoio político, inclusive com o uso de agências de propaganda como intermediárias - e prolonga o julgamento por inacreditáveis 69 sessões televisionadas. O julgamento resultou na condenação de líderes políticos e de executivos, e fora agraciado por parte significativa do país como um divisor de águas no combate à corrupção no alto escalão do país.

O STF, ao mesmo tempo que acentua seu poder de controle sobre a classe política, deixa clara uma grave mazela de seu funcionamento: sua falta de vocação para lidar com tais demandas, pela falta de tempo hábil, e pelo enorme gasto de capital político, em razão do imenso atrito que o julgamento de ações penais provoca com os demais

<sup>162</sup> VIEIRA, S. Promulgada Emenda Constitucional que libera prática da vaquejada. **Senado Notícias**, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/06/promulgada-emenda-constitucional-que-libera-pratica-da-vaquejada> Acesso em: 7 fev. 2019.

<sup>163</sup> Idem, 2010, posição 2943.

<sup>164</sup> SILVA, R. P. da S. Financiamento de campanhas eleitorais e a recente proibição de doações de pessoas jurídicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 970, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.970.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.970.04.PDF). Acesso em: 7 fev. 2019.



Poderes Constituídos, atitude diferente de simplesmente julgar recursos constitucionais sobre tais condenações, quando proferidas em outras instâncias. Tanto é, que em precedente posterior, a Corte muda sua compreensão sobre o tema<sup>165</sup>, e permite o desmembramento, e posteriormente, relativiza, inclusive, a sua competência para julgar processos em razão do foro privilegiado<sup>166</sup>. Ademais, neste período, cresceu a prolação de decisões monocráticas, atingindo números nunca vistos, aparente comorbidade pela ocupação do plenário com um julgamento penal de tamanha extensão e proporção.<sup>167</sup>

O final do ano de 2015 seria marcado pela prisão de senador da república, fora das situações previstas da Carta Magna (flagrante delito por crime inafiançável), inaugurando o argumento da excepcionalidade e gravidade na situação em exame a justificar medidas extremas. Tratava-se de acusação contra o Senador Delcídio do Amaral, do PT, de formação de quadrilha em conivência com alto escalão da política, polemizada pelo vazamento de áudios na mídia e o fato de compor a base do governo Dilma, alvo, a esta altura, de severas críticas, que redundariam em seu *impeachment*. Não seria esse o único político a ser afastado. Eduardo Cunha, Aécio Neves e Renan Calheiros, o primeiro deputado federal, e os últimos senadores, também teriam prolatadas contra si, nos anos subsequentes, decisões de afastamento, do exercício do mandato ou da presidência das casas.<sup>168</sup>

A fundamentação da excepcionalidade das circunstâncias, a desafiar, supostamente, até mesmo as previsões constitucionais, reapareceria. Como aduzem os críticos, referidas decisões foram “[...] fundamentadas na excepcionalidade, sujeitando o mandato, veículo da vontade popular, ao exercício do seu controle de constitucionalidade”.<sup>169</sup> A Corte, agora, reconhecia-se competente até mesmo para decidir

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3989 – Distrito Federal**. Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4727643>. Acesso em: 7 fev. 2019.

<sup>166</sup> BRASIL. **Ação Penal nº 937 Rio de Janeiro**. Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 7 fev. 2019.

<sup>167</sup> VIEIRA, 2010, posição 2995.

<sup>168</sup> Ibid., posição 2956.

<sup>169</sup> SALDANHA, L. T.; WEIMER, S. F. M. O protagonismo judiciário e o afastamento de Eduardo Cunha de suas funções parlamentares pelo STF. *In* ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., Montevideu – Uruguai, 2016. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/hs2y306m/xWos8pK18YjN75Df.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019. Cf. BRASIL, Ação Cautelar nº 4039, de 24 de novembro de 2015, 2015; BRASIL, Ação Cautelar nº 4.070-DF, de 21 de outubro de 2016, 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526 – Distrito Federal**. Brasília, DF, 2016. Relator: Min. Edson Fachin.; BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016, todas ações no STF.

sobre a conveniência da permanência de um parlamentar em seu cargo, ainda que fosse o Presidente do Congresso Nacional.

Como já notado pela literatura<sup>170</sup>, o espaço outrora definido como uma zona política, que não poderia ser objeto de controle jurisdicional, em razão de possível ofensa ao postulado constitucional da separação de poderes - atos e matérias *interna corporis* do Poder Legislativo - vinha sendo restringido progressivamente, ao argumento da existência de “[...] violação de direito subjetivo ou prerrogativa institucional de raiz ou de índole constitucional”<sup>171</sup>. Decisões marcadas por forte descumprimento pelo Congresso Nacional, podendo-se citar a tentativa do Ministro Marco Aurélio de Mello, em decisão monocrática, de afastar o Presidente do Senado, Renan Calheiros, cuja ordem fora rechaçada pela Mesa Diretora do Senado, o que, nas palavras do próprio Relator: “Ao fim, implica a desmoralização do Supremo”<sup>172</sup>. E mais recentemente, algo inusitado na experiência institucional, um duplo descumprimento de determinações do Ministro Dias Toffoli, ao determinar o formato do escrutínio para a Presidência do Senado, quando inicialmente determinou que fosse fechado, no que tivera a decisão descumprida pela Mesa, e em seguida proferiria nova liminar, que seria igualmente descumprida, agora pelos próprios parlamentares, ao exporem aos seus pares e à TV Senado, seus votos, abrindo a cédula de votação após preenchida, já diante da urna de votação.<sup>173</sup>

Ao final do governo Dilma, agora em 2016, o Supremo seria ocupado pelo processo de *impeachment*, chamado a decidir quanto à atenção ao devido processo legal, e à própria presença dos pressupostos constitucionais autorizadores. A Corte, em decisão que minimizou o atrito político - já enorme em razão das decisões recentes de afastamentos de Eduardo Cunha e Delcídio do Amaral - assumiria uma postura mais autocontida, corrigindo o procedimento, sem adentrar o mérito da questão constitucional, que reputou de competência do Congresso Nacional<sup>174</sup>. Ainda no mesmo ano o STF decidiria pela

<sup>170</sup> STRECK, 2014, p. 710-711.

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandato de Segurança nº 26.900-6 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2007. Voto do Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=518277>. Acesso em: 9 fev. 2019.

<sup>172</sup> BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5.272 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Dias Toffoli; NA VOTAÇÃO, senadores abrem o voto e mostram cédula para o plenário. **Isto é**, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/na-votacao-senadores-abrem-o-voto-e-mostram-cedula-para-o-plenario/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 Distrito Federal, de 17 de dezembro de 2015**. Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em:

reversão de precedente seu, e reconheceria a constitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, decisão esta que afetaria diretamente a eleição subsequente, novamente impedindo o ex-presidente Lula de participar da campanha e mesmo de debates ou entrevistas, uma vez que passaria a cumprir pena privativa de liberdade em Curitiba, Estado do Paraná.<sup>175</sup>

A reviravolta na Jurisprudência permitiria prisões em todo o país, e seria amplamente criticada por criminalista e constitucionalistas, em razão do desapego com o texto constitucional em prol do combate à corrupção.<sup>176</sup> Em contradição à mentalidade e disposição aprisionadoras, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiria, em 20 de fevereiro de 2019, no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641, Relator Ministro Lewandowski, por determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência. A decisão nitidamente ampliou a compreensão da Corte sobre o cabimento do instrumento constitucional, o que se justificaria, na palavra do Ministro Celso de Mello, decano, em razão de se aceitarem adequações a novas exigências e necessidades “[...] resultantes dos processos sociais econômicos e políticos, de modo a viabilizar a adaptação do corpo da Constituição a nova conformação surgida em dado momento histórico”.<sup>177</sup>

A reta final, até o ano de 2019, seria marcada por alguns fenômenos em particular. Primeiramente, a enxurrada de decisões monocráticas, prolatadas reiteradamente, em toda espécie de circunstância, havendo ou não precedente autorizador da Corte, e,

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Brasília, DF, 2016. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>176</sup> Cf. DOTTI, R. A. A execução provisória da pena de prisão: um deplorável erro do STF (I). **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/a-execucao-provisoria-da-pena-de-prisao-um-deploravel-erro-do-stf-i-88u7jh567ylr9k7riynyeuy07>. Acesso em: 10 fev. 2019; BOTTINI, P. C. Direito de Defesa - O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>. Acesso em: 10 fev. 2019; NUCCI, G. de S. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia->. Acesso em: 10 fev. 2019; STRECK, L. L. Senso Incomum - Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assis>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641 São Paulo**. Brasília, DF, 2017. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

especialmente, em casos de destaque político, como a proibição do ex-presidente Lula de ocupar o cargo de Ministro de Estado, sob o argumento de desvio de finalidade do ato de nomeação; a suspensão dos efeitos da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, ao estabelecer uma teto de gastos com a saúde; o afastamento do Presidente do Senado; a decisão que determinou votação fechada para a Presidência do Senado da República, e muitas outras.

A grande dispersão de decisões monocráticas fomentou duas situações no mínimo de difícil compreensão para uma Corte Constitucional. De um lado a prolação de decisões contraditórias com precedentes do Pleno, órgão maior do tribunal - e que em tese possuem efeito vinculante - ou seja: em diversos casos Ministros que compreendiam diferentemente de decisão prolatada pela inteireza da Corte, e que haviam sido vencidos quando do julgamento, continuaram a decidir monocraticamente em contrário, situação geradora de insegurança e descrença no adequado funcionamento daquele órgão maior da república brasileira, e em flagrante ofensa à colegialidade<sup>178</sup>.

Por outro lado, em razão de tantas divergências internas, o Presidente do Supremo passou a exercer a função de instância recursal interna das decisões monocráticas dos demais ministros. Seria capaz, agora, em Incidente de Suspensão de Liminar, de cassar ou reformar a decisão monocrática anteriormente prolatada. A inovação gerou ferozes atritos, com a prolação de decisões liminares conflitantes e críticas diretas entre os ministros, uma vez que o incidente contrariava precedentes da Corte, e teria sido inusitadamente gerado a fim de se corrigir a delonga para a apreciação de agravos internos, recursos naturalmente cabíveis contra as decisões monocráticas, o que, em certos casos, geraria o cumprimento da medida determinada antes de haver tempo hábil para a apreciação do pedido recursal<sup>179</sup>.

Este ano, a Corte, em movimento revisor de longa tradição jurisprudencial, passou, por maioria, a compreender a possibilidade de flexibilização da *pertinência temática* no controle objetivo de constitucionalidade, exigência de que o legitimado ativo demonstrasse a relação de sua atuação institucional com o conteúdo da ação proposta. A decisão ampliou significativamente a capacidade de utilização do controle abstrato, e

---

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2018. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 31965 Paraná**. Brasília, DF, 2018. Relator: Min. Ricardo Lewandowsky. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5552299>. Acesso em: 10 fev. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 1.178 Paraná. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2018. Relator: Min. Presidente. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/633439722/suspensao-de-liminar-sl-1178-pr-parana>. Acesso em: 10 fev. 2019.

estaria justificada na necessidade de flexibilização de um obstáculo que é construção puramente jurisprudencial, de modo a não criar “[...] uma grande distorção da realidade”.<sup>180</sup> Diante da novidade da mudança, ainda não é possível avaliar os efeitos sobre a carga de trabalho da Corte, deixando claro, somente, a maior abertura e disponibilidade ao conhecimento de demandas oriundas de entidades que antes não teriam acesso ao controle pela via abstrata.

Todo esse crescimento do STF, ou a inflação de sua arena decisória, chega rapidamente, hoje, à sociedade brasileira e, por que não se dizer, ao mundo ocidental? A forma como interage com os demais Poderes, como amplia suas competências progressivamente, e apenas em esporádicas circunstâncias, como se notou, assume uma postura mais autocontida, é divulgada, diuturnamente, em trabalhos científicos, mas, especialmente, pela mídia. As sessões de julgamento ocupam o imaginário brasileiro, e são retransmitidas repetidamente, divulgadas em jornais, impressas em revistas - alguns bordões ditos pelos ministros acabam virando peças da moda, estampados em camisas. Portanto, não é possível finalizar essa reflexão, sem antes investigar-se, ainda que dentro dos limites deste trabalho, o papel desta mídia enquanto fonte de visibilidade do Supremo Tribunal Federal.

### 3.2 A mídia e a visibilidade do Supremo Tribunal Federal

Difícilmente o protagonismo que o Supremo tem hoje, e toda a evolução acima relatada, seriam alcançados sem a contribuição maciça da imprensa e da mídia moderna. O assunto merece detida reflexão. No exato momento em que este texto começa a ser escrito, uma tarde de quarta-feira, o Plenário do Supremo tribunal Federal julga ações que questionam a possibilidade do reconhecimento de omissão inconstitucional do Congresso Nacional, quanto à criminalização do comportamento homofóbico.<sup>181</sup> A discussão extravasa o ambiente da Corte. Nas redes sociais, como o *Twitter*, o anúncio do julgamento alcançou os chamados *trending topics*, que refletem os assuntos mais discutidos, com o marcador *#criminalizaSTF*, por meio do qual a discussão atinge todos os usuários e pode

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.961 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2007. Relatora do Acórdão: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2559843>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2013. Relator: Min. Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2012. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ser objeto de contribuições das mais diversas, em vários idiomas. A presença da mídia, contudo, não é circunstância nova naquela Corte, assim como sua menção em redes sociais, dispondo, aliás, de perfil em várias delas, como salienta Patrícia Perrone:

Em maio de 2010, criou-se no STF a Central do Cidadão, que possibilitou aos jurisdicionados o contato com o Tribunal por e-mail, telefone, carta, bem com o encaminhamento de críticas e sugestões para aprimorar seus serviços. No *Twitter*, o STF contava, no ano de 2011, com 110 mil seguidores e, em julho de 2014, com 486 mil seguidores. No *YouTube*, o Tribunal atingiu, em maio de 2013, 20 milhões de exibições dos vídeos postados no site. Na grande imprensa, estatísticas do Tribunal indicam, exemplificativamente, que, no mês de agosto de 2011, 45 mil matérias espontâneas foram publicadas a seu respeito na mídia impressa e que, em junho do mesmo ano, o Tribunal foi citado 3.500 vezes no rádio e na televisão.<sup>182</sup>

Parece inegável que a exposição midiática<sup>183</sup>, consubstanciada não só pelo interesse da grande mídia, mas na existência da TV Justiça - fundada em 2002, é um canal de televisão que tem a Corte como principal atração -, bem como a presença nas redes sociais, tenham contribuído significativamente para a grande exposição do STF na sociedade brasileira nos últimos anos, marcadamente nas últimas duas décadas. A Corte parece ter, inclusive, mudado o perfil de suas decisões. Estudos demonstram que na era pós-TV Justiça, isto é, de 2003-2011, em comparação com o período de 1990-2002, o tamanho dos acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade aumentou em 58,7%, ao mesmo tempo que, em consequência, diminuiu a produção coletiva, compensada, com sobra, por decisões individuais. A exposição na TV Justiça demandou o aumento da fundamentação e, por via de consequência, a redução da produção, que foi compensada, por outro lado, pelo trabalho solitário nos gabinetes, com a proliferação de mais e mais decisões monocráticas.<sup>184</sup>

A livre imprensa, enquanto formadora da opinião pública esclarecida e racional, é condição imprescindível para o funcionamento adequado de um regime democrático, onde há a necessidade reiterada de se decidir sobre os destinos políticos, decisão essa confiada aos representantes populares, eleitos por meio de eleição direta, secreta, universal e periódica. É por meio da mídia que as manifestações do STF alcançam a maior parte da

<sup>182</sup> MELLO, P. P. C. **Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 338.

<sup>183</sup> Por mídia compreende-se o conjunto de instituições que utiliza tecnologias específicas para realizar a comunicação humana, assumindo um papel intermediário tecnológico para que a comunicação se realize. A comunicação passa, portanto, a ser uma comunicação midiaticizada, constituindo-se em um dos importantes símbolos da modernidade. Abrange assim, em conceito amplo, tanto os meios tradicionais, como jornais, revistas e televisão, quanto os meios mais informais, como redes sociais e ferramentas de comunicação na Internet. Cf. LIMA, V. A. de. **Mídia: teoria e política**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 109.

<sup>184</sup> FONTE, 2016, p. 123.

Sociedade Civil - em geral apenas juristas costumam acessar diretamente o conteúdo das decisões - todos os demais, e isto inclui os mais diversos grupos de interesse, conhecem o tribunal e suas decisões por meio da transmissão de manifestações públicas, seja de julgamentos, entrevistas, declarações ou discursos.<sup>185</sup>

Entretanto, essa mesma mídia é responsável, em grande parte, pela *dramatização do espetáculo*, ou seja, pelo formato mais atrativo e repetitivo que a notícia será veiculada, quando, com frequência, a transmissão já encarta um sentimento de convergência ou divergência com a opinião pública ou de atrito ou concordância com outros atores políticos, gerando a confirmação da notícia, diante da repetição intensa, e, por vezes, o abalo a certas reputações - inclusive da própria Corte ou de seus Ministros - em razão da reiteração de opiniões negativas nos mais diversos meios:

O modo de funcionar dos meios de comunicação de massa gera dois mecanismos que podem interferir gravemente sobre a opinião da população a respeito de determinado tema: o contágio informacional e o contágio reputacional. *O contágio informacional é gerado pela intensa reiteração da notícia, tende a gerar uma confirmação da certeza dos fatos mesmo quando ela não é plena e uma amplificação da percepção ao seu respeito. O contágio reputacional é produto da forma como os cidadãos, os estereótipos e os relatos interagem. Quanto mais uma determinada opinião professada e acolhida pelos meios de comunicação maior é a tendência a tornar-se amplamente dominante, em especial se for reproduzida por "âncoras", por formadores de opinião. Quando esse tipo de contágio se efetiva, há uma inclinação dos indivíduos a simplesmente reproduzirem a percepção alheia, quer porque tem as mesmas dificuldades de compreensão, porque sua própria capacidade crítica foi afetada, porque não estão dispostos a expor um entendimento que será ferozmente desqualificado ou, ainda, porque temem as sanções sociais dele decorrentes. Uma espécie de efeito manada se produz na população e, nessas circunstâncias, qualquer grupo pode ser levado a posições extremas, equivocadas e reforçadoras de preconceitos.*<sup>186</sup>

É nítida a preocupação entre magistrados sobre o assunto e, inclusive, a forma que as decisões são percebidas pelas mais diversas audiências, o que pode, inclusive, significar uma mudança de atitude em relação ao que deva ser decidido. Tornou-se célebre no Brasil

<sup>185</sup> Cf. “No contexto nacional, os órgãos da mídia exercem como principal função a informação, educação e entretenimento direcionados ao público, mais precisamente ao cidadão. Além disso, praticam a liberdade de expressão, direito fundamental, cabendo destacar que o texto do artigo 222 e §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988 garante a plena liberdade da manifestação do pensamento, da expressão e da informação, vedando qualquer tipo de restrição ou censura sobre a informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, seja ela de natureza legal, política, ideológica e artística. ‘A missão geral da imprensa é informar o cidadão, para que este seja capaz de formar a sua própria opinião’. A comunicação das massas e a formação da opinião, nesse contexto, são tidas como a principal função social da mídia e a justificativa é bem simples: a formação de uma opinião pública esclarecida e racional é condição imprescindível para o funcionamento adequado de um regime democrático, pois somente a partir de uma opinião pública formada é que poderão surgir decisões adequadas à condução dos negócios públicos.” (GARCIA, N. D. **A mídia versus o poder judiciário: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz**. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Porto alegre, 2015. p. 73).

<sup>186</sup> MELLO, P. P. C. 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**, Brasília, DF, v. 14, n. 1, p. 403-423, 2017.

a declaração do Ministro Marco Aurélio de Mello, quando durante o julgamento da Ação Penal nº 470 (Mensalão), em diálogo com os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Afirmou:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - [...] Sinalizamos, Presidente, para a sociedade brasileira, uma correção de rumos visando a um Brasil melhor - pelo menos, para os nossos bisnetos, já não falo nem dos filhos nem dos netos - mas essa sinalização está muito próxima de ser afastada.

Junto aos cidadãos, o Supremo cresceu como órgão de cúpula do Judiciário numa época em que as instituições estão fragilizadas, mas estamos a um passo, a um voto - que responsabilidade ministro Celso de Mello! - de perdermos essa admiração.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Reconheço.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estamos a um passo de desmerecer a confiança que, no Supremo, foi depositada, [...].

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E veja, Vossa Excelência, a repercussão que isto terá nas mais diversas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência fique tranquilo soube que os vidros do Plenário foram blindados!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência avalie a repercussão que isto terá para a magistratura como um todo, que hoje está olhando este Tribunal com orgulho, porque sabe que o Tribunal rompeu com a tradição de impunidade.<sup>187</sup>

Verifica-se pelo diálogo que a preocupação existe quanto à visibilidade externa da Corte - no tocante à Sociedade Civil e outros Poderes - e quanto à visibilidade interna ao próprio Poder Judiciário<sup>188</sup>. Essas questões conduzem, igualmente, ao formato de pauta da Corte, controlada pelo Presidente, o qual tende a inserir rapidamente para julgamento aqueles casos de grave repercussão, *v.g.*, questões sobre o funcionamento dos demais Poderes, como eleições para a Presidência da Câmara e do Senado, ou mesmo sobre a regularidade do processo de *impeachment* do Presidente da República, ou *habeas corpus* quando o acusado é um ex-Presidente da República. Questões de menor importância, e clamor público, tendem a ocupar datas longínquas da pauta, ou a serem resolvidos por decisões monocráticas:

O outro uso que o STF está dando para suas decisões é visível em julgamentos relevantes de casos emblemáticos. Mais sensíveis devido à resolução mais complexa e ao acompanhamento da mídia, eles exigem, por parte dos ministros, maior carga de argumentação. Nesses casos, verificamos a preocupação, por parte dos ministros, em formar um entendimento sobre o litígio que sirva como precedente para casos posteriores. Esse posicionamento nos leva a crer que as duas funções dadas por suas decisões seguem o caminho da aproximação do STF ao papel de um tribunal constitucional, um modelo distinto de outras cortes constitucionais, mas que se apegam a algumas das características comumente

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470**. Brasília, DF, 2007. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>188</sup> “OF ALL THE TYPES of personal audiences, social groups and the legal Community have the greatest impact on the choices of most judges. But other kinds of groups may be highly salient to certain judges.” (BAUM, L. **Judges and their audiences**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 118).



atribuídas a essas cortes. Esse modelo diferenciado já foi denominado corte constitucional "à brasileira".<sup>189</sup>

Há assim, como destaca Lawrence Baum, ao menos dois níveis de importância da mídia para os juízes - e Ministros não se diferenciam nesse ponto - primeiro o fato, já mencionado, dela funcionar como intermediário entre um juiz e o público. Segundo, o que a mídia diz pode ser importante para o magistrado, por se tratar de uma descrição e evolução tangível de seu trabalho, de forma que preferirá *reviews* positivas do que tenha decidido. Aqueles que temem por suas reputações procurarão, assim, respostas positivas da mídia, por si mesmos, como pelo impacto nos grupos que consideram relevantes.<sup>190</sup>

É comum a interação de Ministros do STF com a mídia, concedendo entrevistas, ou antes de adentrarem a Corte, minutos antes das sessões, ou em lugares mais reservados. Por essa razão torna-se objeto de crítica a antecipação de posições pessoais sobre julgamentos que ainda serão tomados, atuação esta que parece só se justificar pelo interesse de ser notado individualmente, e em antecipação, ao público, de tal forma a tornar distinguível, ainda mais, a sua posição daquela de outro colega ou da Corte em si.<sup>191</sup>

Como será discutido com mais amplitude “[...] juízes podem, ainda, revezar decisões impopulares com outras que aumentam seu crédito público, num processo de equilíbrio e compensação”<sup>192</sup>, mecanismo extremamente delicado. Um dos temores, na lição de Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva, é de que em excessiva interação com a mídia, os Ministros deixem de valorizar a interação entre si, atentando para questões como a colegialidade, devida fundamentação das decisões e a atenção aos precedentes, e desenvolvam uma espécie de populismo judicial, ao valorizarem em

<sup>189</sup> VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.

<sup>190</sup> BAUM, 2006, p. 136-137.

<sup>191</sup> “Contudo, de forma geral, é tão frequente e aparentemente pouco custoso para os outros ministros falar na imprensa sobre casos pendentes que podemos considerar que o poder de sinalização é alocado de forma descentralizada a todos os membros do tribunal. Como não houve, até hoje, qualquer tentativa relevante de disciplinar esse comportamento e torná-lo mais centralizado na figura do presidente ou de manifestações colegiadas, ocorre algo similar ao que observamos no caso do poder de agenda: trata-se de um poder discricionário, à disposição de todos os ministros, sujeito basicamente a estilos, inclinações, estratégias e cautelas (ou ousadias) individuais” (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002018000100013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013). Acesso em: 16 fev. 2019. p. 22).

<sup>192</sup> PEREIRA, J. R. G. O judiciário e a opinião Pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaís. **Blog Os Constitucionalistas**, [S. l.], 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaiais>. Acesso em: 16 fev. 2019.

demasia o momento televisivo, transferindo toda a preocupação para o público externo, e a imagem, ainda que superficial, que estejam tentando construir ou desenvolver.<sup>193</sup>

Outra preocupação válida diz respeito à extrema dificuldade de julgar-se tendo em vista a acentuada perseguição da mídia pela consolidação de uma posição específica. A assunção de uma posição reiterada pela imprensa, com a formação de opinião pública forte em um sentido, tem o condão de abalar os ânimos dos julgadores e dificultar a prolação de decisões. Fala-se até, do *juízo dos aeroportos* quando se quer mencionar a forma agressiva que a grande mídia, especialmente, pode colocar cidadãos em atrito com os membros de uma Corte, ou de políticos, quando os indica enquanto responsáveis por decisão impopular, de modo que chegam a ser perseguidos e insultados em ambientes públicos, como salas de embarque, ou mesmo, como já o foi o Ministro Gilmar Mendes<sup>194</sup>, enquanto em férias em outro país. Cita-se a decisão do STF sobre os poderes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como exemplo de julgamento que sofrera fortemente esse impacto, de modo que a Corte, ainda que em dúvida, e talvez em um momento no qual não havia refletido o suficiente sobre a temática, decidiu pelos amplos poderes do órgão de controle.<sup>195</sup>

A pressão da mídia também exerce efeitos positivos - além, é claro, daqueles típicos, como o de informar, gerar transparência e debate público -, v.g., pressionando pela colocação em pauta de julgamentos que tendo sido iniciados tiveram seus resultados obstados diante de pedidos de vista que ultrapassam o limite previsto no Regimento Interno do STF<sup>196</sup>. Dois são os exemplos recentes, um deles quando do julgamento da ADI nº 4650-DF/2015, tratando do financiamento de campanha, cujo julgamento fora obstado - apesar de já vencido o Ministro Gilmar Mendes - por diversos meses, sendo trazido à pauta depois de forte insistência da mídia, por meio de diversas reportagens.

<sup>193</sup> SILVA, V. A. da; MENDES, C. H. Entre a transparência e o populismo judicial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2009. p. A3.

<sup>194</sup> Cf. CARVALHO, D. Gilmar Mendes é hostilizado em voo comercial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1954001-gilmar-mendes-e-hostilizado-em-voo-comercial.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2019; CARVALHO, D.; CARONE, C. Em vídeo, Gilmar Mendes é hostilizado por mulheres em Lisboa. **Metrópoles**. **Metrópoles**, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/justica/em-video-gilmar-mendes-e-hostilizado-por-mulheres-em-lisboa>. Acesso em: 16 fev 2019.

<sup>195</sup> PEREIRA, 2012.

<sup>196</sup> No caso do Supremo Tribunal Federal, seu Regimento Interno, aprovado em 15 de outubro de 1980, já previa, no artigo 134, que se um ministro pedisse vista, deveria apresentar o processo para julgamento até a segunda sessão seguinte. Em 2003, o STF aprovou a Resolução 278, de 15 de dezembro, segundo a qual o ministro que pedir vista tem 10 dias para devolver o processo, prorrogáveis automaticamente por mais 10. Se não os devolver, o presidente poderá requisitar os autos e continuar o julgamento. o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que entrou em vigor em 17 de março de 2016 (artigo 1.045º), estabelece mecanismo semelhante para os pedidos de vista, com prazo de 10 dias prorrogáveis e continuidade do julgamento em seguida.

O segundo, quando em discussão o auxílio-moradia para magistrados de todo o país, ocasião em que o Ministro Luiz Fux deferiu liminar concedendo o auxílio, nos autos da Ação Originária (AO) nº 1.773-DF, de 28 de novembro de 2018, o que representou enorme gasto para a União e para os Estados-membros, sem, contudo, disponibilizar o processo para inclusão em pauta. Com as pressões públicas, o Ministro terminou decidindo pela revogação da liminar em razão de aumento concedido pelo então Presidente da República, Michel Temer, em decisão justificada como *pragmática e contextual*, já que usava como fundamento aumento estranho à causa de pedir da Ação Originária, mas, que se basearia nos “[...] corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social”.<sup>197</sup>

Nos Estados Unidos da América fala-se de *Greenhouse Effect*, em razão da capacidade de jornalista do *The New York Times* afetar o comportamento de magistrados que viam em sua coluna um espaço de construção positiva de sua reputação e carreira, e buscavam decidir, assim, nos moldes daquilo que justificasse bons comentários. É sabido que *Justices*, como Black, Frankfurter, Blackmun e Thomas, registravam em anotações as repercussões de suas decisões, com detalhes sobre fontes e autores.<sup>198</sup> No Brasil, após o julgamento do *Mensalão*, o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, foi agraciado com diversas homenagens, como *O Justo do ano*, e *Personalidade 2012*, circunstância essa, a qual, não o impediu de diante de agressões e ameaças sofridas, pelos partidários daqueles que foram condenados por votos de sua lavra, solicitar sua aposentadoria precoce.<sup>199</sup>

Pelo exposto, é possível concluir-se, neste ponto, que a atuação da mídia sobre o Poder Judiciário - em especial o Supremo Tribunal Federal - merece cuidados e a devida atenção no contexto da formação e manutenção de sua reputação. Isto se dá na medida em que poderá servir como instrumento de manipulação e populismo, ao interferir severamente em como os fatos são concebidos e avaliados publicamente. Assumirá, nesses moldes, um viés manipulador, forjando a compreensão do mundo e de seus indivíduos - no

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1773-DF, de 28 de novembro de 2018**. Brasília, DF, 2013. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 16 fev. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650-DF, de 1º de abril de 2013**. Brasília, DF, 2013. Relator: Min. Luiz Fux. Voto-vista Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23086639/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4650-df-stf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>198</sup> BAUM, 2006, p. 138-140.

<sup>199</sup> BRÍGIDO, C.; LUIZ, W.; LIMA, M. Ameaças levaram Barbosa a antecipar aposentadoria. **O Globo**, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ameacas-levaram-barbosa-antecipar-aposentadoria-12656888>. Acesso em: 17 fev. 2019.

caso, do STF e seus Ministros - da forma que lhe convém, em geral, como seja mais atrativo à linha editorial do específico meio de comunicação, em uma guerra constante por exposição e destaque público.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> GARCIA, 2015, p. 74. Cf. RAMONET, I. **Propagandas silenciosas**: massas, televisão, cinema. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 63; ANDRADE, F. M. de. **Mídia e poder judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 78.

#### 4 OS OBSTÁCULOS OPONÍVEIS ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMAS: a linha tênue entre oposição legítima e abuso

Quando a sirene toca, e é retransmitida simultaneamente pelas rádios locais, interrompendo as programações, todos sabem que têm aproximadamente quinze segundos para abandonar qualquer atividade, e ingressar em zonas de proteção. O estridente alarme da *tzeva adom*, que significa a cor vermelha ou alarme vermelho, ressoa insistentemente em referência ao perigo que se aproxima, e anuncia a queda de mais um míssil em território israelense. Enquanto cidadãos mais abastados têm quartos seguros em suas residências - pequenas salas com paredes e tetos reforçados por concreto armado - os demais, se não alcançam as denominadas áreas seguras, correm sério perigo, sobretudo crianças, em creches e escolas sem proteção suficiente. Mortes acontecem, e o terror se espalha com frequência.

Há décadas o mundo assiste ao conflito estabelecido entre os árabes habitantes da Faixa de Gaza, Estado Palestino, e os judeus do Estado de Israel. A estreita faixa de terra, imprensada junto ao mar mediterrâneo, ataca, furiosa, a cada anúncio de expansão de assentamentos judaicos sobre a Terra Santa - constituída pela cidade de Jerusalém e áreas vizinhas. O ataque é quase sempre igual: mísseis *Quassam* de fabricação caseira palestina, e repletos de explosivos, são lançados sobre a fronteira, a partir de rudimentares lançadores terrestres, e atingem - quando não são interceptados pelo sistema de defesa israelense - áreas urbanas e rurais, em sua maioria civis, são casas, creches, escolas e hospitais.<sup>201</sup>

Cansados do sofrimento, e confiantes de que a Suprema Corte de Israel seria a instância competente para dar solução ao problema, forçando o Estado de Israel a prover proteção total ao menos às áreas escolares, moradores de *Kefar Gaza Kibbut*, cujos filhos estudavam na escola regional de *Shaar HaNegev*, a qual agregava cerca de um mil e duzentos alunos, ajuizaram ação constitucional, questionando a política do Ministério de Defesa, que protegia apenas parte das escolas da área, forçando os demais alunos a se moverem de um lado a outro, procurando abrigo nas zonas de proteção. O Estado reconhecia, inclusive, que não era a proteção parcial a melhor escolha, em virtude do

---

<sup>201</sup> ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Gaza War:** Israeli and Palestinian History. [S. l.], [20-?] Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Gaza-War>. Acesso em 19 fev. 2019; GAZA conflict: Palestinian rockets kill one as Israel destroys Hamas TV station. **SBS News**, Crows Nest, NSW, 2018. Disponível em: <https://www.sbs.com.au/news/gaza-conflict-palestinian-rockets-kill-one-as-israel-destroys-hamas-tv-station>. Acesso em: 19 fev. 2019; CARITAS AUSTRALIA. **Crisis in Gaza**. Sydney, NSW 2019. Disponível em: <https://www.caritas.org.au/learn/emergency-response/gaza-conflict>. Acesso em: 19 fev. 2019.

exíguo lapso temporal entre o soar das sirenes e as explosões, mas defendia que o método era suficientemente bom, uma vez que proteger todas as escolas, apesar de viável, seria muito caro, com estimativa de custo em 192 milhões de NIS (Novo shekel israelense), ou aproximadamente à época, 48 milhões de dólares americanos. Já tendo sido gastos 330 milhões de NIS, prevalecia o temor governamental de que aceitar o pleito significaria admitir um novo *standard* de proteção, ao custo de centenas de milhões ou mesmo um bilhão de NIS.<sup>202</sup>

A Corte, em 29 de maio de 2007, no caso conhecido como *Eduardo Wasser v. Ministers of Defense*, prolatou decisão marcante, exigente e unânime, quando rejeitava os argumentos de defesa, circunscrevendo a ordem às escolas da área específica de maior risco, em razão da proximidade com Gaza, e ordenava a proteção de todas as vinte e quatro escolas, uma vez que o sofrimento experimentado pela cidade e demais assentamentos vizinhos seria “[...] de proporções inusuais, tanto pelo longo período pretérito de exposição aos ‘Qassams’ quanto pelo número e extensão das lesões já sofridas”<sup>203</sup>. A decisão deveria ser cumprida até o início do novo ano letivo.

Apesar da decisão peremptória, e prolatada pela Corte Suprema, em momento histórico onde não se discutia sua competência e legitimidade, esta recebe a informação do Ministro de Defesa, de que seria impossível cumprir o prazo e a decisão, uma vez que apenas sete escolas poderiam ser protegidas, enquanto as demais precisariam ser totalmente reconstruídas. Ainda assim, e após o estabelecimento de um cronograma pela Corte, para proteção das sete escolas, e não mais as vinte e quatro, o Estado de Israel, a apenas duas semanas do término do prazo final, pleiteiaria nova prorrogação.

Era nítido o descumprimento. A Corte tivera sua decisão esvaziada pela rejeição do governo em cumpri-la. Muitas eram as medidas possíveis e imagináveis, contudo diante do grave risco de acentuar-se a situação de descumprimento e de atrito entre a Corte e o Poder Executivo, a Suprema Corte de Israel se viu incapaz de reagir. Aceitou, então, os pedidos de prorrogação, e ainda rejeitou o pedido dos peticionantes, de que fosse ao menos determinado ao governo que deslocasse os alunos das escolas não protegidas para novas localidades, perpetuando, assim, sua condição de alvos frágeis e fáceis.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> ISRAEL. Supreme Court. **HCJ 8397/06. Eduardo Wasser v. Minister of Defense**. Jerusalem, 2007. Disponível em: <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Wasser%20v.%20Minister%20of%20Defense.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> DOTHAN, S. **Reputation and Judicial Tactics: a theory of National and International Courts**. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 27-29.

A Corte sofrera, fato não isolado na experiência mundial, grave entrave ao exercício de sua missão constitucional. O Poder Executivo simplesmente opôs o argumento da inexecutabilidade da ordem, para em seguida deixar às escâncaras a intenção de ignorar a determinação e descumprir a decisão, em razão de outras prioridades, ou mesmo, de rejeição daquilo que fora dado como certo - no caso a obrigação constitucional de proteger as salas de aulas. Percebe-se que o precedente veiculava situação gravíssima, de imposição de risco iminente ao direito à vida, especialmente de crianças, mas igualmente de profissionais do ensino, bem como não havia discussão sobre a competência da Corte em julgar a demanda, sua legitimidade e previsão constitucionais não foram suficientes para assegurar o cumprimento.

Do outro lado do Atlântico, um dos casos mais conhecidos e célebres na experiência da jurisprudência constitucional norte-americana cuidou também da resistência ao cumprimento de ordem judicial - e há quem afirme, que até hoje a execução persiste, uma vez que a decisão não teria sido, ainda, totalmente cumprida - trata-se de *Brown v. Board of Education*. Quando em 1954 a Corte determinou, unanimemente, o encerramento da política segregacionista em escolas nos EUA - proibindo, assim, a infame doutrina do *separate but equal*, que falsamente defendia que a separação se mantivesse porque se dava em condições iguais quanto à estrutura escolar e ao ensino - não foram poucas as reações contrárias, mormente no sul segregacionista e racista. Tais entraves demandaram nova decisão e um processo lento e retardado de implementação, afim de se evitar um retrocesso ou *backlash*, diante de inúmeros vozes raivosas e contrárias, inclusive de governadores.<sup>205</sup>

No Brasil, por sua vez, a situação não é diferente, e é possível diagnosticar-se, mesmo após 1988, diversos momentos onde a Corte Suprema sofrera resistência e viradas, por meio de emenda constitucional ou norma infraconstitucional, assim como decisões monocráticas que foram descumpridas flagrantemente, e deixaram a Corte em situação de grande incômodo<sup>206</sup>. Críticas são igualmente comuns, verdadeiras campanhas midiáticas, construídas e proliferadas por grandes veículos da imprensa.

Recentemente, até mesmo um Ministro fora objeto de investigação da Receita Federal. Posteriormente esta fora considerada um equívoco pelo próprio órgão - por fugir de suas atribuições - e criticada como exorbitante e de finalidade possivelmente escusa,

<sup>205</sup> FRIEDMAN, 2009, p. 246. Cf. JONES, R. E. *Brown v. Board of Education: concluding Unfinished Business*. *Washburn Law Journal*, [S. l.], v. 39, p. 184-195, 1999-2000. p. 184; GREY, B. *Promise, Purpose and Potential: Brown v. Board of Education*. *Law Libraries Lights*, Washington, D.C., v. 48, n. 1, 2004-2005.

<sup>206</sup> BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016.

diante do risco de guardar relação com tentativas de intimidação - uma vez que aquele decidiria, frequentemente, em contrariedade a interesses constituídos no tocante a operações em andamento e promovidas por autoridades vinculadas ao Poder Executivo<sup>207</sup>.

Pretende-se, assim, neste capítulo, destacar os mecanismos que dispõem os Poderes Públicos, para conter, regular, ou influenciar a atuação das Cortes Constitucionais, dito de outra forma, quais seriam as formas de interação dos Poderes Executivo e Legislativo, e das demais entidades da Sociedade Civil organizada, que objetivem interferir sobre o modo de pensar, deliberar e mesmo decidir das Supremas Cortes? Quais desses mecanismos seriam constitucionalmente e democraticamente legítimos? São essas as indagações que se pretende responder, a partir da dupla noção, construída nos capítulos 1 e 2, de que (a) os poderes públicos e a sociedade demandam a participação das Cortes na solução dos mais graves problemas morais, políticos, jurídicos e constitucionais, e ao mesmo tempo, (b) que esta participação se dá por meio de uma esfera de diálogos, onde todos os protagonistas participam, e detém mecanismos idôneos para influenciar o ponto final deste debate, o alcance da solução, ainda que provisória.

#### **4.1 A Formação do sentido da normal constitucional por meio do diálogo interinstitucional e os limites da interação legítima**

Nos últimos anos a expressão *diálogo constitucional* tem servido para explicitar a natureza de uma suposta relação entre Cortes e Poderes Políticos, no sentido da formação do sentido do conteúdo constitucional. Teorias dialógicas enfatizam que o Judiciário não teria o monopólio da interpretação constitucional (aspecto empírico), ou que não deveria tê-lo (aspecto normativo). Ao contrário, ao exercerem a jurisdição constitucional, juízes iniciariam ou perpetuariam um diálogo interconectado, dialético e interativo sobre o significado das normas constitucionais. Ou seja, julgamentos constitucionais seriam, ou deveriam ser, o fruto de um processo de elaboração conjunta entre os três poderes.<sup>208</sup>

A preocupação em explicar-se esse processo ocupa o imaginário de juristas ao menos desde a afirmação de Thayer, em 1893, na prestigiada *Harvard Law Review*, de que a jurisdição constitucional poderia contribuir para a debilitação da representação política, e

<sup>207</sup> AMADO, G.; PINHEIRO, D. Gilmar Mendes diz ser alvo de perseguição e que outro Ministro é chantageado por investigação. *Época*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/gilmar-mendes-diz-ser-alvo-de-perseguido-que-outro-ministro-chantageado-por-investigacao-23470109>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>208</sup> BATEUP, C. The Dialogic Promise: assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brook Law Review*, [S. l.], v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. p. 1109.



a preocupação de Bickel, na mesma esteira, de que juízes poderiam *thwart the will*<sup>209</sup> da maioria política prevalecente em dado momento histórico, expondo os riscos do dilema contramajoritário, de como um braço não-eleito poderia decidir os rumos da *rule of law*, invalidando atos aprovados pelo Congresso Nacional. Tratar-se-ia, assim, de um método de legitimação do processo decisório, onde uma instância particular - a Corte - interagiria, monitoraria e contribuiria com um debate público. Referidas teorias tentam contribuir, assim, para a solução de antigo dilema da Teoria Constitucional, no tocante à legitimidade do Poder Judiciário, para estabelecer o sentido da norma constitucional, diante de sua composição por membros não eleitos.

A necessidade do desenvolvimento da ideia do diálogo constitucional tem sido igualmente reforçada diante da constatação, decorrente da falência do legalismo ainda no século XX, de que a liberdade ou discricionariedade no processo decisório não poderia ser contida meramente pelo apelo ao sentido do texto constitucional. A avaliação da correção do resultado obtido não seria possível via recursos lógicos, ou o auxílio de métodos pré-definidos. Como afirma Posner, a Lei é apenas a matéria-prima, no sentido mais amplo, a partir da qual juízes tomam decisões - em razão da falha legalista em gerar respostas aceitáveis para todas as questões sobre as quais os juízes devem decidir - e a performance judicial tem, com bastante frequência, recorrido a outras fontes de julgamento, incluindo “[...] sua própria opinião política ou mesmo idiossincrasias”<sup>210</sup>.

Há ainda, como já se discorreu, cientistas políticos e sociais, de Robert Dahl a Barry Friedman, para quem a contramajoritariedade dessas Cortes seria no mínimo mal compreendida, uma vez que elas não teriam capacidade para manter-se em rumo contrário à maioria política, tão somente adiando ou postergando, mesmo que por décadas, a implementação de políticas públicas, sem, contudo, serem capazes de impor uma postura própria e definitiva se em contrariedade à opinião pública. Caso pretenda a Corte que suas decisões resistam às forças políticas, precisam ser construídas em consonância, ou, ao menos, em diálogo e debate com tais forças.

Por sua vez, os chamados constitucionalistas populares, como Mark Tushnet<sup>211</sup> e Larry Kramer<sup>212</sup>, têm tecido graves críticas à eficiência da *judicial review*, concordando com a existência de riscos no processo decisório quanto a distorções políticas e debilitação

<sup>209</sup> THAYER, J. B. Thwart the will. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 7, n. 3, p. 129-156, 5, 1893.

<sup>210</sup> POSNER, R. A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 13.

<sup>211</sup> TUSHNET, 1999, p. 8.

<sup>212</sup> KRAMER, D. L. *The People Themselves: popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 247.

democrática. O primeiro critica, severamente, a sua eficiência na afirmação histórica de direitos, apontando o Judiciário, em especial o norte-americano, mas não somente este, como frequentemente retrógrado ou reacionário. Aponta ainda, nos próprios julgados da Suprema Corte Norte-Americana, diversos momentos em sua trajetória institucional, onde chancelou posições extremamente conservadoras ou mesmo autoritárias. Casos como *Dred Scott* - onde admitiu a escravidão e contribuiu para o estopim da Guerra Civil, ou *Korematsu*, quando admitiu o isolamento de nacionais de ascendência japonesa, encarcerados em verdadeiros campos de concentração, em razão de meros temores genéricos e imaginários de retaliação durante a 2ª Guerra Mundial.

Kramer parte de resgate histórico, para dizer que os participantes das convenções constituintes norte-americanas nunca advogaram, em sua maioria, a implementação da *judicial review*, mas sim um controle exercido pelo povo, por meio da soberania do Parlamento. Resigna-se com a existência da *judicial review*, contudo, em razão da longa história e da sedimentação do instituto naquele país. Reforça, porém, a necessidade de institutos outros, políticos, que possam contrabalancear o poder do judiciário ao ditar a norma constitucional, e reaproximá-la da vontade popular. Destaca, também, que a concepção que advoga a existência de uma distinção forte entre um domínio da política e um domínio do direito é extremamente nova, e que o constitucionalismo americano sempre compreendeu a necessidade de uma forte participação popular na definição de seus sentidos:

Nós, no século 21, tendemos a dividir o mundo em dois domínios distintos: o domínio da política e o domínio do direito. Na política, as pessoas decidem. Mas não no direito. O direito é reservado para uma elite treinada de juízes e advogados, cuja tarefa profissional é implementar as decisões formais produzidas na política e por ela. A Constituição, nesta compreensão moderna, é uma espécie de direito - especial apenas na medida que define as fronteiras dentro das quais a política acontece. Enquanto direito posto, a Constituição é reservada para que a mesma elite a manuseie, lide com ela, submetida à supervisão máxima da Suprema Corte Norte-Americana. [...] Essa não era a crença dos Pais Fundadores, nem de seus filhos e netos, e mapeando como eles construíram a ideia de jurisdição constitucional nós também estaremos mapeando seus esforços para explicar e preservar a soberania ativa do povo sobre a Constituição. E durante este caminho talvez possamos encontrar alguns motivos para fortalecermos nossas sensibilidades, aparentemente mortas, sobre esse assunto.<sup>213</sup>

Rodrigo Brandão, após extensa análise do assunto, defende a existência de uma espécie de *constitucionalismo popular mediado*, onde a sincronização entre a opinião pública e a jurisprudência das Supremas Cortes não é igualmente eficaz em todas as searas. Enquanto em questões de alta relevância política a influência daquela seria mais marcante

---

<sup>213</sup> KRAMER, 2004, p. 7-8.

sobre a atuação desta, em questões de menor repercussão política a influência restaria atenuada.

Ademais, a Corte disporia de um capital político suficiente para impor decisões, ainda que nitidamente contramajoritárias - assunto que será discutido melhor nos capítulos finais deste trabalho, pela imensa proximidade com seu tema central. O que importa esclarecer-se agora é que no âmbito desta perspectiva dialógica, a Corte não seria nem uma instituição superpoderosa, que dá a última palavra em todos os conflitos sobre os quais decide, nem um protagonista fajuto - que se limitaria a carimbar as decisões das maiorias políticas ou dar a elas aparência legítima - mas sim um artífice que contribui, efetivamente, para o desenho das soluções dos dilemas jurídicos, morais e constitucionais.<sup>214</sup>

Os Poderes Políticos, no exercício de suas funções em meio a este diálogo interinstitucional, possuem instrumentos de contenção ou superação normativa das decisões das Supremas Cortes. Estes, se legitimamente utilizados, terão a função de aproximar a atuação desses órgãos, incentivar o diálogo, e forçá-los a interagir e encontrar o ponto de equilíbrio, por assim dizer, onde seja aceitável estabelecer-se a decisão final. Da mesma forma se promoverá um processo permanente de autocorreção democrática, em razão do contato com as diversas fontes de opinião pública oriundas do modelo de democracia deliberativa:

Em síntese, acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e dos direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal.

Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisões mais qualificado, circunstância que - especialmente quando estiverem em jogo questões complexas - tende a produzir decisões melhores, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.<sup>215</sup>

Essa visão promissora do diálogo constitucional parece abranger, assim, no anseio de compreender como se dá esta interrelação entre Cortes, Poderes Públicos e Sociedade

<sup>214</sup> BRANDÃO, R. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2017. p. 298.

<sup>215</sup> BRANDÃO, 2017, p. 356-357.

Civil, duas noções fundamentais. A primeira de que por meio do diálogo circular, ou seja, da interação, seria possível maior abertura à discussão de ideias fundamentais à sociedade, em dado momento histórico, envolvendo cidadãos dos mais diversos setores, o que, inclusive, fomentaria o alcance de soluções mais amplamente aceitas. Ainda, juízes seriam capazes de responder dialogicamente no nível individual, uma vez que podem ser chamados a decidir a questão sob a ótica do caso concreto em muitas circunstâncias.

A compreensão do diálogo institucional permitiria ainda que cada seara da sociedade trouxesse ao debate seu olhar político e prático, facilitando o aprendizado mútuo, o que contribuiria para o alcance de melhores decisões sobre dilemas constitucionais. Por fim, todos disporiam, em maior ou menor medida, de mecanismos, institucionais ou não-institucionais - v.g. daqueles, o processo de *impeachment*, e destes, a crítica pública - que funcionariam como trunfos políticos, freios a serem usados para a finalidade de guiar o caminhar deste diálogo, de modo a seguirem rumo a um destino, que se não for comum, será ao menos provisoriamente aceitável a todos.

Como afirma ainda, Ferreira Victor, parece importante destacar-se que o diálogo institucional não gera insegurança jurídica, em razão de eventual indecisão sobre como o outro Poder compreenderá a deliberação unilateral tomada, se a acatará, se tentará modificá-la ou não. Pelo contrário, tende, o diálogo, a gerar soluções mais duradouras, por serem conformadoras dos interesses políticos e dos direitos em jogo.<sup>216</sup> O desafio que permanece, nesta lógica, para o constitucionalismo, é o desenvolvimento de mecanismos que permitam que a visão dialógica seja mais completamente alcançada e amplamente utilizada.

Não é possível negar-se aos demais Poderes o direito e a legitimidade de participarem nesse processo de formação do sentido da normal constitucional.<sup>217</sup> Não parece ser outra a opinião de Louis Fisher, um dos teóricos mais citados sobre o tema, quando se refere ao famoso precedente *Marbury v. Madison*, por meio do qual teria a Suprema Corte Estadunidense definido a sua competência para julgar ato normativo inconstitucional, reafirmando que nada haveria nesse julgamento a justificar a compreensão de que teria o Poder Judiciário a decisão final sobre matéria constitucional:

*Marbury* não oferece suporte para a supremacia judicial ou para a decisão final pelo Judiciário. Em 1821, Chief Justice Marshall, censurou aqueles que vasculhavam *Marbury* procurando por “algum significado - *some dicta*” no qual apoiar sua causa. A “única questão” diante da Corte em *Marbury*, ele disse, foi

<sup>216</sup> VICTOR, S. A. F. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 254.

<sup>217</sup> BATEUP, 2006, p. 1180.

“se o Legislativo poderia dar à Corte jurisdição original em um caso no qual a Constituição claramente não havia dado”. Este foi o mérito do julgado. Tudo mais, incluindo os possíveis argumentos pela supremacia judicial e pela decisão final em matéria constitucional, compunham *obiter dicta*. Qual sugestão de decisão final em Marbury tem sido repetidamente varrida de lado por diálogos permanentes entre os três braços do governo. Os registros claramente demonstram que uma decisão judicial não vincula para sempre pelo simples fato de haver sido prolatada.<sup>218</sup>

Nesta altura, parece necessária breve digressão teórica quanto à questão da avaliação sobre a legitimidade ou ilegitimidade dos mecanismos ou posturas, utilizados pelos Poderes Públicos ou entidades da Sociedade Civil organizada, na tentativa de conter os efeitos das decisões da Suprema Corte, ou incentivar sua mudança. A identificação de um critério não é tarefa fácil, mas não é impossível. Tentar-se-á, assim, primeiramente, usar de coerência interna, com os próprios argumentos sobre a finalidade da jurisdição constitucional já traçados no capítulo primeiro deste trabalho. Em seguida, será guardada pertinência, ou coerência externa com teoria maior, que justifique o critério escolhido. Desta forma, ainda que sujeito a críticas, o critério terá base suficientemente sólida para justificar as posteriores, e individuais análises, quanto à legitimidade de cada um dos obstáculos impostos às Cortes.

Inicialmente, cumpre relembrar que, ao final, compreendemos que as Cortes Constitucionais, e sua gloriosa expansão pelo Ocidente, se devem, em breve resumo, a um duplo movimento. Diante do esgotamento, ou melhor, da saturação dos mecanismos representativos, que não são capazes de satisfazer as demandas por direitos em um sentido amplo, a população, hiperconectada, ativa e cada vez mais consciente de seu papel político, tem procurado novos meios de resguardar tais trunfos constitucionais e legais. É bem verdade, que não se sabe, empiricamente, em que medida Cortes são melhores que Parlamentos, na garantia de direitos, ou na assunção de posturas de vanguarda, esta informação dependeria de uma ampla análise histórica, inacessível e praticamente irrealizável. O que se sabe, e foi destacado, é que tais Cortes têm ocupado tal posição, com maiores e diferenciados canais de acesso, e têm interferido em momentos delicados das conjunturas nacionais.

Mesmo Ronald Dworkin, outrora um adepto da concepção de que a presença da *judicial review* em qualquer Estado Constitucional traria uma contribuição essencial de elevação da qualidade do debate público, afirma, em seu último livro, que embora críticos que consideram a existência da *judicial review* por si só um defeito estejam errados, a sua

---

<sup>218</sup> FISHER, L. Does the Supreme Court have the final word? **The Federal Lawyer**, Arlington, VA, p. 62-67, 2017.

adequação está em considerações que variam de local para local. Essas considerações dependeriam do histórico do país em permitir a proteção aos indivíduos e aos direitos das minorias, tão quanto o fortalecimento da *rule of law*, a independência do Judiciário, e o caráter da Constituição que os juízes são encorajados a reforçar.<sup>219</sup>

A *primeira premissa* então está posta: *a legitimidade do mecanismo depende da sua capacidade de não obstar, ou impedir, o acesso à própria Corte Suprema ou Constitucional*, o que significaria na subversão da primeira justificativa de sua existência no constitucionalismo moderno, no modo em que se percebeu o fenômeno logo no primeiro capítulo deste trabalho. Sendo as Cortes foros de discussão e tentativa de alcance a direitos ou de estabilização de momentos delicados do funcionamento de democracias, a interação com elas não pode ser obstativa de seu funcionamento livre e sem amarras, como a interferência em sua organização interna, funcionamento e modelo deliberativo. Nisto está incluída a não inviabilização da participação popular na forma mais ampla possível, com o uso de audiências públicas e *amici curiae*.

Por outro lado, os próprios Poderes Constituídos têm se utilizado frequentemente das Cortes Constitucionais como arenas de embate público, ou seja, quando diante de situações onde haja um grande risco de desgaste à imagem do partido político, ou de grande rejeição da política contemporânea - já fortemente abalada por um sem número de escândalos. Assim, quando a matéria, por sua delicadeza ou polêmica, recomende a transferência do debate e da deliberação para outro espaço. Ou, quando não houver consenso político e a decisão necessitar ser postergada ou alçada ao debate por outra instância julgadora. Nessas hipóteses as Cortes têm sido apontadas como o espaço mais adequado de reflexão e decisão, até mesmo em razão, como já destacado, de sua melhor imagem e reputação dentro das democracias contemporâneas. Ainda que essa deliberação não seja final, ainda que posterior revisão seja possível pelo Parlamento, parece ser as Cortes um espaço onde esse debate poderá fluir e ser melhor aceito.

Sendo assim, está posta a *segunda premissa*: a medida, o mecanismo ou a postura - como se preferir chamar -, para ser legítima, *deve manter aberto espaço de diálogo, no sentido agora, de não tentar captá-lo, subvertendo sua função estabilizadora e fomentadora do diálogo*. Qualquer medida que tente constranger essa função, para além do diálogo, interferindo em sua liberdade, será reputada ilegítima. Uma vez remetida a

---

<sup>219</sup> DWORKIN, R. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 398-399.

decisão para a Corte, ela deve seguir os trâmites previstos, de forma independente, expondo suas ideias e concepções, iniciando e fomentando o debate público.

Esclarecida está assim a proposta de um teste duplo, de suas premissas, que pretende, de forma simplória, avaliar a legitimidade da interferência nos trabalhos da Corte Suprema ou Constitucional. O teste é coerente com a teoria democrática igualmente já esboçada, onde se aponta como necessárias duas premissas básicas: a tolerância e o respeito mútuo.

Para o pleno desenvolvimento da Corte, enquanto instrumento democrático, os demais Poderes devem ater-se à exigência de tolerância, quanto ao reconhecimento da mesma enquanto entidade ativa no diálogo constitucional. Devem valorizar seu espaço político, portanto, e constitucional, por não corresponder a um inimigo do processo decisório representativo, ou um organismo a ser combatido, e ao mesmo tempo, por não ter o papel de subverter a lógica pluralista, mas incentivá-la.

Quanto ao respeito, deve-se à compreensão de que precisam os demais Poderes, e a Sociedade Civil, abster-se de ações as quais, ainda que atendam à literalidade da lei, imponham qualquer forma de abuso que afete o equilíbrio de seu funcionamento, no tocante às *premissas primeira e segunda do teste exposto, ou seja, quanto ao seu livre funcionamento e sua independência.*<sup>220</sup>

## **4.2 Os Obstáculos oponíveis às Corte e às suas decisões**

Traçaremos, assim, em seguida, uma análise sobre significativa parcela daqueles mecanismos ou posturas que são usados contra as Cortes, na medida em que se pretenda limitar a atuação destas, forçando-as a participarem do diálogo institucional, a mudarem de postura, a assumirem a defesa de certo direito ou grupo, bem como, em hipóteses mais drásticas - e que já se afastam do diálogo democrático para ingressar na esfera da submissão política - aqueles expedientes utilizados para subverter decisões ou mesmo isolar o funcionamento das Cortes, indóceis às forças políticas em controle.

Aliado ao estudo de cada um, que será objetivo para não se tornar maçante ao leitor, serão destacados casos da experiência estrangeira e nacional, e será avaliada criticamente a legitimidade ou ilegitimidade de sua utilização, a partir do papel de cada sujeito, órgão ou manifestação, dentro do Estado Constitucional, e à luz do teste já exposto.

### **4.2.1 A Crítica Pública**

---

<sup>220</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 77; GINSBURG, 2018, p. 9.

Não foram poucas as críticas públicas, especialmente sulistas, sofridas pela Corte Suprema Estadunidense, após a prolação de *Brown v. Board of Education*. A polêmica seguinte, apesar de proveniente do julgamento de um caso com menor notoriedade, pela mesma Corte Warren - epíteto atribuído, como de costume, em razão de seu *Chief Justice*, Earl Warren - pelo seu menor âmbito temporal, é capaz de exemplificar, com mais precisão, o desenrolar da circunstância em exame.

Enquanto ainda acesa a polêmica dessegregacionista, a Suprema Corte Estadunidense se viu diante de novo dilema moral. A *New York Board of Regents*, comissão responsável pela supervisão de todo o sistema educacional no Estado de Nova Iorque, adota o que ficou conhecido como *The Regent's Prayer*, a determinação de que no começo de cada dia letivo, os alunos deveriam se reunir, e com as mãos unidas, palma com palma, e cabeça baixa, em formato cristão, entoariam uma oração, não-sectária, redigida em 22 palavras: “Almighty God, we acknowledge our dependence upon Thee, and we beg Thy blessing upon us, our parents, our teachers and our Country”.<sup>221</sup>

Steven Egel, um judeu, visitou seu filho em uma escola em *Hyde Park*, no outono de 1958, se chateou com a situação e, consternado, disse a seu filho que “[...] aquela não é a forma como oramos”<sup>222</sup>. Engel e quatro outros pais de alunos, um judeu, um ateu, um unitarianista e um protestante, foram à Justiça em busca de impedir o ritual diário. Uma Corte estadual permitiu a continuidade, desde que fosse consentido aos alunos permanecerem calados ou se ausentarem da sala neste momento. Em 1963, a Suprema Corte ouviu o caso, e reverteu a decisão estadual, proibindo a oração escolar, que ofenderia *o muro de separação* existente entre Estado e religião, o relator é o *Justice* Black. Para ele, que expressou a opinião da Corte: “Não faz parte dos interesses do governo compor orações oficiais para qualquer grupo de americanos recitar como parte de um programa religioso levado a cabo pelo governo”<sup>223</sup>. Houve dissenso, do *Justice* Potter Stewart, que afirmara, em seu voto, “[...] não perceber como uma ‘religião oficial’ estaria sendo estabelecida por se permitir àqueles que quisessem, orar”<sup>224</sup>.

<sup>221</sup> “Deus, todo poderoso, nós reconhecemos nossa dependência Sua, e imploramos por Sua benção sobre nós, nossos pais, professores e nosso País.” (PFEFFER, L. The New York Regents' Prayer Case (*Engel V. Vitale*). *Journal of Church and State*, v. 4, n. 2, p. 150-158, 1962. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jcs/4.2.150>. Acesso em: 3 mar. 2019); FRIEDMAN, 2009, p. 262-267).

<sup>222</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 264.

<sup>223</sup> UNITED STATES. US Supreme Court. **Engel v. Vitale**, 370 U.S. 421. Washington, DC, 1962. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/421/#tab-opinion-1943887>. Acesso em: 3 mar. 2019.

<sup>224</sup> *Ibid.*



O plano, contudo, tinha amplo apoio popular, e entre as figuras que o davam aval estavam o Reverendo da Arquidiocese Católica de Nova Iorque, e mesmo o Governador do Estado à época, Thomas Dewey. De acordo com o primeiro: “[...] irrazoável e antidemocrático seria insistir que o niilismo do descrente superasse a vontade da maioria dos pais americanos de que seus filhos reconhecessem a existência de Deus e seu dever de obedecer à sua Lei Moral”<sup>225</sup>. A decisão foi ampla e nacionalmente criticada, crítica esta que ficaria marcada pela expressão do Senador Harry F. Byrd, da Virgínia, de que “A Corte Warren não tinha ficado satisfeita em reescrever a Constituição - nítida referência ao caso *Brown* - agora pretendia reescrever a Bíblia”<sup>226</sup>.

Por diversos dias, todos os assuntos do Congresso foram colocados de lado, enquanto membros se revezavam criticando a Suprema Corte. Propostas de emenda constitucional foram elaboradas em ambas as Casas. A *Gallup Pole* conduz pesquisa de opinião que chega ao resultado de 70% de rejeição à decisão da Corte. Em Los Angeles, a juíza municipal Ida May Adams realizou sua prece diária habitual em um formato diferente, pedindo que “Deus abençoe a Suprema Corte e em Sua sabedoria que a deixe perceber seus próprios erros”<sup>227</sup>. Dentro e fora do judiciário, as críticas abundavam.

Os membros da Corte não imaginavam a grande repercussão negativa do julgamento. O próprio *Justice Black*, autor do voto, mudou sua postura habitual de não responder a críticas, e respondeu, pessoalmente, a algumas das correspondências encaminhadas para seu gabinete. *Justice Clerk* tomou um passo maior, e publicamente defendeu a Corte, afirmando que a mídia estava divulgando equivocadamente o caso, tecendo resumos que só mencionavam a oração e o fato de haver a Corte decidido pela inconstitucionalidade de professores colocarem seus pupilos para recitá-la diariamente. Earl Junior, filho do *Chief Justice Warren*, sentiu-se na necessidade de defendê-lo, afirmando, que: “Meu pai é o homem mais religioso que já conheci. E aqui, ele está sendo atacado como sendo contra Deus”<sup>228</sup>.

Surpreendentemente, à medida que o tempo passava, e mesmo decidindo a Corte, no ano seguinte, que se comandar a leitura da Bíblia e orações em escolas públicas também seria inconstitucional, os protestos cederam progressivamente. As cartas pararam de chegar à Corte. Avalia-se que um punhado de motivos justificaria tal circunstâncias. O primeiro, foi a defesa do Presidente Kennedy, logo após a decisão em *Egel*. Com sua grande

---

<sup>225</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 264.

<sup>226</sup> Ibid., p. 265.

<sup>227</sup> Ibid., p. 264.

<sup>228</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 266.

popularidade, ao invés de contestar o resultado do julgamento, e mesmo, a justiça da decisão ou a competência da Suprema Corte, afirmou, sucintamente, que “Embora muitos discordassem, havia, nesse caso, um remédio muito fácil, bastava que orassem consigo mesmos.”<sup>229</sup>, desejando, em seguida, que fosse apoiada a Constituição, e a responsabilidade da Suprema Corte em interpretá-la. Protestantes e judeus também apoiavam a decisão, da mesma forma os pluralistas e democratas.

O Congresso logo percebeu, igualmente, que a aprovação de uma emenda constitucional seria extremamente custosa, sequer havia consenso sobre o teor de uma oração não-sectária, tanto que em audiência pública, convocada, em 1964, líderes religiosos não chegaram a acordo algum. Porém, o que aponta a literatura teria finalmente silenciado a crítica: seria a constatação de que a Corte não tinha como assegurar o cumprimento das decisões em todas as escolas do país, públicas ou privadas. A atenção às suas determinações dependeria, exclusivamente, da consciência dos envolvidos. Apesar de mudanças terem acontecido em certos locais, o descumprimento permaneceu amplo e irrestrito. A decisão não convenceu, e em razão de seus próprios termos, e do objeto em discussão, não haveria sentido em criticá-la mais, afinal, a decisão havia sido tomada, contudo, o suporte público era essencial para seu cumprimento, e ele, simplesmente, não existiu.<sup>230</sup>

Como se constatou da breve análise do caso em exame, aqueles que discordam de decisões de Cortes Constitucionais ou Supremas costumam criticá-las, tais objeções podem ser provenientes do Poder Executivo, Legislativo, ou de qualquer entidade da Sociedade Civil organizada, com apoio maior, ou menor, da opinião pública. Alguns países democráticos, como a Áustria, ou a Bélgica, chegaram a adotar leis de proteção ao Poder Judiciário contra críticas. Argumenta-se, que a) o criticismo exagerado reduziria a confiança pública no Poder Judiciário; b) a proteção aos magistrado contra a crítica pública serviria de proteção, em última análise, à sua independência; c) a sociedade precisaria ser compelida a respeitar a autoridade e imparcialidade do Judiciário; d) juízes, pela natureza do seu trabalho, não poderiam defender-se com facilidade, e os controles internos do Judiciário seriam suficientes para conter posturas indevidas, dispensando a crítica pública.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> Ibid., p. 267.

<sup>230</sup> Ibid., p. 268.

<sup>231</sup> KOSAR, D. **Media and criticism of judges: road to perdition or genuine check upon the judiciary?** [S. l.: s. n.], [20--?]. Disponível em: [http://www.iusetocietas.cz/fileadmin/user\\_upload/Vitezne\\_prace/Kosar.pdf](http://www.iusetocietas.cz/fileadmin/user_upload/Vitezne_prace/Kosar.pdf). Acesso em: 4 mar. 2019.

Todavia, a literatura parece inclinar-se, hoje, no sentido do exercício legítimo da crítica, em geral, inserida no âmbito do direito fundamental à liberdade de expressão, em toda ordem jurídica democrática. Os pilares impostos contra a crítica podem ser contestados com certa facilidade. Magistrados são capazes de se defender, e comumente aparecem em programas de televisão, onde explicam suas decisões, ou respondem a críticas por meio de notas para a imprensa, quando isto não é feito por entidades de classe.

Posner, ele próprio magistrado por diversos anos, afirma que juízes em geral nem tomam conhecimento das críticas, mas que quando o fazem, podem simplesmente dispensar ao criticismo o tratamento de fruto da ignorância ou de visões políticas<sup>232</sup>. Ainda, como se observa com certa habitualidade no Brasil, juízes chegam a processar jornalistas e críticos, exigindo não somente a correção da crítica, mas indenizações por danos morais e à imagem<sup>233</sup>. Quanto ao controle externo, a crítica não se limita a infrações éticas e disciplinares, de tal forma, que também pode ter por objeto o próprio conteúdo de decisões ou votos, havendo, assim, espaço para a crítica e o debate.

Quanto à suposta necessidade de se isentar o Judiciário de críticas, em razão da intenção de forçar-se o respeito à autoridade, e à sua missão institucional, parece útil a crítica presente na decisão de *Bridges v. California*, proferido pela Suprema Corte Norte-Americana, no sentido de que:

A assunção de que o respeito pelo Judiciário pode ser ganhado pela imposição de escudos contra o criticismo na mídia, avalia erroneamente o caráter da opinião pública americana. Um silêncio forçado, conquanto limitado, apenas em nome da preservação da dignidade do banco, provavelmente engendraria ressentimento, suspeitas e menoscabo, muito mais do que aumentaria o respeito.<sup>234</sup>

Apesar do respeito à independência do Judiciário, parece não ser a crítica um receio justificável. Pode ela iniciar a formação de opinião pública sobre alguma necessidade de mudança, até na formação de juízes e na estrutura ou no procedimento deliberativo de Cortes, contudo, não há fáceis exemplos, em países ditos democráticos, de juízes sendo punidos em razão de meras críticas direcionadas às suas pessoas, exceto quando tais críticas denunciam fatos mais graves, como corrupção e comportamentos

<sup>232</sup> POSNER, 2008, p. 39.

<sup>233</sup> O próprio Ministro Gilmar Mendes já processou diversas vezes revistas e jornalistas, tendo sido bastante exitoso: Cf. QUEIROGA, L. Monica Iozzi paga R\$ 30 mil de indenização a Gilmar Mendes. **O Globo**, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/monica-iozzi-paga-30-mil-de-indenizacao-gilmar-mendes-21374952>. Acesso em: 4 mar. 2019.; OFENSAS a Gilmar Mendes custam mais de R\$ 500 mil à Carta Capital. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/ofensas-gilmar-mendes-custam-500-mil-carta-capital>. Acesso em: 4 mar. 2019.

<sup>234</sup> UNITED STATES. US Supreme Court. **Bridges v. California**, 314 U.S. 252. Washington, DC, 1941. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/314/252/>. Acesso em: 4 mar. 2019.

negligentes ou incompatíveis com o exercício da magistratura. Excessos, como já se viu, podem ser, inclusive, objeto de ações judiciais reparatórias. Não parece razoável, assim, censurar as digressões contrárias, qualquer que seja o seu nascedouro. Esta aceitação à crítica parece crescer à medida que se reconhece no órgão judiciário, ou seja, na Corte específica, maior propensão a decisões políticas, o que normalmente se aplica a Cortes Constitucionais ou Supremas:

Este trabalho demonstra, que o criticismo a juízes está vivo. Até sugere que a tendência geral, tanto na Europa, quanto nos Estados Unidos da América, está na moda. Contudo, não é um fenômeno novo. Ao menos nos EUA, o criticismo ao Judiciário tem regularmente oscilado entre períodos de baixa e de alta. A experiência europeia (especialmente na Europa pós-comunista) é diferente, mas a situação em ambos os lados do Atlântico parece haver convergido recentemente. Contudo, uma coisa é clara. Parece altamente improvável que a crítica diminuirá em um futuro próximo, e é um “subproduto” inevitável do poder crescente das cortes.<sup>235</sup>

Definido o espaço constitucional da crítica, nas limitações deste trabalho, o importante, agora, é avaliar o resultado do processo crítico, maior ou menor, sobre a própria decisão e o trabalho da Corte. É inegável, primeiramente, que uma decisão amplamente criticada poderá sofrer, via de consequência, outros ataques, os quais visem revertê-la, seja forçando a Corte a modificar sua decisão, seja por outros meios que ainda serão discutidos. Discute-se aqui, neste momento, apenas a consequência da crítica pura.

A maior, como já se antecipou, parece ser a dificuldade quanto ao cumprimento decisório, uma vez que, carecendo de convencimento e aceitação, naturalmente aqueles que estejam sujeitos à obrigação criada ou declarada, estarão mais insuscetíveis a obedecê-la espontaneamente. Pessoas tendem a ser profundamente influenciadas pelas opiniões correntes em suas comunidades, e demais grupos sociais, e o sentimento de injustiça ou de abuso decisório, ainda mais quando referente a um tema sensível, como a crença religiosa, certamente influenciará o cumprimento. Ademais, Cortes Constitucionais muito frequentemente não dispõem, em seus julgamentos, de um texto escrito, explícito, no qual fundamentar sua decisão, quando muito há graves divergências interpretativas ou semânticas, e análises sistemáticas ou de interpretação construtiva, tudo isso agrava a dificuldade da compreensão pública, e enseja divergências.<sup>236</sup>

<sup>235</sup> KOSAR, [20--?], p. 28.

<sup>236</sup> Cass Sunstein e Richard H. Thaler - este último é economista e recente vencedor do prêmio Nobel em razão de suas descobertas sobre o campo novo e promissor da Economia, denominado de *Behavioral Economics*, ou Economia Comportamental - têm discutido as influências sobre o discurso e as opiniões individuais, gerados pela interação social, em várias obras: “In this chapter, we try to understand how and why social influences work. An understanding of those influences is important in our context for two reasons. First, most people learn from others. This is usually good, of course. Learning from others is how individuals and societies develop. But many of our biggest misconceptions also come from others. When

A crítica, por si só, por parte dos Poderes Constituídos, por exemplo, pode ser uma tentativa de influenciar a opinião pública, e compelir a Corte, constrangida pela grande rejeição à decisão e pela crítica forte ao seu trabalho e ao resultado dele, em modificá-la, alterando o julgamento. Servirá, ainda, para demonstrar a inexistência de apoio ao cumprimento da decisão, ou predisposição a dificultar sua execução. A imagem da Corte poderá ser bastante abalada pelo formato das críticas, e a depender da sua origem. Personagens com grande reputação na sociedade, que emitam críticas contundentes, tenderão a fortalecer a imagem da Corte como autora de decisão equivocada, ruim, ou meramente política. Esse apoio público a reações contrárias ao entendimento firmado pela Corte servirá, frequentemente, de combustível para outras ações e resistência pública em todos os sentidos.<sup>237</sup>

No tocante ao *teste* de legitimidade proposto ao início, ainda que a crítica possa abrir ensanchas para outras reações, não tem ela o condão, por si só, de subverter o funcionamento e a independência da Corte. Mesmo que, eventualmente, possa, o colegiado, ceder à crítica, como aparentemente na Era *Lochner*, o combustível serão constantes ameaças, a possível e iminente implementação de mudanças que alterem o funcionamento ou a independência da Corte, e não meras críticas. Estas poderão ser rebatidas, ou não, poderão servir ao debate público, suscitarão novas ideias, permitirão que a Corte entre em sintonia com a opinião pública ou dos Poderes, e, eventualmente, poderão incitar mudanças. Logo, parecem atender, assim, ao ideal de legitimidade proposto.

#### 4.2.2 Desobediência ou não implementação de decisões

Grande parte dos julgamentos proferidos por Cortes Suprema ou Constitucionais, em especial aqueles proferidos contra o Executivo ou o Legislativo, dependem de providências de tais Poderes, a exemplo de *Eduardo Wasser v. Ministers of Defense*. A decisão pode determinar o pagamento de certa quantia, a liberação de prisioneiros, a divulgação de dados, a cessação de determinada atividade, ou mesmo a realização de obra relativa à construção ou demolição. Falhas no cumprimento podem acontecer, de forma deliberada ou não. A verdade é que quanto maior o ônus relativo ao cumprimento da

---

social influences have caused people to have false or biased beliefs, then some nudging may help. The second reason why this topic is important for our purposes is that one of the most effective ways to nudge (for good or evil) is via social influence.” (THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. **Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness.** New Haven: Yale University Press, 2008. p. 54). Cf. SUNSTEIN, C.; HASTIE, R. **Wiser: getting beyond groupthink to make groups smarter.** Cambridge: Harvard business review press, 2015.

<sup>237</sup> DOTHAN, 2014, p. 75.

decisão, maior será a avaliação do ente público, ou privado, sobre as consequências de seu descumprimento, o *custo e benefício* da medida extremada de simplesmente desobedecer-se a ordem judicial.

Se a Corte, neste momento, avaliar errada a possibilidade de descumprimento, poderá ser vítima de tal atitude, e possivelmente, quando do advento de novo julgamento que imponha ônus semelhante, será obrigada a repensar sua decisão, e, mesmo, como em *Eduardo*, poderá ser forçada - pela ausência de outros recursos para forçar o cumprimento - a mudar, ainda que de forma não explícita, sua decisão. Deixará, para os observadores, a mensagem de que a teoria - ou, nesse caso, a decisão - nem sempre é acompanhada por resultados práticos, e, pior ainda, que o Executivo, ou o Legislativo, possam se opor apenas cruzando os braços e negando cumprimento. Transmitirão, assim, a mensagem de que a Corte prolatara decisão tão ruim, em termos pragmáticos, que não fora exequível. De toda forma a imagem, a reputação e o papel da Corte restarão abalados diante de todos.<sup>238</sup>

A situação não é exclusiva de Israel, não é nova, e é extremamente grave, impondo às Cortes a necessidade de avaliar cuidadosamente o risco de descumprimento, sempre que uma decisão é prolatada. Há uma tendência forte das Cortes de negarem ao máximo o descumprimento, e buscarem alternativas. Isto se dá, em razão da tentativa de se impedir um confronto mais aberto com outros Poderes, o que poderá abalar mais ainda a imagem, e a reputação da Corte. A Corte Suprema de Israel, apesar de ter se defrontado, nos últimos anos, com diversas situações de descumprimento, nunca declarou expressamente o fato, preferindo optar pela redução do âmbito da decisão, ou, simplesmente, em aceitar seu descumprimento parcial ou total naquele momento.<sup>239</sup>

A Corte norte-americana passou por situação semelhante em vários momentos de sua história, em *Worcester v. Georgia*<sup>240</sup>, caso de 1812, *Chief Judge* Marshall determinou a soltura de Worcester, condenado e preso pela Corte Estadual da Georgia, por residir em terra indígena sem licença. O Estado simplesmente ignorou a ordem. O Presidente Andrew Jackson, por sua vez, afirmou que “John Marshall decidiu, agora deixe que ele cumpra a decisão”. A Corte poderia reportar ao Presidente oficialmente o descumprimento, bem

---

<sup>238</sup> DOTHAN, 2014, p. 74-75. Essa parece ser certamente a conclusão mais correta, em que pense ser possível cogitar-se, em tese, de situação na qual uma decisão, apesar de descumprida, reflita tão bem a compreensão pública sobre certa norma constitucional, que reforce a imagem da Corte em contraposição à imagem de um outro sujeito que haja descumprido. A situação redundaria, certamente, na redução da reputação do outro órgão ou Poder Público, de modo a elevar a da Corte, ainda que existente o descumprimento. É exceção que não infirma a noção acima delineada.

<sup>239</sup> DOTHAN, 2014, p. 76.

<sup>240</sup> UNITED STATES. US Supreme Court. **Worcester v. Georgia**, 31 U.S. 515. Washington, DC, 1832. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/31/515/>. Acesso em: 5 mar. 2019.

como solicitar o envio de forças federais, mas diante da postura do Presidente, e do Estado, preferiu não o fazer, minimizando o atrito com o Poder Executivo.<sup>241</sup>

Há ainda decisões cuja implementação depende da edição de complexo ato político, como lembra Rodrigo Brandão, no tocante ao julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 401.953/RJ/2015, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, quando a Corte julgou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que regulamentava o repasse do ICMS aos Municípios, nos termos do art. 158º, II, da CF/88. O seu cumprimento dependeria de lei estadual que viesse

[...] a normatizar o recálculo e a transferência ao recorrente (Município do Rio de Janeiro) dos créditos pertinentes aos períodos passados, devendo prever, ainda, compensação e parcelamento em condições tais que não impliquem o aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios.<sup>242</sup>

Não é difícil perceber-se a necessidade de enorme vontade política para o cumprimento de uma decisão desse teor, uma vez que a aprovação da lei, além de seu procedimento particular, depende de várias negociações, já que visível o impacto financeiro sobre o Rio de Janeiro e outros municípios. Nessa hipótese, é grave o risco de manutenção do descumprimento por longos anos, e a Corte praticamente nada poderá fazer.

Em momentos recentes o próprio STF já percebeu, da pior forma possível - com o advento do descumprimento frontal - que decidir monocraticamente, e em especial, quando se pretende que a decisão atinja o âmago de outro Poder, como seu Presidente, ou a Mesa Diretora de uma das Casas do Congresso Nacional, pode ser extremamente arriscado, no sentido de que haverá grandes chances de que a decisão seja desatendida. Na ADPF nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, o Ministro Marco Aurélio de Mello, em decisão monocrática, determinou o afastamento do Presidente do Senado à época, Senador Renan Calheiros. O argumento era de que Senador não poderia ocupar a função, na linha de sucessão da Presidência da República, uma vez que respondia a processos criminais junto àquela Corte. A Mesa do Senado recebeu a comunicação do STF, e afirmou que estaria assegurando o cumprimento da Constituição, dando ao Senador tempo para se defender, antes de decidir sobre seu afastamento:

A decisão do ministro foi monocrática, impacta gravemente no funcionamento das atividades legislativas no esforço para contornar a crise econômica; que esta decisão

<sup>241</sup> DOTHAN, op. cit., p. 76.

<sup>242</sup> BRANDÃO, 2017, p. 294. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Recurso Extraordinário nº 401.953 Rio de Janeiro, de 9 de janeiro de 2015**. Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=292594958&ext=.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

ainda aguarda confirmação do plenário do Supremo; que a Constituição assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa. E à observância da independência e à harmonia entre os poderes e ao direito dos parlamentares de escolherem seus dirigentes. A mesa então decide que: Artigo primeiro - Vai aguardar a deliberação final do Supremo; e artigo segundo - vai conceder ao presidente do Senado tempo para apresentação de defesa a fim de viabilizar deliberação da mesa sobre providências necessárias ao cumprimento da decisão monocrática em referência.<sup>243</sup>

O próprio Senador reiterou à mídia que não tinha qualquer interesse em descumprir a decisão do STF, mas que havia uma decisão da Mesa, que precisaria ser cumprida, em atenção à separação de Poderes, ou seja, como já afirmado, o descumprimento quase nunca é explicitado, apesar de flagrante o obstáculo criado:

Há uma decisão da mesa diretora do Senado que precisa ser observada, tomando como norte a separação e a independência dos poderes. Eu acho que a nove dias com uma pauta pré-definida, aprovada pelos líderes, afastar por decisão monocrática o presidente do Senado federal, nenhuma democracia sinceramente merece isso<sup>244</sup>

A pressão política foi tamanha, para que o STF julgasse a questão de forma colegiada, que logo em seguida a matéria entrou em pauta, e a decisão foi revista pelo Pleno, mantendo-se, assim, o Senador em seu cargo de Presidente da Casa.

Parece inegável que o descumprimento transmite uma noção de erosão do sistema judicial, de que as ferramentas disponíveis ao Poder Judiciário não estão sendo eficientes. Verificaremos mais adiante que a Corte dispõe, também, de mecanismos e estratégias facilitadoras, que potencializarão o cumprimento de suas decisões, e a preservação de sua reputação. O descumprimento, puro e simples, é afronta à atuação legítima do Poder Judiciário. A Mesa do Senado, em uma visão politicamente mais ingênua do caso em exame, deveria ter providenciado o cumprimento da decisão, para somente então aguardar a decisão do Pleno do STF.<sup>245</sup>

Porém, o mundo judicial nem sempre é tão simplório. O afastamento do Senador da Presidência poderia redundar em seu enfraquecimento político, e isto repercutiria, possivelmente, na própria formação da pauta do STF, o qual não tem data para julgar um recurso, como o Agravo Interno. Ao fim, percebe-se que o Senador se utilizou dos mecanismos de que dispunha para fazer prevalecer sua posição. Ilegítimos? Sob uma perspectiva constitucional, sim, a Corte Suprema deveria ter sido atendida, a Mesa Diretora não tem competência para postergar o cumprimento de decisão judicial, e sua atitude foi

<sup>243</sup> SENADO decide não aceitar liminar do STF e mantém Renan na presidência. G1, [S. l.], 2016. Reportagem veiculada no Jornal Nacional. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/12/senado-decide-nao-aceitar-liminar-do-stf-e-mantem-renan-na-presidencia.html>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>244</sup> Ibid.

<sup>245</sup> BRANDÃO, 2017, p. 296.



inconstitucional, por ofensa a um postulado básico do Estado de Direito: a separação de Poderes, e a última palavra - ainda que sempre possivelmente provisória em uma perspectiva dialógica - é da Suprema Corte, mesmo que por intermédio de decisão monocrática.

O descumprimento subverte assim a própria autoridade da Corte Suprema, retira sua condição de participante ativa no processo de formação do sentido da norma constitucional. Não nega acesso à Corte, permite seu funcionamento, porém, meramente fictício, pois não atende ao resultado de seu processo deliberativo, negando validade ao seu comando. Negar atenção e obediência, portanto, equivalem ao comportamento de desrespeitar seu papel e ignorar sua função, comprometendo a sua finalidade constitucional, de forma absolutamente ilegítima, por mecanismos de força, não disponibilização ou priorização de recursos, ou mera insubmissão.

#### 4.2.3 Mudanças constitucionais e legais quanto à composição da Corte, e a indicação de Ministros

A ameaça de mudança da composição da Corte Suprema, objetivando influenciar seus julgamentos, é medida já utilizada em diversos momentos históricos. A tentativa mais frustrada talvez tenha sido a já narrada iniciativa de Franklin Delano Roosevelt, às voltas com uma Corte avessa às medidas econômicas do *New Deal* e relutante em aceitar a necessidade de se combater, com a intromissão na área econômica e social, a grande depressão, iniciada no final dos anos 20, e que se alongaria até a 2ª Guerra Mundial. A ameaça do *court-packing plan* terminaria, de toda forma, contribuindo fortemente para a mudança na orientação jurisprudencial da Era *Lochner*, admitindo-se, em seguida, as medidas interventivas e sociais.<sup>246</sup>

Não foi este, contudo, o único momento histórico quando houve mudanças na composição estadunidense. Como a Constituição não define quantos serão os *Justices*, o Congresso inicialmente estabeleceu o número de seis, todavia, o crescimento do país, e a criação de novos Circuitos Federais, fomentaram o aumento da composição para 7 *Justices* em 1807. O *Judiciary Act of 1837* criou mais dois Circuitos Federais, e duas novas vagas para *Justices*. A equivalência se deve ao fato de que à época estes ocupavam dupla função, atuando também como *Federal Circuit Judges*, juizes federais, razão pela qual, no início do século XIX, passavam a maior parte do tempo viajando pelo país, precariamente, distante da capital. A composição permaneceu em 9 por duas décadas e meia.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Remete-se o leitor ao Cap.1.

<sup>247</sup> BURNS, 2009, p. 66-70.

Após o rompimento da Guerra Civil, faleceu em 1860 o *Justice* Virginian Peter Daniel, um dos maiores defensores da mentalidade escravagista simbolizada por *Dred Scott* - o famoso caso, ainda não superado naquele momento histórico, quando a Suprema Corte negou a condição de litigante a um negro que almejava a suplantação da condição de escravo, e reconheceu a inconstitucionalidade (primeiro caso após *Marbury v. Madison*) do *Missouri Compromise*, legislação federal que regulava a escravidão nos Estados-membros, sob o argumento de que a União não teria poderes constitucionais para fazê-lo.

Aguardava julgamento pela Suprema Corte, ainda, o caso *Merryman*, julgado em Circuito Federal, com relatoria do *Chief Justice* Taney, defensor da doutrina escravagista e opositor de Lincoln, e que pregava a inconstitucionalidade da suspensão do *Habeas Corpus Act* - medida tomada por Lincoln em meio à Guerra Civil, de modo a se fortalecer - e afrontava, de morte, as liberdades e poderes presidenciais advogados por Lincoln e pelo Congresso Nacional, em razão da situação de guerra civil. Ambas as questões eram vitais para o sucesso no norte e da campanha presidencial e republicana.

Em abril de 1861, *Justice* McLean faleceu, e John Campbell abandonou a Corte, para se tornar um Confederado, apoiando o movimento sulista. Sendo assim, três das nove cadeiras estavam vazias. Lincoln só faria as primeiras indicações um ano e meio após a morte de McLean. A razão era simples: o Congresso, de maioria republicana, precisava de tempo para reorganizar os Circuitos Federais, e permitir a indicação de juristas do norte, de modo a fortalecer as teses que auxiliariam o sucesso presidencial. Taney, já adoentado, e com mais de oitenta anos, ainda era o *Chief Justice*, o que merecia, de igual modo, paciência. Chegou-se a cogitar, no Congresso, a substituição total da Suprema Corte, medida reputada como anarquista pela maioria, e que acabou suplantada. Da mesma forma, houve propostas de proibição da *judicial review*, mas os republicanos não queriam acabar com este poder, queriam-no em suas mãos.<sup>248</sup>

Lincoln então nomeou três correligionários para a Corte, aproveitando-se das vagas abertas, e da reorganização dos circuitos aprovada pelo Congresso. Com essas indicações, e mudanças de posição na Corte, formou-se uma nova maioria, permitindo a Lincoln ter o apoio de que precisaria para continuar sua expansão de poderes presidenciais necessários, de acordo com sua doutrina, para o sucesso na guerra civil. Percebe-se assim

---

<sup>248</sup> BURNS, 2009, p. 66-70; HUEBNER, T. The first Court-packing plan. *Scotu Blog*, [S. l.], 2013; OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIAS. *History of the U.S. Supreme Court*. Oxford, 2018. Disponível em: <http://oxfordre.com/americanhistory/view/10.1093/acrefore/9780199329175.001.0001/acrefore-9780199329175-e-448>. Acesso em: 12 mar. 2019; MCGINTY, B. *Lincoln and the court*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 92.

que o controle sobre as indicações fora vital para a manutenção das vitórias do norte e o primado de Lincoln sobre a Guerra Civil. Houvesse ele sido vencido, com a restrição a seus poderes presidenciais<sup>249</sup>, não se tem certeza sobre qual seria o futuro do seu governo e seu legado no conflito norte-americano.<sup>250</sup>

Recentemente, por sua vez, a Hungria, cuja Constituição é sintética ao tratar da composição de sua Corte Constitucional, deixando os detalhes mais importantes para lei específica, passou por grave situação de *court-packing*, engendrada pelo Poder Executivo. Logo após a ascensão ao poder da coalização do partido conservador *Fidesz* com o Partido Cristão Democrático Popular, o antigo processo de nomeação - onde a Assembleia Nacional escolheria os juízes por dois terços de votos - foi substituído, por outro que não garantia à oposição qualquer poder de veto, uma vez que a maioria parlamentar simples passaria agora a nomear os juízes e seu Presidente, sem a necessidade de qualquer consenso.<sup>251</sup>

Até tais mudanças posteriores às eleições de 2010 ocorrerem, a Corte era considerada organismo fundamental para a efetivação dos *checks and balances* próprios de uma democracia constitucional:

[...] A Corte Constitucional é a instituição mais importante para a manutenção do equilíbrio constitucional de poderes. Em razão do estabelecimento de uma legislatura unicameral, o sistema constitucional não possui uma casa alta restritiva da atuação legislativa. Como a Hungria é um país unitário, não é possível o exercício da limitação vertical de poderes de países federados. O país adota um sistema parlamentar no qual os poderes executivo e legislativo são interligados, e o presidente tem competências muito limitadas, mesmo levando-se em conta seus poderes de veto. Logo, os freios e contrapesos ao parlamento são os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e a Corte Constitucional que interpreta e garante tais direitos.<sup>252</sup>

Foram também aumentados os assentos na Corte, de 11 para 15, de tal forma, que a coalização de direita fosse capaz de nomear 9 membros, aumentando, ainda, seu mandato, de 9 para 12 anos. As mudanças promoveram grande reviravolta na Corte, que após ser considerada um dos poucos órgãos com verdadeiro poder de veto dentro do

<sup>249</sup> Não se está aqui a negar que as posturas de Lincoln não possam ser questionadas sob a perspectiva constitucional estadunidense da época. Contudo, apesar das controvérsias, a literatura parece firme em apontá-lo como um líder, que sabedor dos desafios oriundos da Guerra Civil, soube preservar, ao máximo, o primado do Estado Constitucional, de tal forma que se tornou uma figura quase santa, imortalizada após seu trágico assassinato: “It was Lincoln’s character - his ability, judgment, courage, and humanity – hat brought the Union through the war with the Constitution intact.” (FARBER, D. A. **Lincoln’s Constitution**. Chicago: Chicago University Press, 2003. p. 200).

<sup>250</sup> BURNS, op. cit., p. 66-70.

<sup>251</sup> NUNES, D. C. Corte Constitucional da Hungria: entre o passado e o futuro. In BRANDO, R. (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 699-700.

<sup>252</sup> KOVÁCS, K.; TÓTH, G. A. Hungary’s Constitutional Transformation. **European Constitutional Law Review**, [S. l.], v. 7, p. 183-203, 2011. p. 185.

sistema político húngaro, passou a produtora escassa de decisões contrárias ao governo. A Corte fora assim, aparentemente preenchida com partidários do governo, de forma a minimizar qualquer possibilidade de interferência nas mudanças políticas pretendidas. O declínio de suas posturas protagonizadas de embates com o Poder Executivo foi patente e inevitável, e as indicações serviram de potente e inarredável meio de controle e supressão de sua autonomia.<sup>253</sup>

No Brasil há episódio semelhante. Após o golpe de 1964 assumiu o Presidente Castelo Branco, o qual, conta a história, teria sido, inicialmente, exemplo de homem público que soubera proteger a autoridade do Supremo Tribunal Federal. A maré rapidamente mudaria, contudo, ao iniciar o STF o julgamento de casos envolvendo militares e violações a direitos humanos. Pode-se citar o julgamento de *habeas corpus* em favor do professor universitário Sérgio Cidade de Rezende, que abordava o tema da liberdade de expressão, e os casos dos governadores Plínio Coelho, Mauro Borges e Miguel Arraes, todos *habeas corpus* deferidos contra o regime militar. Foram tantas as represálias, que o então Presidente da Corte, Ministro Ribeiro da Costa, teria ameaçado fechar o tribunal e entregar as chaves do prédio na portaria do Palácio do Planalto.<sup>254</sup>

O pior resultado viria, todavia, com o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, o qual aumentava o número de ministros para dezesseis, e ainda, com a extinção das vagas dos ministros supostamente opositores: Evandro Cavalcanti Lins e Silva, Hermes Lima, Victor Nunes Leal, Antonio Gonçalves de Oliveira e Antonio Carlos Lafayette de Andrada. O Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, reduziria novamente o número de ministros para onze. As medidas autoritárias objetivavam a mudança do perfil decisório da Corte, e fomentaram, realmente, a postura extremamente cautelosa em embates com o Poder Executivo, que perduraria por toda a década de 70 e 80, até o início da década de 90, como já afirmado anteriormente.<sup>255</sup>

Se toda Constituição prevê a forma de nomeação de juízes para a Corte Suprema ou Constitucional, delegando-a ao Poder Executivo ou ao Legislativo, isoladamente ou em conjunto, isto não se dá sem razão de ser. O mecanismo busca equilíbrio político nas indicações, de modo a permitir um esforço conjunto na seleção, aprovação e nomeação. No Brasil, aponta-se, que ao contrário dos Estados Unidos, as rejeições a candidatos selecionados pelo Presidente da República são escassas, nenhuma após 1988, o que implica

---

<sup>253</sup> Ibid., p. 185.

<sup>254</sup> KAUFMANN, R. de O. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011. p. 160-162.

<sup>255</sup> KAUFMANN, 2011, p. 161.

em dizer, que é, ao final, uma prerrogativa forte do Presidente da República, raramente contestada.<sup>256</sup>

Enquanto seja verdade que o processo de nomeação contribui para um certo realinhamento da Corte em relação às visões principais do governo e do Congresso, este alinhamento precisa ser visto *cum grano salis*, uma vez que há outros fatores envolvidos, como a autonomia do candidato selecionado, seu longo prazo na Corte - o que o torna mais longo no poder que o Presidente que o selecionou - sua independência intelectual, o fato de que muitas questões que aparecem posteriormente para julgamento não são abordadas quando do processo de seleção, etc.<sup>257</sup>

Essas constatações, porém, não significam dizer que possa, legitimamente, o Congresso ou o Executivo, alterar a composição da Corte - ainda que por emenda constitucional - ou nomear sujeito sem os predicados necessários à função (notável saber jurídico, reputação ilibada, idade mínima), apenas por interesse político. A medida seria extrema, e apesar de difícil sua comprovação no mundo probatório, ilegítima, servindo, tão somente, para forçar a Corte a decidir em conformidade, não com a Constituição, ou com a interpretação que achar mais adequada do texto constitucional, mas em atenção aos intentos do Executivo.

Tal providência constrangeria o debate, abalaria a independência, e subverteria a razão de ser do órgão, não atendendo, assim, ao critério proposto de legitimidade, razão pela qual, em todas as hipóteses, parece desarrazoada sob a perspectiva democrática. Não se pretende afirmar, que a mudança por meio de emenda não possa ser utilizada, não havendo limitação material ao poder de reforma, poderá. Porém, a mudança legítima pretenderá implementar modelo ainda mais consentâneo com a ideologia democrática, e nunca, o oposto, com a subordinação da Corte ao Poder Executivo.

---

<sup>256</sup> No Brasil, o Senado já rejeitou, em toda a história republicana, cinco indicações para o Supremo Tribunal Federal. Todos os nomes foram recusados durante um único governo, o do general Floriano Peixoto, segundo presidente do Brasil. Para comparação, nos Estados Unidos, o Senado já rejeitou 25 candidatos (37 se contadas aquelas indicações que foram retiradas pelo Executivo após pressão política e grave risco de rejeição), tendo sido o último o professor da Universidade de Yale, Robert Bork, em 1987. Cf. MELLO, C. de. **Notas sobre o Supremo Tribunal**. Brasília, DF: STF, 2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf). Acesso em: 13 mar. 2019; UNITED STATES. Senate. **Supreme Court Nominations: present-1789**. Washington, D.C., [20--?] Disponível em: <https://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm>. Acesso em: 13 março 2019; BRANDÃO, 2017, p. 290.

<sup>257</sup> BRANDÃO, op. cit., p. 292; FRIEDMAN, B. Mediated popular constitutionalism. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, v. 101, p. 2595-2632, 2003.

#### 4.2.4 Sanções a juízes, manipulação no orçamento da Corte e na remuneração de seus membros

Como já destacado, a sanção a juízes, em especial a aposentadoria compulsória ou a extinção do cargo foram medidas tomadas repetidamente no período ditatorial brasileiro, e sempre com a mesma razão de ser, a aberta e declarada falta de empatia do governo federal com decisões tomadas pela Corte. Medidas nitidamente sancionatórias e ilegítimas, a simbolizar grave autoritarismo.

Presenciou-se também no Brasil, ainda no século XIX, na presidência de Prudente de Moraes - à imagem do que já houvera ocorrido nos Estados Unidos - a determinação de incidência de Imposto de Renda sobre a remuneração dos ministros, antes isentos. O incidente resultou em protesto formal da Corte, lido pelo Ministro Pisa e Almeida, na sessão de 18 de dezembro de 1897, e seria implementado após outros projetos do governo, que tinham a Corte como alvo, malograrem, como a criação de mais cinco substitutos de juízes; a proibição aos Ministros, de incorporação de aumentos à aposentadoria, e ainda, a retirada do cômputo do tempo de serviço para a aposentadoria, dos anos de exercício de profissões outras, como o magistério ou o exercício da magistratura em outros cargos.<sup>258</sup>

O orçamento limitado já foi, igualmente, uma séria ferramenta de submissão da Corte brasileira. Em 1971, o então presidente do STF, Eliomar Baleeiro, tendo em vista a necessidade da construção de um anexo à Corte, levou o Senador Petrônio Portela para um *tour*, onde pode este constatar, por si mesmo, os livros enfileirados no chão da biblioteca, os gabinetes apertados e a falta geral de espaço. O objetivo era sensibilizar o senador a trabalhar junto dos ministros Leitão de Abreu e Alfredo Buzaid, para a liberação de recursos federais. Quando a demanda foi atendida, Baleeiro já estava fora da Corte.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> Em que pese a possível compreensão de que a medida atenderia ao princípio da universalidade dos tributos, não era essa a compreensão à época, ao menos não aquela dos Ministros da Suprema Corte. Acreditavam, como deixaram claro naquele protesto, consagrar a Constituição exceção, as qual não teria sido observada pelo Executivo: “A lei do orçamento para o exercício vindouro, sob n. 498, de 15 do corrente e publicada no Diário Oficial de ontem, consagra, entre outras disposições a de um imposto progressivo sobre os vencimentos de todos os funcionários da União, sem atender as exceções expressas na Constituição Federal. Pelo art.57, §1º desta, os vencimentos dos juízes federais, determinados por lei, não podem ser diminuídos e esta disposição excepcional não foi reproduzida nem no art.22, quanto ao subsídio dos membros do Congresso, nem no art.46 quanto ao Presidente da República. A razão fundamental desta exceção cujas fontes se encontram no art.3º, Seção 1ª, da Constituição Argentina, foi garantir, conjuntamente com a vitaliciedade, a mais plena independência do Poder Judiciário, um dos poderes constitucionais, ao qual está confiada neste regimén a alta função política de guarda e defesa da Lei fundamental”. (RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1965. Tomo I, 1891-1898. p. 138).

<sup>259</sup> RECONDO, 2018, p. 274.

Essa necessidade de relacionamento com os demais Poderes, quando em busca de recursos financeiros, ou aprovação orçamentária, apesar de guardar relação com o próprio *design* constitucional, presente com maior independência, mas ainda existente mesmo na Constituição de 1988, tende a promover a impressão de subserviência ou troca de favores entre o STF e o Congresso ou o Executivo, abalando, em certa medida, sua imagem diante da opinião pública, que, em geral, não compreende bem essa espécie de negociação política realizada por uma Corte de justiça. Recentemente foi objeto de críticas, por essa razão, a decisão do Ministro Luiz Fux, na AO nº 1.773/2018, que revogou a liminar a qual anteriormente concedeu auxílio moradia a todos os magistrados brasileiros, em razão da concessão de reajuste pelo Presidente Michel Temer, em 14 de novembro de 2018, em um acerto entre os Poderes, que pareceu extrapolar a esfera do fundamento da decisão judicial.<sup>260</sup>

Um novo formato de sanções a Supremas Cortes, de origem internacional, parece ter surgido no século XXI, à medida que em maio de 2017, o governo norte-americano, encabeçado pelo Presidente Trump, determinou a inclusão em lista-negra do governo e o bloqueio de todos os bens que estejam nos Estados Unidos, do Presidente da Suprema Corte Venezuelana, e de mais sete outros ministros. A decisão, novidadeira, fora declaradamente tomada em apoio ao *povo venezuelano*, após a Suprema Corte dissolver o Congresso que se opunha ao governo de Nicolas Maduro, ao qual se opõe, por sua vez, frontalmente, o governo de Trump. A Corte é acusada de ser um braço forte de Maduro, sem autonomia ou independência reais.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> FUX revoga auxílio-moradia para juízes após sanção de reajuste para STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>. Acesso em: 16 mar. 2019. É impossível olvidar, aqui também, que a decisão do Min. Fux, tanto em conceder a liminar sem submetê-la ao Plenário por meses, como no próprio mérito, por ignorar limitações legais de concessão de liminar para o deferimento imediato de adicionais (nos termos do art.2º - B da Lei 9.494 de 1997: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”) fora nitidamente ilegítima, merecendo reprimendas de todas as ordens. Por fim, o próprio momento da revogação e os moldes em que se deu, com verdadeiro reconhecimento de que havia concessões recíprocas entre Judiciário e Executivo, tornaram o ato judicial ainda mais obscuro à luz da comunidade jurídica e da opinião pública em geral. Cf. Inteiro teor da decisão que revogou a liminar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1.773 – DF**. Brasília, DF, 2018. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-revoga-liminares-auxilio-moradia.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

<sup>261</sup> ZENGERLE, P.; SPERALNICK, M. US slaps sanctions on Venezuela Supreme Court judges. **ABS CBN News**, Philippines, 2017. Disponível em: <https://news.abs-cbn.com/overseas/05/18/17/us-slaps-sanctions-on-venezuela-supreme-court-judges>. Acesso em: 16 mar. 2019.; HABERMAN, M.; LONDOÑO, E. Trump Administration Is Weighing New Sanctions Against Venezuela. **The New York Times**, New York, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/07/18/world/americas/trump-administration-sanctions-venezuela.html>. Acesso em: 16 mar. 2019.

A supressão orçamentária, a imposição de sanções e a redução de remuneração são expedientes que apontam, nitidamente, para uma tentativa de censurar o trabalho das Cortes, seja não permitindo sua manutenção, seja seu crescimento, seja submetendo-as a um processo de inanição, que resultará na falência de suas atribuições constitucionais. Observou Tom Ginsburg que Cortes Internacionais, que servem aos interesses de grandes Estados, têm orçamentos maiores, ou seja: há uma estreita ligação, entre a fruição de recursos financeiros para as Cortes, e o seu apoio pelos demais Poderes, de outro lado, a restrição excessiva indica uma tendência de contenção.<sup>262</sup>

Nítida, portanto, a ilegitimidade de expedientes desta natureza, de imposição de qualquer espécie de sanção por motivos políticos ou a drenagem de recursos essenciais à sua operação e funcionamento. A própria intervenção do Presidente Trump, sob o argumento de que a Corte Venezuelana seria contrária aos ideais democráticos da oposição ao governo Maduro, tem fins que não justificam seus meios. A interferência de um Estado estrangeiro, sobre assuntos internos de um país soberano, e a constrição de patrimônio, sem o devido processo legal, parecem ferir, gravemente, os preceitos democráticos, quanto à não interferência estrangeira sobre países soberanos e seus cidadãos, e cria sanção internacional irrecorrível, que pune não o governo Maduro, mas certos indivíduos, ainda que ministros de uma Corte supostamente cooptada.

#### 4.2.5 Superação legislativa

Quando do julgamento da ADI nº 2797-DF, de 28 de fevereiro de 2013, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, debruçou-se o STF sobre questão fundamental à discussão da superação legislativa. Após o cancelamento da Súmula 394º daquela Corte, passou-se a entender que o foro privilegiado por prerrogativa de função cessaria, caso findasse o exercício funcional, com a baixa dos autos para a instância ordinária. O Congresso, então, aprovou novo adendo ao Código de Processo Penal, reafirmando a disposição da súmula, com a persistência do foro privilegiado mesmo quando da cessação da investidura. A discussão, então, focaria na possibilidade de lei ordinária fixar interpretação de dispositivo constitucional diferente daquela estabelecida pela Suprema Corte, ou seja, “[...] se lei

---

<sup>262</sup> GINSBURG, T. Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking, 45, **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 45, n. 3, p. 631-673, 2005. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2436&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2436&context=journal_articles). Acesso em: 17 mar. 2019.



ordinária é instrumento apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada diretamente e exclusivamente na interpretação da Constituição da República”.<sup>263</sup>

A resposta do relator, Ministro Pertence, fora negativa. Entendeu ele, e a maioria da Corte, que apesar de não estar vinculado o Poder legislativo às decisões do Supremo, mesmo no controle abstrato, seria inconstitucional no sentido formal. O Ministro Eros Grau entendeu de forma semelhante, divergindo quando à inexistência de vício formal. Afirmou que o Congresso não estaria vinculado à decisão do STF, mas que a última palavra, quanto à constitucionalidade seria deste, gerando, assim, de toda forma, inconstitucionalidade do ato normativo. Defendeu o Ministro que, embora possa o Congresso, por lei, mudar a interpretação dada pela Corte, não poderá fazê-lo, sendo a última palavra desta, quando

[...] esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.<sup>264</sup>

Ministro Gilmar Mendes divergiu, em posição que, apesar de fundamentada em ampla literatura alemã, não fora sufragada pela Corte naquele momento. Entendeu ele, que a interpretação constitucional está aberta aos diversos atores sociais, em especial ao legislador, que disporia de maior liberdade de conformação. De tal forma, se o Congresso instituisse nova interpretação, não se deveria presumir sua inconstitucionalidade, pois o diálogo deveria continuar, possivelmente com a reanálise da questão pela Corte:

É um acicate que o legislador coloca e a Corte aceita ou não. Certamente vamos encontrar vários exemplos em sede de atuação do Poder Legislativo, mas seria repudiável, de imediato, a ideia da inconstitucionalidade formal. Se houvesse inconstitucionalidade, seria material.<sup>265</sup>

Todavia, percebe-se que a jurisprudência do STF evoluiu, uma vez que na ADI nº 3772-DF, de 29 de outubro de 2008<sup>266</sup>, a Corte aplicou interpretação conforme e manteve a

<sup>263</sup> Na interpretação da Corte até então, a legislação ordinária estaria prolongando a regra de foro especial por prerrogativa de função em relação a quem já não fosse mais titular da função pública que o determinava, logo, em contrariedade à interpretação do que seria a norma constitucional. A interpretação direta e exclusiva da Constituição impediria, assim, a validade da lei impugnada. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-2-DF, 15 de setembro de 2005**. Brasília, DF, 2005. Relator. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 17 mar. 2019. p. 282 do voto do relator.

<sup>264</sup> Ibid., p. 304.

<sup>265</sup> BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-2-DF, 15 de setembro de 2005, 2005, p. 364-365.

<sup>266</sup> Lei federal permitiria, neste caso, que regime especial de aposentadoria - e não de foro - fosse estendido a professores e especialistas em educação. A posição que reconhecia a inconstitucionalidade afirmava que a legislação estava a contrariar a Constituição, na medida que esta não trazia tal equiparação e estava sendo contrariada em sua regulação da matéria, mais precisamente nos arts.40, §5º e 201, §8º. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772 Distrito Federal, de 29de**

validade da Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, que modifica a compreensão edificada na Súmula nº 726, de 10 de dezembro de 2003, ao afirmar esta que o tempo de serviço fora de sala de aula não seria computado para o fim de aposentadoria especial de professor. Houve assim, *overruling* do entendimento firmado na ADI nº 2797-DF/2013, com a prevalência, agora, do entendimento do Min. Gilmar Mendes, o diálogo continuou para afirmar-se posição contrária à anterior. A posição foi finalmente aceita, sem ressalvas, e expressamente, no julgamento da ADI nº 5105-DF, de 1º de outubro de 2015, Relatoria do Ministro Luiz Fux. *In Verbis*:

À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167). Em outras palavras, a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte. Assentados os standards de atuação da Corte, passo ao exame da questão de fundo.<sup>267</sup>

Como observado no precedente citado, no tocante às emendas constitucionais a questão sempre foi mais simplória. Exceto se houver ofensa a limitações materiais ao poder de reforma, ou seja, a cláusulas pétreas, admissível a superação por obra do Poder Constituinte derivado. Os casos mais representativos, seja no Brasil, seja no direito

---

**outubro de 2008.** Brasília, DF, 2008. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 Distrito Federal, de 1º de outubro de 2015.** Brasília, DF, 2015. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308937289&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

comparado, de superação legislativa, parecem ter ocorrido exatamente por meio de emendas à Constituição.<sup>268</sup>

John Hart Ely relaciona quatro hipóteses quando a promulgação de emendas constitucionais teria servido de *backlash*, mais especificamente reação legislativa a posturas da Suprema Corte daquele país. A 11ª emenda em razão de *Crisholm v. Georgia*; a 14ª emenda em razão de *Dred Scott v. Sandford*; a 16ª emenda por ocasião de *Pollak v. Farmers's Loan e Trust Co*, e por fim, a 26ª emenda superou *Oregon v. Mitchell*. A situação naquele país é um pouco mais delicada, podendo a reação, em razão das competências estaduais mais amplas para legislar sobre diversas matérias, cíveis e penais, permitirem reações legislativas vindas dos Estados-membros.<sup>269</sup>

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017 pareceu esclarecer com precisão a noção de reviravolta legislativa. Logo após o STF considerar inconstitucional legislação que regulamentava a prática do esporte da vaquejada, em razão do suposto tratamento degradante aos animais, na ADI nº 4983-CE, de 6 de outubro de 2016 houve a sua aprovação. A resistência congressional fora intensa, e a reação forte e segura: a posição era contrária ao entendimento da Corte, e a emenda introduziu a autorização expressamente na Constituição, ao afirmar, que: “§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, [...] não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais [...]”.<sup>270</sup>

A superação legislativa, por meio de lei ou emenda constitucional, permite que a questão volte ao diálogo no Parlamento, e não impede que a Corte Suprema ou Constitucional a reexamine se necessário for. O diálogo continuará, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes. Não há, assim, razão para acreditar-se em qualquer ilegitimidade do processo, é a mais pura noção de diálogo constitucional, realizado por meio de funções típicas dos Poderes Constituídos. Respeita a diversidade de pensamentos e crenças, bem como amplia o debate e ajuda a se considerar a vontade popular e todas as possíveis soluções ao dilema constitucional, logo, por tudo isso, atende ficalmente ao critério de legitimidade proposto.

Não sendo esses todos os mecanismos aptos a promoverem reações a decisões das Cortes Supremas ou Constitucionais, são, porém, exemplos representativos das ações

---

<sup>268</sup> FONTELES, S. S. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 86.

<sup>269</sup> ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 272; FONTELES, 2019, p. 87.

<sup>270</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF, 1988. art.3º, inciso I. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 fev. 2019.

utilizadas. A verdade é que diariamente surgem novas iniciativas, as reações das Cortes precisam se recompor e renovar, de modo a, simultaneamente, não extrapolar sua reserva de competência constitucional, e ao mesmo tempo serem capazes de se proteger contra possíveis atuações usurpadoras.

A título de exemplo, surgiu recentemente, nos Estados Unidos, nova tentativa de forçar a Corte Suprema a reexaminar o famoso precedente de *Roe v. Wade*<sup>271</sup>, que permitiu o aborto naquele país até o primeiro trimestre da gestação, reconhecendo, assim, como inconstitucional, toda legislação dos Estados que disponha ao contrário. A reação é, curiosamente, a aprovação e promulgação, por vários Estados, de leis francamente inconstitucionais - indo diretamente contra o precedente e fixando altíssimas punições, como penas de privação de liberdade por até 99 anos para o médico que realizar aborto - cuja invalidação dependerá, diante do sistema de controle indireto de constitucionalidade, de impugnação judicial. São as chamadas *heart beat laws*, por proibirem o aborto assim que um batimento cardíaco for detectável.<sup>272</sup>

A expectativa é que a pressão legislativa, e as diversas iniciativas judiciais a surgir, forcem a rediscussão, em uma Corte mais conservadora que aquela de 1973, tendo na composição, agora, as duas indicações do republicano Donald Trump, os *Justices* Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh.

---

<sup>271</sup> UNITED STATES. US Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. Washington, DC, 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>272</sup> LEVENSON, E. Abortion laws in the US: Here are the states pushing to restrict access. **CNN Politics**, Atlanta, GA, 2019. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2019/05/16/politics/states-abortion-laws/index.html>. Acesso em: 13 jul. 2019; MERELLI, A.; CAMPOY, A. These are all the states that have adopted anti-abortion laws so far in 2019. **Quartz**, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://qz.com/1627412/these-are-all-the-states-with-anti-abortion-laws-signed-in-2019/>. Acesso em: 30 maio 2019.

## 5 A REPUTAÇÃO ENQUANTO FENÔMENO HUMANO: sua definição e papel social a partir de um olhar transdisciplinar

O comércio no mar mediterrâneo e suas margens contribuiu significativamente para o desenvolvimento da parcela meridional da Europa, e seu crescimento dependeu, em larga escala, da habilidade dos negociantes em empregar agentes ultramarinos, que transportavam as cargas e colaboravam com os negócios, cruzando os mares e levando o produto, buscando pagamentos ou realizando cobranças. As mercadorias somente eram negociadas após alcançarem seu destino, e o emprego de agentes minimizava os custos transacionais, uma vez que reduziam os riscos e gastos da viagem, com o emprego da experiência desses profissionais.<sup>273</sup>

Os agentes, assim, negociavam usando o capital alheio, o que poderia resultar em conflitos - diante da inexistência de qualquer estrutura jurisdicional ainda na Idade Média do século XI que fosse capaz de reforçar com eficiência tais contratos - muitas vezes internacionais e repletos de particularidades oriundas dos detalhes de cada transação. Sendo assim, um grupo de mercadores judeus, autointitulados *comerciantes Maghribis*, formou uma coalisão, que atuava nesse comércio, onde ora o indivíduo funcionava como comerciante, ora como agente, uma espécie de representante, que colaborava com a transação.

Dispersos em várias localizações, os Maghribis auxiliavam-se mutuamente, mediante acordos remunerados, e criaram astucioso mecanismo de autoproteção e de segurança comercial. Implementaram um sistema de boicotes comuns, de modo a infligir penas coletivas naqueles que atentavam contra a sanidade das relações comerciais, atuando com deslealdade, desonestidade ou corrupção. Se algo dessa espécie ocorresse, todos os demais agentes e mercadores estavam autorizados a descumprir os acordos firmados com o sujeito faltoso, sem que fossem considerados igualmente desonestos, e ficavam suspensas as negociações com o mesmo, de forma a forçá-lo a regularizar sua situação comercial ou a afastá-lo definitivamente dos negócios. A punição era severa. Uma vez quebrado o equilíbrio reputacional do mercador, estivesse ele naquela situação exercendo a função de comerciante ou agente, toda a estrutura coletiva se voltaria contra ele, com créditos não sendo pagos e contratos descumpridos, sem que ele, por sua vez, pudesse reagir à altura.

---

<sup>273</sup> GREIF, A. Reputation and coalitions in medieval trade: evidence on the Maghribi traders. **Journal of Economic History**, New York, NY, v. 49, n. 4, p. 857-82, 1989. Cf. GREIF, A. Contract enforceability and economic institutions in early trade: the Maghribi traders' coalition. **American Economic Review**, Nashville, TN, v. 83, n. 3, p. 525-548, 1993.

Em outros termos, a coalização permitia que os membros fornecessem mutuamente, com minimização de custos, serviços de agência<sup>274</sup>, os quais, por sua vez, proveriam um aumento do valor da participação naquele grupo, maior do que um membro isolado poderia receber pela atuação em um episódio que manchasse sua reputação, vista aqui, como sua inabilidade de atender às regras do comércio praticado pelo grupo. Tornou-se a reputação, assim, um bem maior, uma ferramenta ou incentivo que viera a substituir um organismo externo que forçasse, por outra via, o cumprimento da obrigação pactuada, como, v.g., uma Corte de justiça. Ainda estariam legitimados os mercadores a agir contra ele, sem abalo reputacional próprio, e com o incentivo de ainda se beneficiarem duplamente, fortalecendo a organização e lucrando com a punição ao faltoso.<sup>275</sup>

Diversas narrativas como a anterior são possíveis, e serão exploradas em momento oportuno, contudo, avançar ao século XXI requer a compreensão de que a noção de reputação que será edificada neste capítulo, enquanto produto da interação humana - que afeta o cotidiano, vincula e legitima condutas - guarda hoje, acentuadamente, relação com a *sociedade da informação* atual, circunstância esta que reafirmará a importância de seu estudo. Como explica Tatiana Malta Vieira, “[...] a expressão sociedade da informação define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações.”<sup>276</sup> O fenômeno é, porém, mais complexo, envolvendo a constante divulgação de dados, a impossibilidade de seu controle, a ampla utilização da rede mundial de computadores, e a inexistência de uma autoridade global que

---

<sup>274</sup> “Os autores definem um relacionamento de agência como ‘um contrato onde uma ou mais pessoas – o principal – engajam outra pessoa – o agente – para desempenhar alguma tarefa em seu favor, envolvendo a delegação de autoridade para a tomada de decisão pelo agente’. Se ambas as partes agem tendo em vista a maximização das suas utilidades pessoais, existe uma boa razão para acreditar que o agente não agirá sempre no melhor interesse do principal. No caso da relação entre acionistas e gestores, os acionistas poderiam limitar as divergências monitorando as atividades dos executivos e estabelecendo incentivos contratuais apropriados a eles. Dessa forma, os acionistas incorreriam em custos para alinhar os interesses dos gestores aos seus, que são chamados de custos de agência. Segundo Jensen e Meckling (1976, p. 308), os custos de agência são a soma dos: • custos de elaboração e estruturação de contratos entre o principal e o agente; • despesas de monitoramento das atividades dos agentes pelo principal; • gastos realizados pelo próprio agente para mostrar ao principal que seus atos não serão prejudiciais a ele; • perdas residuais, provenientes da diminuição da riqueza do principal por eventuais divergências entre as decisões do agente e as decisões que iriam maximizar a riqueza do principal.” (SAITO, R.; SILVEIRA, A. D. M. da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. **Revista de Administração de Empresa**, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 79-86, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.) Cf. EASTERBROOK, F. H. Two Agency-Cost Explanations of Dividends. **The American Economic Review**, Nashville, TN, v. 74, n. 4, p. 650-659, 1984.

<sup>275</sup> PICCI, L. **Reputation-based governance**. Standford, California: Standford University Press, 2011. p. 14.

<sup>276</sup> VIEIRA, T. **O direito à privacidade na sociedade da informação**. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. p. 156.

regulamente uniformemente o universo virtual, restando construída, assim, uma lógica diferente, que ignora, em grande medida, a soberania dos países e suas fronteiras:

Essa constante divulgação de dados e conteúdos, aliada à existência de mecanismos de busca e as redes sociais – onde facilmente se localiza qualquer dado sobre qualquer indivíduo – permite que nessa sociedade sinóptica e líquida os indivíduos permaneçam constantemente monitorados. Entidades privadas ou governos, em busca de dados pessoais para a construção de bancos de dados, voltados à identificação de tendências de consumo em massa ou alguma espécie de fiscalização (identificação de fatos geradores de tributação, investigação criminal, controle pelo empregador das rotinas do empregado, etc.) dispõem de diversas ferramentas facilmente utilizáveis.

Nesse contexto se desenvolve a comunidade global, que comumente é denominada de sociedade de informação. Indivíduos estão permanentemente interligados, o fluxo de informações de toda natureza não obedece mais aos limites nacionais, regionais ou mesmo intercontinentais. Por meio da rede mundial de computadores permite-se a construção de uma realidade há poucos anos indescritível. Os indivíduos passam a ter agora uma identidade na rede ou *online*, referente ao espaço que ocupam naquele mundo virtual (cadastros em sites da rede, redes sociais, lojas virtuais, etc.) e uma identidade fora da rede, ou *offline*, esta sim documentada em seus países de origem.

Não há uma autoridade global que centralize a regulamentação desta sociedade de informação, a gestão deste ambiente é dividida entre agentes governamentais e privados, assim como fóruns de discussão. Organismos nacionais e transnacionais interagem construindo uma lógica diferente da de fronteiras, e cuja regulamentação é extremamente difícil e complicada.

Restam francamente mitigadas as fronteiras geográficas, agora capital e dados podem ser livremente transmitidos, em segundos, para qualquer local no globo, ou mesmo ofensas e ataques delinquentes podem ser iniciados a partir de uma base física em qualquer país, sob qualquer jurisdição. A conexão entre referidos computadores e outros equipamentos é construída por padrões ou protocolos desenvolvidos para viabilizar a transferência rápida de dados, e se organiza a partir de endereços, ou *Internet Protocols* (IP).<sup>277</sup>

Tendo em vista tais fatores, especialmente a ausência de barreiras ao fluxo de dados e de capital, parece sofrer, até mesmo a noção tradicional de soberania, um grande processo de reflexão. Em virtude de outros fenômenos, como a integração interestatal e a globalização, “[...] este modelo, assente, basicamente, na ideia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal”.<sup>278</sup> Acentua Lewandowsky<sup>279</sup>, contudo, que isto não significa que a soberania haja erodido, permanecendo sua importância e abrangência, o que não impede a sua submissão aos condicionamentos do mundo fático:

<sup>277</sup> SAUAIA, H. **A Proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2018, p. 22. Cf. LESSIG, L. **Code and other laws of cyberspace, version 2.0**. New York: Basic Books, 2006; SALDAN, E. **Os desafios jurídicos da guerra no espaço cibernético**. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2012.

<sup>278</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 90.

<sup>279</sup> LEWANDOWSKI, E. R. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 294.

[...] Em que pesem, portanto, os múltiplos usos que se deu ao longo do tempo ao termo ‘soberania’, o seu núcleo conceitual permanece inalterado. Por mais que alguns queiram atenuar sua importância ou diminuir-lhe a abrangência, continua a ser o poder incondicionado de decidir em última instância sobre tudo que diga respeito aos interesses fundamentais de uma comunidade. Nunca é demais recordar, contudo, que se trata de uma autonomia jurídica e não real, pois jamais algum Estado logrou subtrair-se integralmente aos condicionamentos do mundo fático.

Anthony Giddens<sup>280</sup> expressa, da mesma forma que o faz Bauman<sup>281</sup>, a perplexidade gerada por esta sociedade de informação, ao provocar uma espécie de desvencilhamento dos tipos que denomina de tradicionais de ordem social, gerando mudanças mais profundas que momentos históricos anteriores. Em termos de um plano extensional tais mudanças provocariam o estabelecimento de novas formas de interações social globais, e em termos intencionais alterariam algumas das mais íntimas e pessoais características da existência cotidiana.

Nesse contexto se desenvolve a comunidade global comumente denominada de *sociedade de informação*. Indivíduos estão permanentemente interligados, o fluxo de informações de toda natureza não obedece mais aos limites nacionais, regionais ou mesmo intercontinentais. Por meio da rede mundial de computadores permite-se a construção de uma realidade há poucos anos indescritível. Os indivíduos passam a ter agora uma identidade na rede ou *online*, referente ao espaço que ocupam naquele mundo virtual (cadastros em *sites* da rede, redes sociais, lojas virtuais, etc.) e uma identidade fora da rede, ou *offline*, esta sim documentada em seus países de origem.<sup>282</sup>

Outro exemplo marcante pode contribuir para a compreensão do fortalecimento da noção de reputação, agora na sociedade de informação. Trata-se do caso de sucesso do *Ebay*, mercado eletrônico, onde qualquer vendedor pode realizar transações comerciais lícitas, em geral a compra e venda de produtos de toda natureza, de meteoritos a toda espécie de quinquilharias eletrônicas chinesas. São 90 milhões de usuários e 15 milhões de transações disponíveis diariamente. Desse universo de desconhecidos surge o grave problema da falta de conhecimento mútuo: como funcionaria um mercado baseado em fotos e descrições, onde produtos podem apresentar qualidade diversa da esperada, ou mesmo transações poderiam não ser completadas com sucesso, a depender da boa ou má-fé do usuário envolvido? Sem um certo nível de confiança, o mercado simplesmente seria

<sup>280</sup> GUIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 10.

<sup>281</sup> BAUMAN, Z. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 81.

<sup>282</sup> SAUAIA, 2018, p. 23.



incapaz de operar. Os riscos transacionais levariam os preços para baixo, e tornariam escassas as ofertas.

Todavia, uma característica essencial do *Ebay* não permite que a desconfiança prevaleça. Uma ferramenta de *feedback*, onde comprador e vendedor, após a negociação, identificam ao outro com uma avaliação, entre neutro, positivo ou negativo, e o total dessas avaliações, dos últimos seis meses, compõe um *índice reputacional*, visível a todos. O índice gera um grande incentivo para que todos se esforcem pelo bom andamento das transações comerciais. Estudos compararam a performance de um vendedor experiente, com uma boa reputação, com um novo vendedor, quando ambos fornecem o mesmo produto, e concluíram, que o vendedor de boa reputação não só consegue vender mais, como por preços melhores. Enquanto isso, um *feedback* negativo proporciona uma imediata queda nas vendas.<sup>283</sup>

O caso do *Ebay* expõe que há exemplos modernos, onde a reputação tem um papel de destaque no funcionamento do arranjo interrelacional, fortalecendo os laços firmados, a legitimidade do sujeito que exerce alguma atividade, e mesmo o aumento de preços. Da mesma forma atua como ferramenta gerenciadora e incentivadora da conduta esperada, *v.g.*, a realização de transações honestas, ainda que sem a supervisão contínua de uma autoridade gestora permanente, e sem que os sujeitos se conheçam, residam no mesmo país, ou falem o mesmo idioma. O potencial do uso da reputação, na gestão comportamento, seja na esfera pública ou privada, se mostra, assim, enorme.

Prosseguindo-se, ainda em caráter propedêutico a este capítulo, que pretende definir, discutir e explorar, a noção de reputação, depende-se da compreensão prévia de outra noção fundamental, amparada na obra, agora, de Douglas North, de *instituições e organizações*. Enquanto as instituições são as regras do jogo de uma sociedade, ou, mais formalmente, as restrições que moldam a interação humana, definindo e limitando suas escolhas, as organizações abrangem órgãos políticos - inclusive Cortes Supremas e Constitucionais - econômicos e educacionais, as quais, por sua vez, influenciam a forma como as instituições são estabelecidas, apesar de serem formadas com fins específicos, em consequência do conjunto de oportunidades oriundo, por sua vez, do conjunto de

---

<sup>283</sup> PICCI, 2011, p. 13. Cf. RESNICK, P.; ZECKHAUSER, R.; SWANSON, J. The Value of Reputation on eBay: a controlled experiment. **Experimental Economics**, [S. L.] v. 9, n. 2, p. 79–101, 2006.

condicionamentos existentes, podendo funcionar como mecanismos de mudança institucional.<sup>284</sup>

Importante destacar-se, assim, que as instituições são restrições desenvolvidas pelo homem, ou a partir do convívio humano, e que estruturam as relações sociais, políticas e econômicas, consistindo de restrições formais (Constituição, leis, direitos de propriedade) e informais (sanções morais, tabus, costumes, tradições, e códigos de conduta), podendo-se incluir, neste último grupo, a reputação enquanto restrição e incentivo para o agir humano e organizacional:

No mundo ocidental moderno, consideramos que a vida e a economia seriam ordenadas por leis formais e direitos de propriedade. Só que as regras formais, mesmo na economia mais desenvolvida, compõem uma parte pequena (ainda que muito importante) da soma das restrições cotidianas com os outros, seja no interior da família, nas relações sociais externas ou nas atividades ocupacionais, a estrutura norteante é predominantemente definida por códigos de conduta, normas de comportamento e convenções. Há regras formais que respaldam essas restrições informais, mas elas raramente são a fonte evidente e imediata da escolha nas interações cotidianas. [...] De onde vêm as restrições informais? Elas provêm de informações socialmente transmitidas e fazem parte do legado que designamos como cultura.<sup>285</sup>

Na construção e divulgação dessas restrições informais, tem grande papel a mídia, como já destacado, que poderá servir como instrumento de controle e manipulação, ao interferir em como os fatos são concebidos e avaliados publicamente, tornando única uma certa compreensão do mundo, sem maiores reflexões ou análises práticas. Ao mesmo tempo, a mídia, quando preenchida de conteúdo por profissionais sérios, em meios democráticos, servirá de base de discussão e elaboração positiva dessas condutas, de modo a representarem a fiel compreensão da opinião pública sobre o tema.

Por tais motivos, tem-se afirmado que a compreensão do estudo da reputação precisa atender, hodiernamente, ao menos a duas premissas. A primeira, de que esse ambiente inédito de interlocução, provocado pela tecnologia e sua expansão mundial, criou uma esfera pública essencialmente nova, o que lança desafios também inéditos. E, segundo, que, apesar de já haver essa realidade impregnado os menores detalhes do dia a dia, há, ainda, pouca reflexão e percepção prática desses acontecimentos e seus reflexos sobre a teoria política e por líderes ou futuros líderes, a quem incumbe a missão de conduzir imagens públicas, neste novo, e virtual, território.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> NORTH, D. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Ed. Três Estrelas, 1990. p. 17.

<sup>285</sup> Ibid., p. 69-70.

<sup>286</sup> ROSA, M. **A reputação na velocidade do pensamento: imagem e ética na era digital**. São Paulo: Geração Editorial, 2006, p. 91.

A construção reputacional há muito faz parte, ainda que de forma pouco percebida, da lógica das relações travadas no Direito Público, em especial na Teoria Política e Constitucional. Como relata antiga história sobre os bastidores da política estadunidense, na noite que antecedeu o fatal duelo entre Alexandre Hamilton e Aaron Burr, inimigos declarados, aquele anotou todos os motivos pelos quais não deveria concordar com o desafio. Um motivo crucial era o de que provavelmente seria morto ou atingido, mas igualmente ele se opunha particularmente aos duelos, por questões religiosas. Assim, mesmo havendo fortes razões para não duelar, considerou, que com tal decisão, seu respeito e significância na arena pública diminuiriam gravemente, já que era aquela a forma de cavalheiros decidirem seus conflitos na América do Norte, no começo do Séc. XIX. A opção, que levou à sua morte, seria decidida, assim, por normas sociais e não formais, sua reputação estava em jogo.<sup>287</sup>

Por fim, justifica-se a exploração do objeto de estudo por um olhar transdisciplinar<sup>288</sup> - ou seja: que investiga a forma que é contextualizado por ciências como a economia e a biologia, ou pela literatura, de modo a facilitar a compreensão e avanço do estudo - em razão da constatação, inglória, de que as conceituações à noção de reputação encontradas apenas na dogmática jurídica são de enorme vagueza, tornando-se de pouca valia, e de caráter meramente lexicográfico. A definição de parâmetros para um agir prescritivo que seja utilizável pelo Direito Constitucional, e não permita excessiva discricionariedade, depende de estudo mais amplo e compreensivo do fenômeno.

As que se encontram hoje se referem meramente à reputação enquanto a percepção cognitiva de terceiro, quer-se dizer: as ações de alguém avaliadas por um sujeito, em cotejo com as ações dos demais, ou de outro sujeito específico, e essas impressões, como um todo, compoem a reputação individual. Isto é “[...] o que outras pessoas pensam de você, a extensão que seus pensamentos decorrem do que eles sabem

---

<sup>287</sup> NORTH, 1990, p. 76.

<sup>288</sup> Por pesquisa transdisciplinar se entende, com Mahan: “Transdisciplinary inquiry would be characterized by a common orientation to transcend disciplinary boundaries and an attempt to bring continuity to inquiry and knowledge. Other characteristics would be: attention to comprehensiveness, context and frame of reference of inquiry and knowledge; interpenetration of boundaries between concepts and disciplines; exposing disciplinary boundaries to facilitate understanding of implicit assumptions, processes of inquiry, and resulting knowledge; humanistic reverence for life and human dignity; desire to actively apply knowledge to the betterment of man and society.” (MAHAN JR, J. L. **Toward transdisciplinary inquiry in the humane sciences**. Doctoral dissertation - United States International University, 1970. Disponível em: <https://support.proquest.com/article/detail?id=kA11W000000bmrVSAQ>. Acesso em: 13 jul. 2019).

sobre você, ou acham que sabem”.<sup>289</sup> A experiência em outras ciências, como se verá, é significativamente mais ampla e densa, servindo assim, com muito mais valia, ao estudo que ora se pretende realizar.

### 5.1 O Estudo da reputação a partir de um olhar transdisciplinar

À vista de Otelo, Montano - um de seus soldados - sangra, ferido de morte por seu colega Cássio, ambos enganados e seduzidos, aquele a acreditar na fraqueza deste, pelo vinho, e em sua incapacidade de exercer sua função de sentinela; este, levado ao exagero, ao ato bárbaro, após grave reprimenda do primeiro, que reputara extremamente ofensiva a si. Ao ser indagado por Iago, o grande artífice da intriga e do conflito cruel, sobre se também estaria ferido, responde, aos prantos<sup>290</sup>:

CÁSSIO - Sim, sem possibilidade de cura.

IAGO - Oh! Não permita o céu.

CÁSSIO - Reputação, reputação, reputação! Oh, perdi a reputação, perdi a parte imortal de mim próprio, só me tendo restado a bestial. Minha reputação, Iago; minha reputação!

O trecho da fantástica obra literária, traduz a importância da reputação, a dificuldade de sua recuperação, uma vez perdida, e a sua parcela imortal, parte indelével do ser, que persiste no tempo, a despeito da fragilidade do corpo. A Literatura, a primeira fonte que se busca, neste capítulo, para se discutir a ideia de reputação, ainda em uma perspectiva não-jurídica, é fecunda em menções célebres e eloquentes. Em outro exemplo literário e teatral, Eléazer, protagonista da ópera *O Judeu*, em cinco atos, de Fromental Halévy, após escapar diversas vezes da morte, e ser forçado a deixar Roma após ver crianças serem executadas como hereges por fanáticos cristãos, se encontra condenado a ser queimado vivo, em 1414, pelo Conselho de Constância, a pequena cidade onde procurou refúgio. O Presidente do Conselho, Cardeal Bogni, vem visitá-lo na prisão, e lhe oferece um acordo: Brogni salvaria as vidas de Eléazer e sua filha, Raquel, se aquele renegasse sua fé judaica e se convertesse ao Cristianismo. Ele responde:

L'ai bien entendu?  
que me proposes-tu?  
renier la foi de mès pères!  
vers des idoles étrangers  
couber mon front et l'avilir,

<sup>289</sup> GARNER, B. **A Dictionary of Modern Legal Usage**. New York: Oxford University Press, 1990. p. 810. Cf. também BERNSTEIN, J. H. Transdisciplinarity: A Review of Its Origins, Development, and Current Issues. **Journal of Research Practice**, Canadá, v. 11, n. 1, p.1-20, 2015.

<sup>290</sup> SHAKESPEARE, W. **Otelo**. [S. l.: s. n.], [20--]. E-book. Cena III, Ato II, p. 61. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/otelo.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

non, jamais plutôt mourir!<sup>291</sup>

O protagonista deixa muito claro que prefere morrer como mártir, do que renegar sua reputação enquanto membro daquela comunidade religiosa, sacrificando, assim, a si, bem como a sua filha. Ambos os excertos dramáticos guardam relação com a compreensão de Erving Goffman<sup>292</sup>, de que nas interações sociais indivíduos podem ser vistos como atores, plateia, e pessoas de fora, que atuam em espaços particulares. O autor sugere que a forma que nos apresentamos aos demais tem por objetivo o *gerenciamento de impressões*, isto é, decisões conscientes praticadas pelo indivíduo para revelar certos aspectos seus e esconder outros, da mesma forma que atores fazem no palco. Desse agir surgiria um direito moral de ser reconhecido e aceito a partir dessas particularidades socialmente definidas.

Obviamente que, em certos momentos, essas particularidades seriam contrariadas por comportamentos racionais ou não, do sujeito, ocasião em que este se sentiria constrangido, mas dada a reputação construída, sua plateia não o abandonaria imediatamente, exceto quando essas contradições alcançassem um nível tão alto de contrariedade, que transformariam em regra a exceção, liberando o espectador do dever de reconhecer o ator por aqueles traços característicos. A identidade social ruína, e da mesma forma a cumplicidade comunicativa, que permite reconhecê-lo por aquela forma de ser e agir. De tal modo, não se poderia simplesmente encenar qualquer papel ou colocar qualquer máscara. Em dado contexto, imagens críveis, aquelas que se pode projetar, precisariam estar em sintonia com a conduta anterior e com os valores sociais em jogo.

Conforme Cooley destaca, cuida-se de um processo de aprendizado social no qual todos estão envolvidos e ao qual todos são expostos. A imagem, revisada e melhorada, que em geral nos propusemos a refletir, deve guardar proximidade com o que os outros esperariam ver em alguém dentro desse perfil que se pretende construir. O círculo não é apenas virtuoso, mas imensamente consequencial. Tentando agir em maior conformidade com a autoimagem, nas suas duas faces - de como se pretende ser visto e de como efetivamente os outros veem - o ser humano caminha agregando novas características e sendo permanentemente reinterpretado.<sup>293</sup>

O papel da reputação pode ser explicado, assim, em boa parte, pela sua capacidade de facilitar a cooperação indireta. A cooperação social é possível apenas

<sup>291</sup> “Ouvi direito? O que me propõe? Renunciar à fé dos meus pais! Por ídolos estrangeiros! Curvar-me e degradar-me! Nunca! Melhor morrer!” (SCRIBE, E. **La Juive**: opéra em cinq Actes. Musique F. Halévy. Paris: Librairie Stock Delamain et Boutelleau, 1935. Act 4, scene 18. Disponível em: [http://clanfaw.free.fr/la\\_juive.pdf](http://clanfaw.free.fr/la_juive.pdf). Acesso em: 7 abr. 2019).

<sup>292</sup> GOFFMAN, E. **The presentation of self in everyday life**. New York: Doubleday, 1959. p. 17.

<sup>293</sup> COOLEY, C. H. **Human Nature and the Social Order**. New York: Scribner's, 1922. p. 352.

porque as pessoas falam, umas às outras, sobre si, e constantemente produzem e modificam sua imagem social e de todos aqueles que fazem parte do processo. Portanto, a reputação não é algo etéreo, ou fantasmagórico, ao contrário, é produto da informação coletivamente reunida e compartilhada. Por essa razão goza de um papel indispensável no processo por meio do qual os grupos desenvolvem e executam suas normas mais fundamentais.<sup>294</sup>

Constata-se, assim, que a reputação é uma construção social dinâmica, relacionalmente desenvolvida por meios das redes sociais que o sujeito integra, e fazendo uso de sua estrutura comunicativa, e de seus filtros e mecanismos que modificam a própria estrutura ou ampliam a percepção das condutas e de seus efeitos sobre o outro.

Depende então, a formação da reputação, da mensagem que é transmitida, da forma estratégica como é transmitida, e de como é percebida pelos demais. Essa natureza dinâmica, e modificável no tempo e no espaço, cria uma áurea marcante de incerteza e precariedade, de tal forma, que se torna um conceito social de apreensão relativa, nunca objetivamente determinado por inteiro, mas que à medida que é reiterado e reforçado, poderá adquirir contornos mais sólidos:

O significado social das pessoas e coisas está inscrito dentro de relações econômicas, sociais, simbólicas e hierárquicas. Essas relações proveem evidências de reputação que poderá ser mais ou menos confiável, a depender da forma de sua construção. A vida social é o rastro informacional de quem somos. Todas as nossas interações geram pequenos pedaços de informação que é socialmente compartilhada e acumulada gradualmente para definir como somos vistos. Se é verdade que precisamos de informações sobre os outros para decidirmos como agir, é igualmente verdadeiro que os outros observarão nossas ações enquanto pedaços de informação que contam a eles algo sobre nós. Essa conexão fundamental entre informação e comportamento, entre sinais e ações é crucial para a compreensão da reputação.<sup>295</sup>

Há duas questões geradoras de complexidade, as quais merecem ser externadas neste ponto da discussão. Primeiro, a circunstância de estarem os indivíduos imersos e envoltos em uma sociedade informacional, onde há uma constante necessidade de se fazerem vistos, compartilhando freneticamente seus dados pessoais, e, ao mesmo tempo, a necessidade de adquirirem informação dos demais, provocando sérias interferências no processo de formação do conceito reputacional. Nesse novo modelo de sociedade sinóptica<sup>296</sup>, os indivíduos envolvidos nesta necessidade constante de autoidentificação,

<sup>294</sup> ORIGGI, G. **Reputation**: what it is and why it matters. Princeton University Press: New York, 2018. p. 40.

<sup>295</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>296</sup> “O conceito é composto pelas palavras gregas ‘syn’, que remete à expressão ‘junto’ ou ao mesmo tempo, e ‘opticon’, que, novamente, relaciona-se com o ‘visual’. Pode ser usado para representar a situação em que muitos focam algo comum que se encontra condensado. Em outras palavras, pode representar o oposto da situação em que poucos vigiam muitos. Assim, em todos os sentidos da palavra, pode-se dizer que vivemos em uma sociedade expectadora.” (VIANNA, T. L. **Transparência pública, opacidade**

não podem, ao mesmo tempo, deixar de se expor, ou deixar de observar a exposição alheia.<sup>297</sup>

Como expressa Gelman, dossiês digitais não são mais dossiês compilados por espões encobertos, que se escondem em cantos escuros, com câmeras no formato de canetas, ou agentes governamentais obtendo arquivos de grandes bancos de dados. Eles são autobiográficos. E o resultado é uma processo ainda mais frenético e permanente de mudança de identidade e imagem de todos, que, nitidamente, promove alterações no plano da concepção reputacional de cada um. Basta lembrar quantos sujeitos vão dormir como cidadãos desconhecidos, e acordam objeto de notícias de prisão, acidentes, ou mesmo como protagonistas de algum incidente público ou privado, agregando, assim, rapidamente, milhões de espectadores à sua vida, que opinam, da mesma forma, sobre todos seus aspectos, em geral por meio da rede mundial de computadores<sup>298</sup>:

De forma crescente, as pessoas estão expondo informações pessoais sobre si mesmas e sobre outros online. Nós podemos agora, prontamente capturar informações e imagens onde quer que vamos, e podemos compartilhá-las com o mundo com a velocidade do clicar do mouse. Alguém que você nunca conheceu pode tirar sua foto e postar na Internet. Ou alguém que você conhece muito bem pode compartilhar seus segredos com o mundo inteiro. Seus amigos ou colegas de trabalho podem estar postando rumores sobre você em seus blogs. O e-mail pessoal que você enviou pode facilmente ser encaminhando pelo cyberspaço para ser objeto de zombaria e risos amplamente. E suas crianças podem estar postando fotos íntimas na Internet - ou seus amigos ou inimigos podem estar revelando segredos familiares. Esses fragmentos de informação não sumirão com o tempo, e poderão ser localizados por um curioso.<sup>299</sup>

Por outro lado, cada vez mais as comunidades modernas dispõem de mecanismos que auxiliam na idealização, construção, avaliação e repercussão de questões reputacionais, permitindo um maior número de relações e de julgamentos. São recursos de observação comportamental, avaliação e interação, como provas, prêmios, competições, estágios profissionais e títulos acadêmicos, dentre outros.<sup>300</sup>

Certas entidades públicas ou privadas também prestam um papel extremamente relevante para a formação da reputação positiva ou negativa em uma comunidade, e podem ser divididas em: a) entidades credenciadoras, ou seja, aquelas que emitem informações oficiais reputacionalmente relevantes, as quais vão desde *score* de crédito bancário a

**privada:** o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 2006. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 51. Disponível em: [www.tuliovianna.org](http://www.tuliovianna.org). Acesso em: 9 abr. 2019).

<sup>297</sup> BAUMAN, 2000.

<sup>298</sup> SARAT, A. Whiter privacy?: an introduction. In SARAT, A. *et al.* **A world without privacy: what law can and should do?** New York: Cambridge University Press, 2015. p. 16.

<sup>299</sup> SOLOVE, D. J. **The future of reputation: gossip, rumors, and privacy on the internet.** New Haven: Yale University Press, 2007. p. 11.

<sup>300</sup> CRAIK, K. H. **Reputation: a network interpretation.** Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 156.

certificados educacionais; b) entidades que atestam questões de segurança, em vários sentidos, como alvarás de funcionamento, testes psicotécnicos, selos de boas práticas; c) entidades que lidam com a proteção da imagem, como agências de *marketing* e propaganda; d) entidades que concedem premiações, como academias para notáveis em várias áreas; e) órgãos do Sistema de Justiça, que identificam quem haja cometido ilícitos de várias ordens, ou mesmo sonegadores de tributos<sup>301</sup>:

Historicamente, para que se pudesse compartilhar julgamentos eficientemente, várias formas de reputação foram erguidas. Em tempos passados, em vilas e clãs, fofocas e encontros divulgavam informação sobre condições locais e o caráter de pessoas em particular (Bailey 1971). Mais recentemente, a mídia - em geral em conjunto com o Estado e o poder religioso - promulgaram e deram forma a opiniões sobre largos territórios. Para facilitar trocar mutualmente benéficas, guildas comerciais agências de certificação desenvolveram mecanismos reputacionais (Klein 1997), tal qual nações soberanas ao pegarem emprestado internacionalmente (Tomz 2007). A reputação sempre operou dentro de redes relacionais (Craik 2009). E ainda opera assim, mesmo na medida que essas redes crescem em complexidade e velocidade, e espalham novas formas virtuais de confiança e reputação (Golbeck 2009; Jøsang, Ismail, and Boyd 2007).<sup>302</sup>

Ultrapassadas essas primeiras premissas, já se pode caminhar para identificar a reputação enquanto um fenômeno oriundo da interação entre indivíduos, a qual gera ondas de informação, que repercutem pelos círculos sociais. Baseia-se na compreensão de que há consistência no corportamento humano, ou seja, o comportamento pretérito de alguém é, ao menos, um bom indicador de como ele virá a comportar-se no futuro, de modo que se possa saber, *a priori*, se será confiável para certa atividade ou postura, ou não. Salienta-se, porém, que a reputação não só se baseia na análise do comportamento humano, como ajuda a moldá-lo, na medida que o a consciência de sua formação termina formatando o comportamento do sujeito.<sup>303</sup>

Por sua vez, caminhando-se em busca de maiores subsídios para a compreensão da reputação enquanto construção utilizável pela Teoria Constitucional, constata-se que a Biologia, em especial a Biologia evolucionista<sup>304</sup>, tem contribuído para a compreensão da

<sup>301</sup> CRAIK, 2009, p. 135.

<sup>302</sup> MASUM, H.; TOVEY, M. **The reputation society: how online opinions are reshaping the offline world.** Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2011. p. 13 (Introdução que antecede os artigos).

<sup>303</sup> WHITFIELD, J. **O Poder da reputação.** Best Business: Rio de Janeiro, 2014. p. 13.

<sup>304</sup> Um breve esclarecimento sobre o objeto de estudo da Biologia evolutiva e suas premissas parece importante: “Na biologia evolutiva, não são objetos de controvérsia nos dias de hoje (1) a ideia de que os seres vivos evoluem e, além disso, que a evolução ocorre, como dizia Darwin, por descendência com modificação; (2) a tese de que todos os seres vivos são aparentados entre si; (3) o importante papel desempenhado pela seleção natural como mecanismo evolutivo. Quanto a este último aspecto, a seleção natural pode ser considerada um mecanismo microevolutivo altamente corroborado, com base em fontes diversas de evidências (Sepulveda, Meyer & El-Hani, no prelo). Estudos em populações naturais, por exemplo, documentaram a presença de condições que tornam possível a evolução de características por seleção natural, como variabilidade, herdabilidade e aumento de aptidão do portador dos traços em questão. Isso tornou possível explicar a evolução de uma diversidade de traços por seleção natural (por



ideia de reputação e sua funcionalidade entre seres humanos. Estudo esse que se iniciou, todavia, com a análise do comportamento animal, à semelhança das drogas que antes de serem submetidas a seres humanos têm seus efeitos testados em camundongos ou primatas. Pesquisadores do comportamento animal detectaram a existência de duas básicas formas de reputação a serem utilizadas no reino animal: o aprendizado social e as escutas ambientais. No primeiro, animais aprendem onde alimentar seus filhotes, fazer seus ninhos, ou evitar predadores, a partir da observação de seus vizinhos, e o que eles fazem, ao invés de analisarem simplesmente o ambiente diretamente. Um processo com aparentes similaridades com a forma que humanos escolhem o que comprar ou onde passar as férias. No segundo mecanismo, a escuta ambiental, animais assistem ou escutam o encontro de dois outros animais, e utilizam essa informação para planejar seu próprio comportamento, ou seja, se um pássaro fêmea, da raça chicadee preto-tampado verifica que um macho perdeu um duelo de canto com outro macho, ela tenderá a procriar com o vencedor.<sup>305</sup>

Notou-se, ainda, que no mesmo molde que com humanos, a presença de uma plateia promoverá mudanças no comportamento do protagonista do comportamento. O bodião limpador, um tipo de peixe que habita corais, decide se cooperará com seu parceiro nutricional - o coral - removendo parasitas e comendo tecido morto, ou se bicará membranas e mucos - mais nutritivos - a partir da presença de outros peixes, observadores. Estudos dessa natureza forçaram biólogos do mundo inteiro a considerar mais amplamente a influência do ambiente social sobre atitudes animais, como brigas e escolhas de

---

exemplo, Grant & Grant, 1995, 2002). Também foram realizados estudos empíricos em que populações naturais ou artificiais foram manipuladas, com os pesquisadores controlando o regime de seleção e comparando o efeito de sua ação com aquele esperado, de acordo com a teoria da seleção natural. Em diversos casos, essa abordagem documentou que as populações naturais mudaram de uma maneira que era explicada, de modo plausível e parcimonioso, pela seleção natural (Reznick & Endler, 1982; Reznick, Bryga & Endler, 1990; Hendry & Kinnison, 2001; Reznick & Ghalambor, 2001; Elena & Lenski, 2003). Por fim, uma teoria quantitativa consistente foi desenvolvida ao longo do século xx, oferecendo modelos sobre como se dão as mudanças genéticas e fenotípicas esperadas sob seleção natural. Essa teoria sustenta a seleção natural, na medida em que prevê que a ação da seleção, atuando sobre indivíduos variantes em populações, é capaz de explicar grandes mudanças observadas ao longo do tempo. Os debates contemporâneos se situam, antes, em outros pontos de nossa compreensão sobre evolução, como os que seguem: (1) a seleção natural explica todos os fenômenos evolutivos? Ou outros mecanismos são necessários para a construção de tal explicação, lado a lado com a seleção? (2) as grandes mudanças que vemos na história da vida (que são chamadas de ‘macroevolução’) podem ser explicadas apenas a partir da ação da seleção natural dentro das populações (o que chamamos de ‘microevolução’)? (3) o processo evolutivo é sempre gradual ou ele pode ocorrer, de tempos em tempos, a taxas mais rápidas? Estas são algumas das questões que marcam os debates atuais sobre a teoria sintética, bem como as contribuições trazidas pela compreensão do desenvolvimento.” (ALMEIDA, A. M. R. de; EL-HANI, C. N. Um exame histórico-filosófico da biologia evolutiva do desenvolvimento. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 9-40, 2010).

<sup>305</sup> WHITFIELD, J. The biology of reputation. In MASUM, H.; TOVEY, M. **The reputation society: how online opinions are reshaping the offline world.** Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2011. p. 51.

parceiros, posturas que até então eram consideradas escolhas *peer-to-peer*, ou seja, inerentes a uma relação específica.<sup>306</sup>

Quanto aos serem humanos, a análise parte da tentativa de compreensão do altruísmo humano, ou seja, o que justifica o comportamento altruísta de alguém, quando nenhuma vantagem parece justificá-lo? Bill Hamilton, em 1964, afirmou ser o nepotismo a causa mais palpável de justificativa para o altruísmo, afinal, o carinho que pais dão a seus filhos é um exemplo visível disso. Em verdade, quanto mais perto o parentesco entre dois seres vivos, menor a barreira para o comportamento cooperativo.<sup>307</sup>

Posteriormente, Robert Trivers<sup>308</sup> passou a discutir a ideia das interações multilaterais, a compreensão de que em grupos de seres humanos poderia haver uma vantagem em saber quem ajudou e quem trapaceou no passado, na medida em que para a finalidade do fomento à cooperação humana - uma necessidade permanente para seu desenvolvimento - seria importante prever em quem confiar. Da mesma forma, ajudar livremente as pessoas do grupo contribuiria para ser ajudado no futuro. Este parecia ser um incentivo poderoso e valioso para contribuir mesmo com aqueles com quem não se tem qualquer parentesco.

O comportamento altruísta e cooperativo, porém, não é puramente calculado de forma fria e prévia. As pessoas, frequentemente, são guiadas apenas pela busca de prazer, seja em ajudar ou contribuir para algum fim social, por exemplo. Isto, todavia, não contradiz a visão evolucionária. “Pessoas não são levadas a tomar sorvete ou fazer sexo pelo cálculo da adequação evolucionar, mas pela antecipação de prazer”. Contudo, as

---

<sup>306</sup> WHITFIELD, 2011, p. 52.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>308</sup> TRIVERS, R. The evolution of reciprocal altruism. *The Quarterly Review of Biology*, [S. l.], v. 46, n. 1, p. 35-37, 1971. Cf. Lorenzo Baravalle sintetiza muito claramente evolução da compreensão da biologia sobre o tema, merecendo a longa citação: “A partir desses pressupostos, o fenômeno do altruísmo no reino animal foi tratado como a manifestação de dois mecanismos agentes no nível do replicador, a seleção de parentesco (cf. Hamilton, 1963, 1964a, 1964b) e o altruísmo recíproco (cf. Trivers, 1971). O primeiro consiste em um mecanismo evolutivo que induz os organismos a defender a prole dos parentes mais próximos (com os quais compartilham parte da dotação genética, pela primeira lei de Mendel), além da própria, com a finalidade de maximizar a chamada aptidão inclusiva. Isso explicaria, por exemplo, o comportamento da abelha que, como muitos Hymenoptera, possui um sistema de determinação sexual haplodiploide (as irmãs compartilham  $\frac{3}{4}$  da carga genética). O sacrifício de uma fêmea em defesa da colmeia não representa um comportamento desinteressado, mas dirigido à otimização da aptidão do núcleo parental (e, portanto, de certos replicadores). O altruísmo recíproco, por outro lado, é uma dinâmica pela qual os indivíduos ajudam um parceiro com a previsão de obter em troca um benefício para si. Esse tipo de altruísmo seria comum, por exemplo, entre os morcegos-vampiros, os quais precisam de uma refeição a cada, ao menos, dois dias para poder sobreviver, e as condições de caça são frequentemente desfavoráveis. Compartilhar sangue com outro membro do grupo assegura um potencial aliado no futuro. O comportamento altruísta representa aqui o melhor cálculo egoísta, a longo prazo.” (BARAVALLE, L. As muitas faces do altruísmo: pressões seletivas e grupos humanos. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 97-120, 2014).

vantagens em se alimentar ou copular, são óbvias, similarmente, “[...] a moralidade é um apetite por certos tipos de comportamento, em si e nos outros, que ajuda a tomar decisões que são benéficas.”<sup>309</sup>

Algumas condições sociais que incentivam o altruísmo e desencorajam comportamentos espúrios são ainda relacionadas pela Biologia, a partir de tais observações comportamentais. São elas: a transparência, de modo que o comportamento seja conhecido de todos; *accountability* ou poder de responsabilização, de modo que os sujeitos possam ser punidos ou agraciados com prêmios na medida de seus comportamentos; a interconexão, que provê a ligação social que permitirá a transmissão das informações reputacionais.

Tais características ensejam, ainda, uma maior reflexão sobre a sociedade de informação atual, uma vez que apesar de aumentarem o número de vínculos sociais, tornando o *conectar-se* mais fácil, limitam a interação cara a cara, e com isso se perde toda a comunicação gestual e a profundidade da interação pessoal, o que restringe, certamente, a formação da reputação e de outros atributos, como a confiança em alguém - um atributo mais particular e preciso no relacionamento direto, pessoal e de proximidade física.<sup>310</sup>

As questões estruturais que envolvem a Internet, como a dificuldade de controle sobre a autoria ou anonimato, e a sua fluidez, que permitem a criação de identidades falsas e múltiplas, também erguem uma barreira à cooperação mútua. É difícil saber, por exemplo, se é confiável uma avaliação produzida em um sítio eletrônico de escolha de restaurantes ou hotéis, quando não se sabe nada sobre o sujeito que a escreveu, nem mesmo sua real existência, gostos pessoais ou possíveis conflitos de interesse. Tudo isso permite o surgimento de um lado negro da reputação com maior intensidade. Na tentativa de ampliar sua reputação, seres humanos tendem a mentir, ou a lesar-se mutuamente. A existência de audiência leva, igualmente, mostram estudos, ao aumento da intensidade de discussões e brigas<sup>311</sup>:

O desafio para aqueles que projetam nossa sociedade - tanto online quanto no mundo real - é aprimorar essas características ambientais que incentivam as pessoas a usar a reputação para manter cooperações e para minimizar outras características que levam as pessoas a usarem a reputação por uma força destrutiva. O primeiro impulso da maioria das pessoas é ser decente e altruísta, mas essa regra é flexível - a não ser que tais impulsos sejam retornados e premiados, as pessoas rapidamente mudam para outras estratégias comportamentais. Estudos de neurociência mostram que a preocupação com a reputação ativa a mesma área do cérebro que está envolvida em outras outras

---

<sup>309</sup> WHITFIELD, 2011, p. 57.

<sup>310</sup> Ibid., p. 58.

<sup>311</sup> Ibid., p. 57.

formas de autocontrole, como quando resistimos à tentação de obter um ganho rápido em antecipação a um ganho futuro maior. Mas mesmo os melhores de nós estão suscetíveis a tentações se o benefício é grande e o custo de exposição pequeno. O papel dos sistemas reputacionais é aumentar a recompensa e reduzir a tentação.<sup>312</sup>

Mencionada a ampla contribuição da Biologia, parece, porém, estar na Economia outra valiosa compreensão da reputação enquanto fenômeno humano. O próprio Adam Smith, considerado o mais importante teórico do Liberalismo econômico, em sua palestra sobre a Influência do Comércio sobre as Boas Maneiras, escreveu, com imensa clareza, elucidando a compreensão - semelhante à dos comerciantes Maghribi - que é o convívio constante que fomenta as boas maneiras. Afirmou que nos exemplos de sujeitos que pouco se relacionam, como de países que não têm significativa constância em suas relações diplomáticas, não há compromissos em manter a promessa, ou falar a verdade, uma vez que é possível, em um só ato, auferir vantagem superior ao proveito que poderia ser obtido com um relacionamento contínuo e de boa-fé, dada a escassez dos contatos:

Ondas as pessoas raramente lidam umas com as outras, vemos que elas são mais predispostas a tapear, porque podem ganhar mais com um truque esperto do que pelo mal que isso possa render a seu caráter. Aqueles a quem chamamos de políticos não são os melhores exemplos do mundo em matéria de probidade e correção. Menos ainda os embaixadores das diversas nações: ao contrário, são elogiados por qualquer vantagem mínima que consigam obter e se empenham bastante nesse tipo de refinamento. O motivo é que os países não lidam uns com os outros mais do que duas ou três vezes num século, e podem ganhar mais com uma única fraude do que podem perder com a sua falta de caráter.<sup>313</sup>

Todavia, é por intermédio do chamado *dilema do prisioneiro*, um experimento teórico da Matemática e da Economia, que será possível constatar-se como, por meio de relacionamentos estratégicos que envolvem ao menos dois sujeitos, notar-se-á o estabelecimento de relação de confiança entre eles. Em sua forma mais simplória, o experimento descreve a situação onde dois agentes, ambos incentivados a delatarem-se mutuamente, estariam em melhor situação, se pudessem entrar em um acordo bom para ambos, porém, individualmente ambos têm incentivos para serem desonestos um com o outro.

Sendo assim, dois suspeitos, *A* e *B*, são acusados de um mesmo crime. Presos em celas separadas e sem possibilidade de se comunicarem, uma proposta lhes é feita: cada um deles pode escolher entre confessar ou negar o crime. Se ambos negarem, serão presos por um ano. Se os dois confessarem, serão presos por três anos. Mas, se um deles confessar e o

<sup>312</sup> WHITFIELD, 2011, p. 58.

<sup>313</sup> A. Smith - Lecture on the Influence of Commerce on Manner reproduzido em: KLEIN, D. B. (org.). **Reputation: studies in the voluntary elicitation of good conduc.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

outro negar, o que confessou será libertado imediatamente enquanto o que negou será submetido à pena de 10 anos de prisão.<sup>314</sup>

Observe-se o Gráfico abaixo:

**Gráfico 1 – Dilema do Prisioneiro**<sup>315</sup>

		Player 2	
		Be honest	Cheat
Player 1	Be honest	\$30, \$30	\$0, \$50
	Cheat	\$50, \$0	\$10, \$10

A partir do Gráfico, em exemplo similar ao já descrito, se constata o resultado da interação entre dois jogadores, de acordo com cada resposta oferecida. Sendo assim, a célula esquerda da parte inferior afirma que se o *Player 1* trapacear, e o 2 for honesto, o primeiro obtém 50 reais e o segundo não obtém nada. Se fossem os dois honestos - por exemplo, se houvesse alguma regra não escrita que os levasse à mesma postura - lucrariam cada um com 30 reais.

Verifica-se, porém, que se ambos trapacearem, os dois perdem, recebendo apenas 10 cada um (célula inferior direita), ou mais: sempre que alguém trapacear, e o outro for honesto, haverá, igualmente, uma perda significativa para o que agiu corretamente, recebendo bem menos, menos que 30. Ou seja: o *equilíbrio de nash*<sup>316</sup>, quer-se dizer, a situação onde ambos ganham mais, estará em serem ambos honestos, aceitando não ficarem com tudo, mas ganhando igualmente em melhor posição do que o risco de levarem somente 10, ou mesmo nada. Posição onde, assim, não há incentivos para mudanças.

Suponha-se, por exemplo, para melhor explicar a situação, a relação entre um investidor, o qual não declara seus proventos ao fisco, e que entrega certa quantia a um

<sup>314</sup> SIMÕES, P. H. de C. O Teorema de Equilíbrio de Nash. In SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 15., Rio de Janeiro, 2007. **Resumos...** Rio de Janeiro: PUC-RJ - Departamento de Matemática, 2007. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2007/relatorios/mat/mat\\_pedro\\_henrique\\_castro\\_simoes.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2007/relatorios/mat/mat_pedro_henrique_castro_simoes.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>315</sup> Gráfico oriundo do livro de: PICCI, 2011, p. 33.

<sup>316</sup> “Um equilíbrio de Nash é uma situação na qual, dadas as decisões tomadas pelos outros competidores, nenhum jogador pode melhorar sua situação mudando sua própria decisão. Em outras palavras, não há incentivos para tal mudança. Utilizando a definição formal de um jogo já apresentada [...]” (SIMÕES, op cit., p. 3).

empresário para que invista, de tal forma, que se o empresário o trair, não pagando o lucro do investimento, ele não terá a quem reclamar. Da mesma forma, se investido o dinheiro, e não paga a remuneração pelo serviço do empresário, este não terá a quem recorrer. Serão essas as possibilidades:

- a) Se o investidor cumprir sua parte, e o empresário também, cada um lucrará o acordado, ou seja,  $X$  (situação de ambos honestos);
- b) Se o primeiro, por exemplo, for desonesto, e não pagar a remuneração, ficará com  $X+1$ , e o empresário com  $0$ , caso seja honesto (situação desonesto e honesto);
- c) Se o primeiro for honesto, e pagar a remuneração, contudo, o empresário não restituir o dinheiro,  $0$  mais  $X+1$  (situação honesto e desonesto);
- d) Se ambos forem desonestos, o investidor não paga a remuneração, e o empresário não devolve o recurso entregue, ambos ficarão com  $X-1$ .

Percebe-se assim, em todos os exemplos, que, se a relação se mantiver no tempo, repetidamente, sem se saber quando será a última rodada, ambos terão incentivo forte para serem honestos, assim, receberão ambos  $30$ . Basta imaginar-se sucessivas relações nesses moldes, com os mesmos *players* ou outros, assumindo as mesmas posições, e oriundos de outro relacionamento igual, isto é, em razão de suas experiências passadas, tenderão a apostarem em serem honestos, de modo a eternizarem o lucro no nível médio, em  $X$ , ou  $30$  para ambos, como no primeiro exemplo do Gráfico.

Trazendo-se o exemplo acima - que ao atuar repetidamente em uma relação é chamado pela economia de *folk theorem*<sup>317</sup> - para a esfera das organizações humanas, e mesmo para os Poderes Públicos, pode-se, em tese, constatar o surgimento de uma relação de confiança, que reflete na construção da reputação do sujeito, a qual, por sua vez, faz com que ambos atuem em conformidade com o objetivo comum, maximizando resultados para ambos, e alcançando um equilíbrio.

Sendo assim, se duas organizações, por exemplo, forem capazes de agir dentro dos limites institucionais previstos, sem abusar de suas atribuições institucionais, de modo a ocupar, cada uma, certo espaço dentro da esfera constitucional de competências, ambas serão capazes de acreditar no histórico da outra, e por meio deste incentivo não-escrito terão ambas um *pay off* sempre positivo, além da desconstrução de possíveis incentivos para um desarranjo institucional, como qualquer atuação que vise maximizar os ganhos

---

<sup>317</sup> OLSZEWSKI, J. H. W. How Robust is the Folk Theorem? *The Quarterly Journal of Economics*, [S. l.], v. 124, n. 4, p. 1773–1814, 2009.

individuais em detrimento à relação estabelecida. A confiança, e a reputação positiva firmar-se-ão como instituições, na concepção de Douglas North, amarras não-escritas, que controlarão a atuação estratégica dos entes, por meio do destacado incentivo:

[...] o boca-a-boca informal sempre serviu à distribuição de informação sobre o comportamento de indivíduos e organizações, assim provendo um meio de contar situações como a do dilema de um prisioneiro para pessoas que se encontram com pouca frequência, mas que pertencem à mesma comunidade. Ainda, a atualização das crenças na qualidade intrínseca dos agentes, baseada na experiência pessoal pretérita, ou, novamente, no boca-a-boca, tem invariavelmente fornecido alguma forma de incentivo para se colocar esforço no desenvolvimento de uma reputação. Para resumir, as relações estratégicas que descrevemos nas seções anteriores certamente captam alguns aspectos relevantes da interação humana. Em todos os casos que consideramos, a relação dessas forças produz um sistema de incentivos que efetivamente condiciona o comportamento humano, resultando na emergência de instituições - isto é, de amarras, que “estruturam interações políticas, econômicas e sociais” (North, 1991). São instituições do tipo informal. A distinção entre instituições informais e formais, pertencentes às considerações reputacionais àquelas, é também útil por esclarecer a possibilidade de instituições informais, em certas situações, poderem se desenvolver a partir da necessidade de a ausência de instituições formais utilizáveis.<sup>318</sup>

A esta altura, já se pode tecer alguns nós, com as amarras e fios até então encontrados, de modo a prosseguir-se por um caminho que tende a estreitar-se. Verifica-se, que desde o comércio intecontinental, na Idade Média, a reputação já era um mecanismo eficiente, e amplamente difundido, de controle organizacional. Quer-se dizer, instituição, na concepção Northiana, a gerir, ainda que de forma não-escrita, o comportamento de grande quantidade de sujeitos. Esses mecanismos reputacionais - denomina-se assim, para o fim deste trabalho, qualquer estratégia humana criada ou intuída para o fim de gerenciar a construção reputacional de sujeitos envolvidos em uma sucessão de relações - evoluíram significativamente na era digital.

Na sociedade de informação, como já se delineou, o imenso fluxo de dados, a autoexposição dos sujeitos, e a compulsão ao compartilhamento *online*, tornaram viáveis, e ainda dinâmicos, mecanismos como o utilizado pelos sítios eletrônicos, nos moldes do mencionado *Ebay*. Em tais ambientes virtuais a reputação é construída por um histórico interativo, onde compradores e vendedores se atribuem pontuação, oriunda do trato negocial, de modo a esses relacionamentos, bem ou malsucedidos, resultarem em uma nota final a título de conceito reputacional, o qual influenciará na escolha do próximo fornecedor.

A análise de alguns ramos científicos, como explorado neste capítulo - com as sérias limitações oriundas da natureza e extensão deste trabalho - permite inferir-se que tais

---

<sup>318</sup> PICCI, 2011, p. 48.

mecanismos são comuns a vários aspectos da realidade humana, e explicáveis de forma diversa, porém, sempre com resultados conexos ou similares. No trato relacional, sujeitos tendem a comportar-se na expectativa do comportamento alheio, e tal noção, de que seu comportamento refletirá a resposta do outro, promoverá, igualmente, mudanças na forma de agir. Referidas mudanças progredirão de forma a tornar cogente o comportamento, e a amarra invisível será o incentivo ao êxito, seja relacional, comercial, econômico ou de sobrevivência puramente, em termos biológicos e antropológicos. A reputação aparece assim, como termômetro, a guiar a comunidade, e mais especificamente, a mover relações em um sentido ou noutro, à mercê da conformidade com o grande incentivo comportamental gerado.

Organizações, guiadas por seres humanos, e por instituições formais e informais, não são diferentes. As restrições controlam o comportamento de seus membros, e o seu próprio, tomando conta do leme institucional, e dando azo a medidas de várias espécies, no sentido da compreensão de como o manejo implicará em ganho reputacional.

Perceber-se-á, com a evolução deste estudo, que as Cortes Supremas e Constitucionais gozam também de reputação, em um formato específico, que denominaremos de reputação judicial. Tal instituição tem seu nascedouro em tudo que aqui exposto, mas guarda profundas especificidades particulares à atuação institucional e estratégica daqueles órgãos, e cuja compreensão, inclusive, é essencial para a proteção de sua missão constitucional. Impõe-se ainda, traçar algumas distinções salutares para que se possa, somente ao final, conceituar com maior clareza a noção do que seja a reputação, de modo a ser possível prosseguir-se no aprofundamento do tema da reputação judicial.

## **5.2 Definindo e distinguindo a reputação de outros conceitos análogos**

Não findam nas explicações acima as contribuições da Economia para a definição do que seja a reputação. Enfatiza, aquela serasa do conhecimento, ainda, que a reputação é um construto multidimensional, tendo diversas funções para a organização humana. Primeiro, ela age como um mecanismo de sinalização, construída - com o papel da mídia - a partir da avaliação agregada das ações pretéritas, tornando-se, como anteriormente explicitado, um meio de previsão, inclusive estatístico, de comportamentos presentes e futuros. Ademais, atua como uma ferramenta que reflete o conhecimento coletivo acumulado sobre determinada organização, fornecendo a entidades externas um eficiente



mecanismo de identificação e categorização. Neste sentido, a reputação é manifestação externa da identidade da organização, ou seja, de quem ela é.<sup>319</sup>

É a partir da construção da identidade que a reputação será diferenciável da imagem organizacional e da legitimidade, todos os três conceitos, contudo, interrelacionáveis. Sem se pretender esgotar o tema, que é objeto de grande controvérsia e múltiplas interpretações, expor-se-á de forma coerente e concisa a compreensão para o presente trabalho desses termos análogos, de forma a traçar-se distinção que corrobore a ideia de reputação até aqui desenvolvida.<sup>320</sup>

A identidade organizacional consiste na crença própria dos membros de uma organização sobre suas características essenciais, ou seja, *quem ou o que nós somos*. É o resultado, assim, da compreensão interna, de seus próprios membros, sobre os aspectos centrais e duradouros que estabelecem sua distinção enquanto uma entidade social. Identidade é a compreensão própria, a qual facilita a sua organização funcional, inclusive ao interpretar as condições mercadológicas, ambientais ou sociais; adquirir recursos ou desenvolver estratégias e atividades.

A imagem, por sua vez, seria primeiramente uma projeção, focada em como o sujeito ou a organização pretende ser vista externamente. A imagem é intencional, e cuidadosamente desenvolvida, e é tipicamente o reflexo da identidade organizacional como acima descrita, uma projeção ou expressão da identidade enquanto autoimagem. Alternativamente, a imagem é compreendida como uma percepção ou conjunto de percepções que têm terceiros, assim, seria comumente distorcida e filtrada por meio da mídia, e é, por vezes, esta imagem que é percebida por outrem, nomeada de reputação, sem, contudo, ser suficiente para corresponder a esta, de natureza mais complexa e distinta. Isto pela sua característica comparativa e evolutiva, enquanto a imagem é uma reprodução fixa, de símbolos e mensagens.<sup>321</sup>

Já a legitimidade, que não se confunde nem com a identidade organizacional ou com a imagem, tem um indiscutível caráter valorativo, ou seja, é o resultado de um julgamento avaliativo - de uma pessoa ou organização - em consonância com normas sociais ou valores, bem como a atenção a requisitos ou pressupostos. Trata-se, assim, de

<sup>319</sup> FOREMAN, P. O.; WHETTEN, D. A.; MACKAY, A. Na identity-based view of reputation, image, and legitimacy: clarifications and distinctions among related constructs. In BARNETT, M. L.; POLLOCK, T. G. (orgs.). **The Oxford Handbook of Corporate Reputation**. Londres: Oxford University Press, 2011. p.179-195. Cf. NOE, T. A survey of the economic theory of reputation: its logic and limits. In BARNETT, M. L.; POLLOCK, T. G. (orgs.). **The Oxford Handbook of Corporate Reputation**. Londres: Oxford University Press, 2011. p. 114-139.

<sup>320</sup> FOREMAN; WHETTEN; MACKAY, op cit., p. 179-195.

<sup>321</sup> Ibid., p. 191.

uma avaliação baseada em um número ou tipo de critérios, que podem ser pragmáticos (isto me beneficia?), morais (é a coisa certa?) ou cognitivos (é frequentemente assim?). A legitimidade, logo, é a percepção generalizada ou assunção de que as ações de uma entidade são “[...] desejáveis, próprias ou apropriadas dentro de um sistema socialmente construído de normas, valores, crenças e definições.”<sup>322</sup>

Legitimidade e reputação têm a similaridade de serem, ambas, frutos de certas avaliações, contudo, neste ponto começam suas diferenças. Enquanto aquela é uma avaliação positiva ou negativa de conformidade com normas previamente estabelecidas, a reputação é uma avaliação mais dinâmica, vis-à-vis outras organizações. Enquanto a legitimidade representa um julgamento de adequação de uma pessoa ou organização, logo, observadores externos estão realizando a avaliação por meio de uma lente específica de critérios, a reputação, por outro lado, reflete um juízo de eficiência organizacional, o foco está em sua distinção quanto aos demais, com ênfase no seu comportamento interrelacional. Terceiros estão assim avaliando a organização em comparação com o comportamento de outras organizações e o seu próprio passado institucional, de olho em suas capacidades e a eficiência de suas condutas.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> FOREMAN; WHETTEN; MACKKEY, 2011, p. 191.

<sup>323</sup> Pede-se vênia para a longa citação, que somente se justifica pela profundidade da explicação e riqueza de referências, dificilmente reproduzível de outra forma: “Legitimacy has been assessed in past definitions in terms of acceptability or acceptance (Brown, 1997, p. 664; Knoke, 1985, p. 222; Meyer and Rowan, 1977, p. 351), taken-for-grantedness (Carroll and Hannan, 1989; Meyer and Rowan, 1977), reasonableness, appropriateness, and congruence (Brown, 1998; Dowling and Pfeffer, 1975; Meyer and Rowan, 1977). Suchman (1995, pp. 573–4) presented an encompassing definition of legitimacy as ‘the generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate’ within a social system. **Thus, it appears that a central element of legitimacy, as currently understood, is meeting and adhering to the expectations of a social system’s norms, values, rules, and meanings** (Hirsch and Andrews, 1984; Parsons, 1960). For example, Lawrence (1998) suggested that legitimacy indicates that one is qualified for a particular profession. That is, the person has the knowledge, skills, or competence to be a member of that profession. Ruef and Scott (1998) followed Scott (1995) and wrote that organizations must conform to normative rules, regulative processes, and cognitive meanings. Some expectations can be explicit and set by professional associations, governments, etc. (DiMaggio and Powell, 1983); others can be implicit and emerge over time from interactions among participants in a social system (Edelman, 1992). Regardless of the source of these expectations (Ruef and Scott, 1998), social actors generally accept and take for granted legitimate organizations (Suchman, 1995). In contrast to legitimacy, reputation has been assessed in past definitions in terms of relative standing or desirability (Shrum and Wuthnow, 1988), quality (Podolny, 1993), esteem (Dollinger et al., 1997; Fombrun, 1996, p. 37; Hall, 1992, p. 138; Heugens, 2004), and favourableness (Deephhouse, 2000). Shenkar and Yuchtman-Yaar (1997) equated reputation with image, esteem, prestige, and goodwill in developing the encompassing concept of organizational standing, because all terms indicate the relative position of an organization amongst its counterparts. Ruef and Scott (1998) similarly highlighted status comparisons as central in reputation. **At the individual level, Lawrence (1998) proposed that the reputation of a forensic accountant indicates expertise vis-à-vis other accountants. Thus, central to a reputation is a comparison of organizations to determine their relative standing. For any two organizations, they will either have the same reputation or, more likely, one will have a better reputation than the other.**” (DEEPHOUSE, D. L.; CARTERS, M. An examination of differences

Uma ilustração poderá auxiliar na compreensão da diferença. Suponha-se uma instituição financeira. Se esta deixa de atender à regulamentação exigida pelo Banco Central do Brasil, que a coloca na situação ou posição de instituição financeira, perderá seu direito de atuar no mercado respectivo ou mesmo o direito de funcionar e oferecer seus serviços. Tais requisitos não são sequer negociáveis. A violação à norma resultará em perda de legitimidade para atuar como instituição financeira, ponto final.

Imagine-se, de outro modo, que o mesmo banco apenas decida modificar-se, de modo a melhor adaptar-se ao mercado, sem qualquer ofensa à regulamentação bancária, sem comprometimento, assim, de sua identidade enquanto banco. Poderia ele, por exemplo, abrir sedes regionais, ou atuar em diferentes mercados, inovar em serviços, ou na forma como prioriza certos clientes. Tais modificações, que não derrogam sua qualidade de instituição financeira, e seu direito de atuar como uma, interferirão, certamente, na sua posição dentro da competição mercadológica, no contexto social, afinal, o mercado é produto da interação humana, de modo que sua relação com clientes, fornecedores e outros bancos, mudará, aumentando ou diminuindo, agora sim, sua reputação.<sup>324</sup>

A distinção não significa, contudo, que a reputação não seja um enorme indicador de legitimidade. Enquanto um fenômeno ao mesmo tempo disperso e centrado em um sujeito - o que pode parecer paradoxal à primeira vista, já que a reputação guarda relação com uma rede de observadores e sujeitos que participam do universo interacional, e ao mesmo tempo está vinculada a certo sujeito ou organização em determinado momento histórico - a reputação é forte indicador de legitimidade, uma vez que os critérios desta costumam ser pensados em termos de adequação a um fim específico, o qual tem relação com ambos os conceitos e sua avaliação social:

Legitimidade organizacional e reputação organizacional são dois conceitos representativos da avaliação de uma organização por um sistema social. [...] Como atualmente compreendido, há muitas similaridades entre os dois conceitos. Primeiramente, eles resultam de semelhantes processos de construção social, em coerência com a avaliação do público específico. Segundo, os dois conceitos têm sido ligados a antecedentes similares, como tamanho da organização, filantropia, alianças estratégicas e atenção às regulações. Terceiro, uma importante característica de ambos é a melhoria na capacidade de adquirir recursos.<sup>325</sup>

Ocorre que o alcance da legitimidade, ao mesmo tempo que depende da atenção a requisitos previamente estabelecidos - como, por exemplo, a atenção a critérios democráticos para se considerar o governo como representativo deste ideal - também será

---

between organizational legitimacy and organizational reputation. **Journal of Management Studies**, v. 42, n. 2, p. 329-360, 2005. p. 330, grifos nossos).

<sup>324</sup> FOREMAN; WHETTEN; MACKAY, 2011, p. 179-195.

<sup>325</sup> DEEPHOUSE; CARTERS, p. 329.

implementado ao se atingir o ideal de reputação positiva. A razão é que isto significará a existência de interação positiva e eficiente com outros governos, organizações e sujeitos, gerando uma maior sensação de atendimento às necessidades democráticas de seu funcionamento, e conseqüentemente maior densidade a sua pretensão de legitimidade enquanto engrenagem do mecanismo democrático.

A reputação tem ainda dois efeitos destacáveis sobre o comportamento humano. Quando um sujeito racional se comporta, ou atua no mundo, ele tem em mente seus comportamentos passados, e tem noção que a sua reputação, ou seja, a forma como é visto na relação com os demais se baseia na soma dessas interações. Há, assim, a noção de que dispõe de uma espécie de patrimônio imaterial, um capital positivo. Isto leva o sujeito a pensar duas vezes ao agir, de modo a não abalar os investimentos realizados por meio de comportamentos anteriores, de modo a não abalar seus relacionamentos. Os romanos diziam, em um adágio: “[...] *semel in anno licet insanire*” ou seja, é aceitável ser louco uma vez ao ano; se o sujeito age fora de certos limites, dentro dos quais sua reputação é concebida, repetidamente, perderá capital positivo, e ela mudará. Considera-se este o *efeito estático*, por ser ele concebido em dado momento, no sentido de que se aplica ao sujeito específico em certo momento histórico.<sup>326</sup>

O *efeito dinâmico* guarda relação com a capacidade da reputação de promover melhorias no próprio sujeito com o passar do tempo. Isto acontece por duas vias. A reputação funciona como grande incentivo para que o sujeito se comporte de modo a crescer pessoalmente, seja desenvolvendo habilidades ou agregando conhecimentos que sejam capazes de melhorar sua reputação. Ainda, a reputação torna real um processo natural de seleção, já que permite a seleção baseada no acúmulo das performances passadas, de modo que o sujeito com melhor reputação será escolhido, em detrimento dos demais:

Os efeitos reputacionais que observamos podem ser definidos como estáticos, no sentido que, quando estão presentes, eles induzem certos sujeitos a se esforçarem para entregar produtos de alta qualidade. Todavia, como discutimos no capítulo introdutório, eles também eventualmente terão o que chamamos de efeito dinâmico, por apoiar um mecanismo de seleção que tende a excluir atores de baixo desempenho ou qualidade. De forma mais mundana, restaurantes que persistentemente destratam seus clientes, ou empresas que consistentemente produzem produtos de baixa qualidade, eventualmente quebram. É este tipo de interação estratégica, onde as pessoas aprendem sobre as características alheias pela observação (imperfeita) do resultado de suas ações, que nos servirá, no próximo capítulo, para o desenvolvimento de uma caracterização de como a

---

<sup>326</sup> PICCI, 2011, p. 18.

administração pública funciona, e o papel presente e prospectivo de incentivos reputacionais.<sup>327</sup>

Como consequência, a combinação dos efeitos estático e dinâmico permite maior previsibilidade sobre o comportamento humano racional, uma vez que o desejo de manter e melhorar a reputação, e assim, salvaguardar ou construir relacionamentos, em muitas instâncias, funciona como poderoso incentivo que atua como alternativa à contratualização do comportamento, especialmente quando um modelo puramente negocial não é possível ou recomendável.

A reputação é, assim, o resultado de um complexo processo comunicacional, e funciona, ainda, como uma espécie de capital, no sentido econômico, de um bem que pode ser utilizado na produção de outros bens ou serviços, uma vez que tem o condão de gerar atenção e obediência a certos comportamentos corretamente indicados. Da mesma forma, permite ao sujeito agregar apoiadores e oportunidades.

Todavia, há duas características outras, que merecem ser pontuadas: sua *mutabilidade* e sua *transferabilidade*. A primeira decorre da possibilidade, já aventada, de que o comportamento prolongado, fora da expectativa, poderá promover uma alteração da reputação dentro do complexo relacional, à medida que os demais sujeitos não mais encontrarão naquele indivíduo ou organização a conduta esperada, ou seja, nem de longe a reputação é capital intangível, ao contrário, está sujeita a flexões temporais e diretamente relacionadas ao ambiente e aos sujeitos<sup>328</sup>.

Já a mutabilidade decorre da circunstância de que a manutenção da reputação poderá depender de uma mudança comportamental para que as expectativas continuem a ser alcançadas, diante de alguma mudança no meio ambiente. O sujeito que tem a reputação de ser um grande cumpridor de horários, por exemplo, com o advento do horário de verão, quando os relógios são adiantados em uma hora, terá de cumprí-los mais cedo, a simples manutenção do comportamento fático, no sentido do mesmo horário de antes, quando eram realizadas as tarefas pontualmente, agora, com a mudança, provocará o rompimento de expectativas e o declínio reputacional imediato. Sujeitos e organizações devem se adequar às expectativas relacionais e de eficiência, sob pena de sua reputação sucumbir.

Quanto à segunda característica, a explicação de Voswinkel é esclarecedora, ao discorrer sobre a transferência de reputações entre sujeitos em uma constelação relacional,

---

<sup>327</sup> PICCI, 2011, p. 47.

<sup>328</sup> VOSWINKEL, S. Reputation: a Sociological view. In HELM, S.; LIEHR-GOBBER, K.; STORCK, C. **Reputation Management**. Heidelberg: Springer, 2011. p. 32.

e como isso influi na sua aquisição e transformação, partindo do pressuposto, inclusive, de que “[...] construir e cultivar uma reputação deve ser o foco de um comportamento estratégico”<sup>329</sup>:

**A reputação de um ator pode ser transferida para outros atores - ou pode danificar a de outros.** Por exemplo, Tom é muito bem visto por Paul, e George por Christine, embora esta tenha uma opinião ruim de Paul. Como resultado, ela também será cética em relação a Tom. O fato de que George, por sua vez, considera Paul, a leva a duvidar o julgamento de George. Autoridades emprestam a esta constelação uma estrutura definitiva. Se George for altamente bem visto não somente por Christine, but também por Kevin, Ronny e Suzanne, então é provável que Christine mudará sua opinião sobre Tom, se George, a quem ele respeita, considera Tom [...]. **Que reputações são adquiridas e formatadas significa ao mesmo tempo que estão suscetíveis a desconfianças. Pois todos sabem que a imagem projetada por alguém não é ‘autenticamente’ o resultado do que o sujeito é, havendo uma parcela relativa a encenações, ou seja, como alguém se apresenta em um sentido dramático, e como alguém se posiciona diante a um grupo. Logo, é sempre possível pender dúvida sobre a reputação, justificadamente. Reputação pode ser descrita como um tipo de crédito que se recebe por confiança - na ausência de provas contrárias. E aqueles que estendem o crédito procuram constantemente provas de que a reputação é justificável. Por sua vez, aqueles que recebem o crédito, devem provê-las de tempo em tempo.**<sup>330</sup> (grifos nossos)

Em uma sociedade da informação, onde abundam dados, torna-se natural ainda a criação de testes reputacionais. A razão disso, como se indicou, é estabelecer até que ponto ela corresponde ao *verdadeiro ser*, e em que medida merece ser reduzida ou desconsiderada. Os exemplos são os mais variados, desde testes adolescentes e ritualísticos para avaliar a masculinidade entre colegas de escola, passando por avaliações de acesso à universidade, até testes relacionados à qualidade de produtos de consumo, entrevista para avaliação de traços da personalidade para o mercado de trabalho, etc.

Significativo lembrar-se que essas relações reputacionais são circulares, alguém que detém reputação transfere reconhecimento a outros por meio de certo método ou contato, e os últimos se tornam detentores dessa reputação. Conseqüentemente, atores ou músicos tentam ganhar reputação mencionando os atores ou músicos famosos com quem trabalharam, e pesquisadores mencionam as instituições mais renomadas onde se formaram, realizaram pesquisas, onde ou com quem publicaram trabalhos.<sup>331</sup>

Caminhando-se para a conclusão deste capítulo, em breve síntese, tem-se que a reputação é fenômeno humano, ligado a um sujeito ou organização, e que para este configura ao mesmo tempo um capital - porque é bem intangível e imaterial suscetível de agregar valor às condutas do sujeito - e uma instituição societária informal - já que a busca

<sup>329</sup> VOSWINKEL, 2011, p. 36.

<sup>330</sup> Ibid., p. 36.

<sup>331</sup> Ibid., p. 37.

por sua preservação e aumento, assim como a sua percepção pelo outro, promovem restrições comportamentais.

Enquanto característica organizacional ou humana é variável ou mutável, conforme o momento histórico; dependente de adaptação ao meio ambiente e de permanente readaptação, e é transferível pela interação. Além de auxiliar a cooperação direta e indireta, se forma e se mantém pela observação, mas, fundamentalmente, a partir da interação entre os sujeitos, e o resultado desses comportamentos estratégicos, ao promoverem maior ou menor eficiência na realização de seus propósitos ou fins institucionais.

Dentre as características que se podem nitidamente apontar, como facilitadoras da construção de uma reputação positiva, estão, marcadamente, a transparência, de modo a capacitar o outro a ver e antever seu comportamento. A coerência comportamental, já que a mudança imotivada afasta a previsibilidade que, como visto a partir do experimento econômico, auxilia na formação da reputação quanto a dado comportamento ou característica comportamental. Ainda, a capacidade de adaptação às mudanças do meio, de modo a permitir a manutenção da conduta valiosa em termos reputacionais. Esta tem a ver, igualmente, com seu efeito dinâmico, de incentivar o sujeito a melhorar sempre em termos de eficiência da sua conduta e do resultado almejado, de modo a agregar maior valor à sua pessoa.

## 6 A REPUTAÇÃO JUDICIAL E O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO-ATITUDINAL DE CORTES E MAGISTRADOS

No verão de 2012, após as audiências públicas que antecederam o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, quanto à constitucionalidade do chamado *Affordable Care Act* - Lei Federal popularmente chamada de *Obamacare Act* - Justice Roberts, *swing vote* à época - ou seja: aquele julgador a quem incumbiria solucionar a disputa diante de provável empate, e quem se posicionava ora de forma mais conservadora, ora mais liberal, tornando imprevisíveis suas decisões - haveria decidido, tardiamente, a votar por sua constitucionalidade. O vazamento da notícia, sem precedentes, por alguém próximo e anônimo, não alegrou os conservadores. A razão da mudança teria sido a grande preocupação com a reputação da Corte.

Dizer isso, que a reputação estaria abalada com a decisão, significava o fato de que se previa forte *backlash*, resistência do Poder Executivo, rejeição do público - em especial os milhões de americanos que perderiam o direito ao serviço público de saúde - e, possivelmente, do Legislativo. Ao final haveria grandes chances da Corte ser considerada um protagonista menor nesse diálogo pela formação da resposta do Constituinte, e sofrer uma grave derrota, a qual a posicionaria como o fracassado artífice de uma tentativa política de imposição de uma medida de exclusão de pobres e negros.<sup>332</sup>

No Brasil, por sua vez, recentemente, com a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019<sup>333</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu Presidente, o Ministro Dias Toffoli, decidiu determinar a instauração, de ofício, do Inquérito nº 4.781-DF, de 19 de março de 2019. O objetivo seria “[...] velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo [...]” e investigar a “[...] existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças [...]”, tendo por Relator, escolhido sem sorteio, mas por nomeação da mesma autoridade, o Ministro Alexandre de Moraes.

Apesar dos aplausos iniciais de órgãos de classe, como a própria Ordem dos Advogados do Brasil, o prosseguir das investigações resultou em medidas controversas, como a determinação de retirada de reportagens do ar de jornais de grande circulação, as quais estariam, segundo a posição do Relator, fomentando a difusão de notícias falsas, o que a muitos soava como censura realizada pela Corte em nome e defesa próprios. Deste

<sup>332</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 3.

<sup>333</sup> BRASIL. **Inquérito nº 4781 Distrito Federal, de 19 de março de 2019**. Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.



ponto em diante, a repercussão na mídia da opinião pública e dos responsáveis pelos meios de comunicação, assim como de juristas, representantes do Poder Legislativo, de Ministros da própria Corte e, mesmo, da Procuradoria-geral da República, fora desanimadora, e amplamente negativa. Ao passo de solicitar a última, como titular da Ação Penal, seu imediato arquivamento, reputando o incidente “[...] ofensivo ao sistema constitucional de proteção a direitos e garantias fundamentais”<sup>334</sup>.

No seio do Congresso Nacional discutia-se medida que viesse a surtar os efeitos da decisão do Supremo, e até mesmo propostas de *impeachment* de ambos os Ministros, ainda sem encaminhamento, mas na ordem do dia dos debates. A enorme pressão terminou por incentivar o Relator a rever sua proibição aos meios de comunicação, e a autorizar a publicação de quaisquer ensaios, reportagens ou notícias. O efeito deletério à reputação da Corte poderia ser sentido no ar pesado das manifestações nas tribunas de ambas as casas do Congresso Nacional, e na ampla rejeição pública. O perigo, contudo, de abalo à reputação, e de não ser capaz a Corte de manter sua posição, e terminar como inimiga a ser combatida, fora provisoriamente suspenso. Com o cessar das iniciativas nos autos do Inquérito, cessaram os clamores por mudanças institucionais e quanto a seus membros.<sup>335</sup>

Como afirma Ginsburg, as Cortes e seus juízes são agentes públicos em uma sociedade, não são semideuses capazes de formatar as políticas públicas à luz de sua interpretação constitucional sem qualquer preocupação com os demais protagonistas do

---

<sup>334</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Petição nº 509/2019 – LJ-PGR. Único nº 107339/2019. Inquérito nº 4.781, de 16 de abril de 2019.** Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-arquiva-inquerito-instaurado.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>335</sup> O fundamento formal, frágil, da decisão revogatória, teria sido o desconhecimento pelo Relator de documento sigiloso, mencionado em uma das reportagens, e que realmente existia: “Comprovou-se que o documento sigiloso citado na matéria realmente existe, apesar de não corresponder à verdade o fato que teria sido enviado anteriormente à PGR para investigação. Na matéria jornalística, ou seus autores anteciparam o que seria feito pelo MPF do Paraná, em verdadeiro exercício de futurologia, ou induziram a conduta posterior do Parquet; tudo, porém, em relação a um documento sigiloso somente acessível às partes no processo, que acabou sendo irregularmente divulgado e merecerá a regular investigação dessa ilicitude.” (BRASIL, Inquérito nº 4781 Distrito Federal, de 19 de março de 2019, 2019). Cf. Como noticiou o próprio sítio do Senado, vários Senadores se manifestaram negativamente e em grave tom: “— É uma agressão à democracia, à liberdade de imprensa, que é o pilar de qualquer democracia. Será que este Congresso Nacional não vai ser solidário ao jornal digital O Antagonista, à revista Crusoé, à imprensa? Vai permitir que isso aconteça e ninguém aqui vai se rebelar? Não tem cabimento! — criticou Kajuru. [...] Para Reguffe, a medida foi censura e não cabe ao Supremo Tribunal Federal agir com corporativismo. — Se há uma matéria errada, se há uma injustiça, que se reponha a injustiça, que se entre na Justiça, que se busque uma indenização. Há uma série de meios com que se pode fazer isso, inclusive na própria Justiça. A liberdade de expressão tem que ser preservada neste país — afirmou, acrescentando que, sem prejulgamentos ou generalizações, o Congresso precisa ‘cumprir o seu papel em defesa da sociedade brasileira’”. (BRASIL. Senado Federal. Senadores criticam decisão do STF de retirar reportagem do ar. **Senado Notícias**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/15/senadores-criticam-decisao-do-stf-de-retirar-reportagem-do-ar>. Acesso em: 15 maio 2019).

jogo político e do processo democrático de formação da vontade popular. Precisam, assim, estar apar do macrocontexto - *the big picture or broader political context* - ou seja, estão permanentemente constrangidos e restritos aos limites de seu poder impositivo, sob pena, de agindo irrefletidamente, abalarem seu apoio público - e aqui quer-se dizer simultaneamente popular e dos Poderes Públicos - o que pode implicar nas mais desastrosas atitudes contra a sua manutenção enquanto Corte Suprema ou Constitucional.<sup>336</sup>

De modo a tornar o desafio ainda mais complexo, a “[...] sociedade não é, obviamente, um ator único, mas uma amálgama de indivíduos e grupos com interesses e preferencias variadas”<sup>337</sup>, e a Corte, como já se alertou, não dispõe de recursos ou de força bruta suficiente para impor suas próprias decisões. É, assim, um rei sem exército, um general sem batalhão a lhe obedecer, ou mais curiosamente, seu exército ou seu batalhão, só a obedecerá na exata medida de seu prestígio público, que traduzimos, aqui, por reputação judicial.

Judicial, por ser a reputação específica de Cortes, por não se estar tratando de outros sujeitos, como sociedades empresárias, pais, artistas ou profissionais, que têm diversos misteres e missões no exercício de suas atribuições. Cortes precisam zelar pelo seu prestígio dentro de um contexto específico, de diálogo constitucional e interinstitucional, a partir de estratégias específicas, e nos limites de sua atuação funcional. Nesse exercício precisam ter a habilidade para “[...] se comunicarem com certos públicos que reagem às suas decisões: a mídia, os políticos, advogados, juristas e o próprio público”<sup>338</sup>.

A reputação judicial, partindo-se das lições enunciadas no capítulo anterior, é uma qualidade relacional, a ser observada de forma estratégica, que guarda relação com eficiência no trato de seus pares ou de outros sujeitos com quem há a necessidade de relacionamento para o cumprimento da missão institucional da organização, neste caso, a missão constitucional da Suprema Corte, em uma perspectiva, portanto, judicial, porque proveniente de órgão do Poder Judiciário, com suas particularidades inerentes a seu papel - e não judicial em um sentido não-político - já que vários dos mecanismos reputacionais que serão expostos guardam próxima relação com a compreensão pela Corte do momento político e histórico, e da melhor hora ou forma de decidir.

---

<sup>336</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 3.

<sup>337</sup> Ibid., p. 3.

<sup>338</sup> Ibid., p. 4.

A reputação judicial, em verdade, não é somente a reputação atribuível à Suprema Corte, mas ao Judiciário como um todo. Um Judiciário com uma melhor reputação terá mais facilidade de obter recursos públicos, e terá o condão de exercer mais efetivamente certo grau de influência sobre o agir da comunidade ao qual está vinculado. Ainda, Cortes de prestígio serão citadas e seguidas por Cortes Estrangeiras, permitindo que seus modelos decisórios sejam replicados, acentuando-se a noção de que decidiram corretamente.

O Judiciário italiano, por exemplo, tivera um forte abalo em sua reputação em 2007, em razão do caso da cidadã estadunidense Amanda Knox, a qual era uma intercambista na Itália naquele ano, e fora condenada em primeira instância e pelo Tribunal Regional de Florença, junto com seu namorado italiano, pelo assassinato de um colega britânico, seu companheiro de quarto. A Corte de Cassação italiana anulou, contudo, a decisão, e depois veio a absolvê-la completamente.

Esta disfunção do judiciário, em razão de tantas idas e vindas, e a delonga, deixaram à amostra o enorme acúmulo de processos, e a demora de em média 5 anos para a solução de casos criminais, enquanto casos civis demoram ainda mais, até 7 anos. As últimas reformas, consideradas sem sucesso, levaram a críticas pelo Conselho Monetário Internacional, e foram apontadas como fonte de percalços para todo o país, inclusive para o seu crescimento econômico, e para o afastamento de investimentos no país.

O interessante estudo apontou ainda os pontos críticos do Judiciário Italiano, e indicou como suas características negativas diversos fatores, sendo eles: a delonga nos julgamentos; sua conseqüente ineficiência em solucionar as controvérsias; a combinação de um grande número de Cortes e as baixas custas judiciais; o grande número de casos pendentes de solução; um enorme número de advogados, sem a necessidade de qualquer qualificação específica para litigar perante a Suprema Corte; a continuidade da enorme carga de trabalho das Cortes revisoras, apesar das reformas implementadas; a imprevisibilidade do resultado dos julgamentos, e, por fim, a complexidade e extensão dos procedimentos.<sup>339</sup>

---

<sup>339</sup> “The inefficiency of the Italian judicial system has contributed to reduced investments, slow growth and a difficult business environment. The enforcement of civil and commercial claims suffers from excessive delays in court proceedings, resulting in a very large number of pending cases. The Italian authorities have over the years taken steps to remove bottlenecks and speed up judicial proceedings. While these measures are generally steps in the right direction, more can be done. Consideration could be given, inter alia, to reviewing court fees, improving the new mandatory mediation scheme, strengthening court management, and reforming the appeal system.” E continua: “An efficient justice system is essential for sustained economic growth. A well-functioning, independent, and efficient justice system is one where decisions are taken within a reasonable time, are predictable and effectively enforced, and where individual rights, including property rights, are properly protected.<sup>2</sup> Improving the efficiency of the judicial system can improve the business climate, foster innovation, attract FDI, secure tax revenues and

Esta compreensão de que a reputação judicial é uma característica do próprio Poder Judiciário, como um todo, permite a distinção entre reputação interna e externa. Consiste a reputação judicial interna naquela percebida dentro do próprio Poder Judiciário, sendo que os Judiciários de certos países são essencialmente atentos a ela, fechando-se, em maior medida à audiência externa. Nesses Judiciários, *v.g.* o Japonês, juízes estão mais insulados do público, não dão declarações para a imprensa, decidem exclusivamente nos autos, respondem apenas a Conselhos ou Superiores. De outro lado, a reputação externa atenta para a parcela de reflexos nos entes de fora da estrutura do Poder, como a mídia, a Sociedade Civil organizada, e os demais Poderes.<sup>340</sup>

Há Poderes Judiciários mais aberto a diálogos, exposições, e mesmo contatos de natureza eminentemente política, onde juízes participam de atos, cerimônias e entrevista, chegando a expor opiniões sobre questões constitucionais ainda não decididas. Parece ser o caso do brasileiro, sem sombra de dúvidas. Recentemente, o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, reuniu-se com o Presidente da República, Jair Bolsonaro, o Presidente do Senado, Senador Davi Alcolumbre e o Presidente da Câmara, Deputado Rodrigo Maia, para tratar exatamente do tema de diálogos entre os Poderes, e em que poderiam colaborar para a aprovação da reforma da previdência. Declarou o Deputado Rodrigo Maia, após o almoço das autoridades, que: “O que nós estamos construindo é a forma para que os Poderes possam dialogar melhor, pactuar uma relação de governabilidade para o Brasil. No sistema democrático todos governam juntos”.<sup>341</sup>

Sendo a reputação o resultado de um complexo processo comunicacional entre protagonistas do diálogo entre Poderes, tais distinções comportamentais nitidamente trarão repercussões na esfera reputacional. Um Judiciário aberto, expansivo, de fortes interações políticas, como o brasileiro, terá dificuldades que outros mais fechados não terão. À guisa de exemplo, pode-se citar a dificuldade para o público comum, de acreditar que as decisões referentes, por exemplo, à Reforma da Previdência, não possam sofrer fortes influências político-partidárias, após uma reunião como a acima citada, onde houve declarações de

---

support economic growth. This paper focuses on the enforcement of civil and commercial claims in Italy as a key way to improve the environment for sustaining economic growth.”. (ESPOSITO, G.; LANAU, S. POMPE, S. Judicial System Reform in Italy: a Key to Growth. **IMF Working Paper**, [S. l.], p. 2-18, 2014. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp1432.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019).

<sup>340</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 7.

<sup>341</sup> MAZUI, G. Maia recebe Bolsonaro, Toffoli e Alcolumbre em almoço para melhorar diálogo entre os poderes. **G1**, Brasília, DF, 2019. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/16/maia-recebe-bolsonaro-toffoli-alcolumbre-em-almoco-para-discutir-agenda-entre-os-poderes.ghtml>. Acesso em: 19 maio 2019.

comprometimento pela sua aprovação, colocando, porventura, em dúvidas, a própria idoneidade do julgamento constitucional, mormente diante da inexistência no exercício da jurisdição constitucional, em muitos instantes, de critérios explícitos e rígidos, a guiar o julgador.

Aqueles que forem contrários apontarão, provavelmente, a reunião, o que depreciará, entre esses, o apoio público à Corte. Possivelmente, aqueles que forem favoráveis verão na iniciativa uma fonte de esperança na não intervenção do STF nas decisões do Congresso Nacional sobre o tema, e isso refletirá na lógica interna dos Poderes, quanto às opiniões dos políticos da situação e da oposição, e em como buscarão a Corte na tentativa de solucionar empasses morais, políticos ou jurídicos. Como se percebe, o tema é de enorme complexidade.<sup>342</sup>

A reputação judicial, em sua perspectiva interna ou externa, desponta assim como uma característica do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, e, em nossa perspectiva, do Supremo Tribunal Federal, atuando como uma instituição, no sentido Northiano, enquanto, simultaneamente, uma restrição ao agir de modo a reduzi-la, e um incentivo ao agir que tenda a aumentá-la ou potencializá-la. É avaliada por terceiros e por membros do próprio Judiciário, e construída diante deles, por meio das relações estabelecidas, diuturnamente, enquanto um acúmulo de posturas passadas, presenciadas e produtoras, assim, no imaginário alheio, de uma imagem avaliativa sobre a postura do sujeito observado, titular da reputação judicial. Requer, assim, sua construção, uma avaliação de performance, de comportamento no trato com os demais, e na atenção à sua missão institucional.<sup>343</sup>

A reputação judicial é extremamente relevante para uma Corte Suprema ou Constitucional, em vários sentidos. Primeiro, por reduzir assimetrias, ensejando aos desinformados, em especial ao público em geral, que não detém expertise sobre o tema, uma amálgama de dados sobre as qualidades do Judiciário, da forma que percebido pelas audiências mais qualificadas.

---

<sup>342</sup> Quando associações de juízes, como Juízes pela Democracia, e mesmo integrantes da Corte, como o Ministro Marco Aurélio de Mello, criticam os encontros entre o Presidente do STF e políticos, para o fim de celebração de acordos de viabilização de certas pautas, ainda que relevantes para o país, se percebe o quanto a reputação interna está abalada, os próprios membros, do Judiciário e da Corte, não confiam nas habilidades relacionais do Presidente Dias Toffoli quanto à sua competência para impor tais agendas. Cf. ASSOCIAÇÃO de juízes crítica STF e fala que democracia brasileira está sob ataque. **Gazeta do Povo**, São Paulo, 2018. Caixa Zero. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/caixa-zero/associacao-de-juizes-critica-stf-e-fala-que-democracia-brasileira-esta-sob-ataque/>. Acesso em: 2 jun. 2019; CAMPOS, J. P. Marco Aurélio diz que ‘jamais’ faria pacto entre Poderes, como Toffoli. **Veja**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/marco-aurelio-diz-que-jamais-faria-pacto-entre-poderes-como-toffoli/>. Acesso em: 2 jun. 2019.

<sup>343</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 15.

Segundo, a reputação promove forte estima para os profissionais que o compõem e para a Corte enquanto organização nos olhos dos observadores, internos ou externos. “Um judiciário com autoestima elevada e estimado é capaz de obter mais recursos materiais e de estar mais insulado de atores que possam tentar explorar seus recursos (monetários ou sociais)”<sup>344</sup>

Terceiro, a decisão judicial, seja de um juiz ou de uma Corte, será mais ou menos respeitada, a partir da percepção das qualidades do sujeito e de sua eficiência em decidir adequadamente. A alta reputação permitirá que a decisão seja mais obedecida, sem a necessidade de recursos outros, atendendo à função social do Judiciário, na solução de disputas ou de questões federais ou constitucionais. Logo, torna-se, também, a reputação judicial, um verdadeiro capital imaterial, uma característica valiosa, socialmente e economicamente, na medida que atrai cumprimento e recursos. Destaque-se, ainda, que um Judiciário com boa reputação atrairá melhor força de trabalho, uma vez que os melhores profissionais irão preferir ter seus nomes associados a instituições vistas como de grande relevo e prestígio na comunidade.<sup>345</sup>

A noção de que as Cortes dispõem de um capital político ou institucional guarda, em verdade, intrínseca relação com a reputação judicial. Não sendo o detentor, na célebre máxima Hamiltoniana, já mencionada, dos recursos financeiros ou da força, as Cortes dependem de uma série de fatores para serem obedecidas. A Teoria Constitucional tem dificuldades em delinear-las com precisão, podendo-se mencionar, além da reputação judicial, a popularidade e o reconhecimento de sua legitimidade. Estão todos esses fatores, profundamente interligados, e a compõem, em maior ou menor medida, o capital político da Corte, ou seja: “[...] um conjunto de bens necessários ao exercício do poder por uma instituição”<sup>346</sup>, uma vez que “[...] todas as instituições precisam de capital político em ordem para serem efetivas, para terem suas decisões aceitas pelos outros e para serem implementadas com sucesso”<sup>347</sup>.

Friedman esclarece que o povo americano - ele discute as peculiaridades da *judicial review* naquele país - sempre teve a habilidade de limitar a atuação da Corte Suprema, ou mesmo eliminá-la inteiramente. A questão persistente seria, assim, quando e em que extensão esse poder deveria ser exercido pelo povo. Tal resposta somente pode ser construída através de um longo processo de edificação da autoridade da Corte, e de seus outros atributos, que compõem o capital institucional, um processo de erros e acertos, o qual, contudo, não permitiu a Roosevelt modificar a composição da Corte, durante a Era Lockner, já mencionada, mesmo diante dos precedentes

<sup>344</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 16.

<sup>345</sup> Ibid., p. 20.

<sup>346</sup> RIBEIRO, P. J. de A. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2017. p. 205.

<sup>347</sup> GIBSON, J. L. **Judicial Institutions**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 524-525.

existentes oriundos de experiências do século XIX. A razão dessa inflexível manutenção da composição da Corte não é simplória, mas é compreensível: a Corte já não era mais a mesma no imaginário popular, adquirira maior reputação, e conseqüente apoio institucional, já havendo alcançado, nas primeiras décadas do século XX, uma posição de maior respeito dentro do arcabouço constitucional e democrático daquela nação.<sup>348</sup>

Como observou Dahl, embora a Corte pareça não resistir indefinidamente à pressão popular, em algum número de casos, conseguiu adiar, por até vinte e cinco anos, a aplicação de políticas tidas por constitucionalmente inadequadas. Complementando-se com nova lembrança de Friedman, que guarda consonância com a compreensão já esposada neste trabalho sobre o papel da Corte, percebe-se que seu papel é muito mais de um catalisador do debate, uma arena especial, que permite o confronto dos mais diversos temas, e que força os Poderes Constituídos, e a Sociedade Civil, a encontrarem soluções ou acordos que possam obter o mais amplo e duradouro suporte possível, até que, em uma dessas reviravoltas históricas, a compreensão se rompa, e tudo mude novamente.<sup>349</sup>

O capital institucional da Corte é, assim, composto por atributos, como a reputação - enquanto característica que incentiva a reprodução de certos comportamentos e a contenção em relação a outros, sejam da Corte ou de terceiros com quem ela lida no desenrolar de suas atribuições institucionais - e também pode ser denominado de apoio difuso, qual seja, a capacidade das demais organizações de tolerarem suas condutas, decisões, ainda que se oponham a elas, em razão da posição da Corte dentro do universo institucional e constitucional do país em dado momento histórico. Como afirma Hubner, usando expressão análoga “[...] à medida que [as instituições] se distanciam do socialmente aceitável, elas corroem sua legitimidade e perdem espaço no jogo da separação de Poderes. Elas decairiam no seu índice de credibilidade e se encolheriam”.<sup>350</sup> Friedman explica a questão com abundante clareza:

Apoio específico é uma obediência; as pessoas apoiam a Corte (ou outras instituições) quando eles simpatizam com a decisão específica e a abandonam, se o contrário. Apoio “difuso”, por outro lado, se refere à ideia de que existe suficiente apoio institucional para a Corte, de tal forma que as pessoas tolerarão uma certa quantidade de desvio, um número de decisões das quais elas não gostam. Sendo breve, apoio difuso é a folga que a Corte tem para seguir seu próprio caminho em certos assuntos.

Não está totalmente claro porque o apoio difuso existe. Talvez a Corte tenha estado por perto por bastante tempo, e as pessoas resistem a mudança de instituições duradouras mesmo se raivosas em relação a elas. Ao menos estudos demonstram que quanto mais tempo o país dispõe daquela Corte, maior será seu apoio difuso. Talvez ninguém realmente queira uma Corte Suprema que simplesmente se verga à opinião majoritária. Talvez as pessoas percebam que embora não concordem com certas decisões, mais à frente eles podem querer que a maioria se contenha ao atacar a Corte quando ela, desta

<sup>348</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 11.

<sup>349</sup> DAHL, 2001, p. 481; FRIEDMAN, op cit., p. 17.

<sup>350</sup> MENDES, 2008, p. 201.

vez, fique do seu lado em causas impopulares. Algumas pessoas podem achar bem-vindas as perspectivas únicas da Corte. São diversas teorias, todas têm alguma evidência que as apoiam, mas nenhuma é conclusiva.<sup>351</sup>

Observa-se que a Corte tem uma margem de flexibilidade, dados vários fatores, como a sua longevidade institucional, mas, sobretudo, acredita-se, a sua reputação judicial - elemento integrante do capital institucional - para decidir livremente, sem agradar aos Poderes Constituídos ou à opinião pública, de tal forma, que esse afastamento não prejudicará seu funcionamento, o apoio às suas necessidades, seu orçamento, a independência de seus Ministros, dentre outros atributos.

Porém, ultrapassada essa margem, quando não mais se identificar o grau reputacional anteriormente percebido, isto é, a reiteração das condutas no sentido esperado, no âmbito dos atributos desejados, em contenção às condutas reputadas como inaceitáveis, por contrariarem a opinião das majorias e comportamento ineficientes no trato com os demais Poderes e a sociedade, a Corte sofrerá um declínio significativo em sua reputação, que camará para a negatividade, o que consumirá seu apoio difuso, ou seja, sua margem de suporte inespecífico - pelo mero fato de ser a instituição que é, e ter um papel naquele país - passando a atrair toda sorte de retaliação:

O apoio difuso é uma 'reserva de atitudes favoráveis ou boa intenção que ajuda membros de comunidade a aceitar ou tolerar resultados aos quais eles se opõem ou seus efeitos que contrariam suas vontades'. É concordar em discordar; o apoio que Cortes detém de membros de notoriedade pública ou política, que discordam de decisões particulares, mas concordam com a habilidade da Corte para produzi-las, e, logo, apoio os fundamentos da jurisdição constitucional, mesmo após aquela Corte emitir uma decisão específica com a qual discordam. A maioria das Cortes, mesmo em democracias estabelecidas, não dispõe de apoio difuso aos olhos da maior parte da população. Para a maioria das Cortes - já que a maioria delas precisam sobreviver à base do apoio específico - decidir um assunto que leva a qualquer desacordo significativo ou *backlash* político pode ser perigoso.<sup>352</sup>

Bem lembrado novamente o período Roosevelt, já descrito, quando a Corte disputou com o Presidente, de alta popularidade, quanto à posição política mais consentânea com os limites constitucionais de interferência na livre iniciativa e na liberdade de contratar, em um momento em que este tentava promover a superação de uma grave crise econômica, sem precedentes, e aquela era vista como um embaraço ao desenrolar dos planos de recuperação. Ainda assim, o apoio do Congresso especialmente não permitiu mudanças no número de Ministros - o que a sujeitaria ao controle pelo Executivo - dando tempo suficiente à Corte, para ela própria perceber que perderia o embate, que ao final, a concepção que pretendia era politicamente inaceitável, que suas posições, de modo a atenderem ao momento de crise pelo qual passava o país, deveriam mudar.

---

<sup>351</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 379.

<sup>352</sup> FONTANA, 2011, p. 629.



A inflexibilidade<sup>353</sup> levaria ao esgotamento, inevitável, de todo seu capital político, e decadência, irrefreável, de sua reputação, até então em alta, como uma instituição republicana, que diversas vezes fora chamada a atuar em favor da separação de Poderes e das liberdades individuais, um baluarte do Estado Constitucional estadunidense. Era essa a reputação judicial da Corte, que a protegeu, que não permitiu sua dilapidação, e deu combustível ao seu apoio difuso.<sup>354</sup>

Fundamentalmente, seria extremamente difícil conceber-se, de forma mais tangível, a noção de reputação judicial, de modo a estabelecer-se puramente que características a compõem, quais são, na totalidade, seus nascedouros, seus freios e contrapesos. Enquanto um conceito relacional e dinâmico, a reputação judicial varia e flui nos moldes do momento histórico, sendo apenas alcançável em termos de eficiência e coerência. Quer-se dizer, um Judiciário cuja avaliação reputacional seja positiva será avaliado por diferentes públicos - Poderes Executivo e legislativo, mídia, Sociedade Civil, e os próprios magistrados e membros outros do Poder Judiciário - como cumpridor de seu papel, logo, eficiente em atender ao seu dever institucional, e coerente em suas decisões.

Em síntese, a reputação judicial que interessa a este trabalho é aquela do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de percepção da Corte - pelos Poderes Públicos e pela Sociedade Civil - formada pela observação reiterada de suas condutas, e que se distingue de conceitos análogos, como legitimidade e imagem, mas que com eles está interligada. Atua como incentivo e restrição comportamental àqueles que com ela se relacionam - de modo a evitarem embates e encontrarem nela uma fonte de proteção e não de contenção - e à própria Corte, pela constatação de que a sua consolidação permite à Corte agregar vantagens - políticas e econômicas - bem como, e especialmente, a obediência às suas decisões.

---

<sup>353</sup> Inflexibilidade em uma perspectiva de análise da postura da Corte diante das tentativas de mudança na legislação pelo Congresso Nacional termina sendo eufemismo para não se falar em franco e marcante ativismo, em um sentido negativo. Este momento da história constitucional estadunidense recebe o epíteto de *governo dos juízes* justamente pela forte postura da Corte em julgar inconstitucional tentativas governamentais de regulamentação social e mercadológica. Como afirma Sujit Choudhry, ao discorrer sobre a influência deste período na jurisdição constitucional de outras nações, a Era *Lochner* significa três coisas: ativismo judicial, enquanto a constitucionalização da preferência de magistrados; liberalismo econômico, e, por fim, crise constitucional: “Como colorido por Ronald Dworkin, *Lochner* é o bode expiatório do constitucionalismo norte-americano. Verdadeiramente, muito da construção dos cinquenta anos do constitucionalismo jurisprudencial americano é uma reação, rejeição ou tentativa de evitar uma repetição da Era *Lochner*.” E continua o autor em outro trecho: “Posto de forma crua, a alegação central é que a transgressão dos juízes da Era *Lochner* foi a de sob o disfarce de interpretação constitucional fazerem um pouco mais do que impor suas próprias preferências políticas sobre legislaturas democraticamente eleitas.” (CHOUDHRY, S. *The Lochner Era and the comparative constitutionalism*. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 2, n. 1, p.1-55, 2004. p. 3 e 7).

<sup>354</sup> RIBEIRO, 2017, p. 229.

Destaque-se que, como é sabido ao menos desde a publicação, ainda na década de 90, no fundamental estudo de Cass Sunstein e Stephen Holmes<sup>355</sup>, todo direito tem um custo, toda providência exercerá um ônus sobre o sujeito responsável, ainda mais quando crie incumbências complexas ao Poder Executivo ou ao Legislativo, custo não só econômico, mas político. De tal forma, natural, que antes de cumprir a decisão, o sujeito analise todos os prós e contras, ou seja, o custo do descumprimento. Por óbvio, que a reputação positiva da Corte retirará o suporte dos pares daqueles que a desafiem - outros congressistas, por exemplo - e enfraquecerá qualquer tentativa de reação, desde que a atitude seja compreendida dentro da expectativa reputacional vista como aceitável, a qual variará, como se mostrará, a depender de como manipulados os instrumentos reputacionais.

A título de exemplo, sabe-se, e a literatura não deixa dúvidas, como será ressaltado no próximo capítulo, que, ao decidir unanimemente, a Corte fortalece sua reputação e deixa os demais protagonistas em situação mais delicada para tentarem eventual descumprimento. O mecanismo de decidir em uma só voz, ainda mais quando o relator for uma personalidade reconhecida na área, favorece a aceitação da decisão, uma vez que aumenta o prestígio da Corte, como órgão coeso e sem divergências internas:

A reputação das Cortes descrita neste livro se refere à crença da comunidade relevante sobre as perspectivas de obediências às futuras decisões da Corte. Logo, a reputação da Corte é determinada pela previsão de sobre seu comportamento. Espera-se, que uma Corte com alta reputação, seja obedecida mais frequentemente que uma Corte com baixa reputação.<sup>356</sup>

Forma-se, assim, a reputação judicial positiva, no trato relacional e comunicacional com os apontados protagonistas do Estado Constitucional, de ser uma instituição confiável e estável, que produza mensagens por meio de condutas e decisões coesas, com amparo no máximo de juridicidade, o mais distante possível de política partidária, e que saiba se impor enquanto representante de um dos Poderes da República. A Corte que decide mal, por decidir fora das expectativas e dentro de modelos deliberativos que não transmitam confiança ou racionalidade, perderá reputação, e com isso, apoio, incentivando o descumprimento a suas decisões.

Uma das piores atitudes, como já se observou e ainda será objeto de discussão, é a postura francamente ativista, ainda mais quando isolada, em contraposição às esferas políticas já

---

<sup>355</sup> “To do all this, governments need first to collect money through taxation and then to channel it intelligently and responsibly. Rights enforcement of the sort presupposed by well functioning markets always involves ‘taxing and spending.’ Needless to say, the inevitable dependency of markets on law, bureaucracy, and public policy does not imply that government initiatives are always wise or beneficial. As a political community, we have choices— but only among competing regulatory regimes.” (HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** W. W. New York: Norton & Company, 1999. p. 80).

<sup>356</sup> DOTHAN, 2014, p. 8.

existentes, e em contrariedade a precedentes e garantias constitucionais ou legais já firmados na própria história jurisprudencial. São enormes as possibilidades de *backlash* enquanto reações legislativas e públicas que enfraquecerão a Corte, e fomentarão reações. Mesmo aquelas decisões dessa ordem que sejam cumpridas permitirão o iniciar ou o avançar de processos deliberativos de contenção, não raramente impondo ao órgão a pecha de arbitrário, ilegítimo e mesmo politicamente guiado, com forte abalo reputacional.

Da mesma forma, a Corte que não cumprir seu papel de arena pública de debates, alcançando as expectativas do Legislativo e do Executivo, de permitir a execução de Políticas indispensáveis, simplesmente obstando fortemente planos de governo ou políticas endossadas pelo Legislativo, e com forte apoio populacional, tenderá a ser colocada em posição de inimiga, a ser combatida. Isto ocorrerá especialmente ao decidir dentro de um modelo deliberativo disperso e enfraquecido, onde, por exemplo, Ministros decidam contra precedentes do Pleno, ou uns em contrariedade aos outros, aqui, também, a união fará a força e trará ganhos reputacionais.

Cortes de último recurso, ou de vértice superior, têm maior possibilidade, inclusive, de exercer as estratégias e usar os mecanismos que serão relacionados a seguir, do que Cortes inferiores, exatamente porque não temem recursos. Ainda, a experiência dos magistrados permitirá uma melhor estratégia decisória<sup>357</sup>. Acredita-se, no entanto, que Cortes que detenham um amplo acervo de processos para julgamento terão maior necessidade de implementar estratégias de aumento reputacional, uma vez que isso permitirá o manejo adequado de suas demandas, de modo a gerar apoio difuso para as mais importantes ou de mais difícil cumprimento.<sup>358</sup>

A reputação é ferramenta indispensável à Corte Suprema, para lidar com as demandas oriundas de partidos e políticos, os quais contribuem para a inserção das questões outrora consideradas puramente políticas no espaço da jurisdição constitucional, de modo a dividirem o ônus de decisões impopulares, difíceis, onerosas, ou que abalem possivelmente suas bases eleitorais. Bem como as demandas do próprio público, que anseia pela utilização do foro alternativo que é o Poder Judiciário. As Cortes são chamadas, na

---

<sup>357</sup> Isto não significa dizer, contudo, que estejam autorizadas, a bem da reputação judicial, a decidir de toda forma, ignorando a aplicação da Constituição ou dando à legislação interpretação sem a adequada orientação constitucional. Essa espécie de juízo, puramente político ou discricionário, que implicará “[...] na transposição dos marcos que asseguram a tipicidade da função jurisdicional se faz com evidente prejuízo à construção conceitual do Estado de Direito, requisito para a existência de um sistema político democrático, sem o qual, por seu turno, se faz impossível o pleno atendimento às exigências da dignidade humana”. O resultado tenderá a ser bem oposto, como na Era *Lochner*, por exemplo, o afastamento somente aprofundará a crise reputacional, à medida que a noção de que atua como coadjuvante no jogo democrático, seja da opinião pública, seja dos demais Poderes, decairá, induzindo a reputação a enorme crise. Sem a crença de que será coerente, buscando atender à *rule of law*, ao máximo de sua precisão teórico-dogmática, não há como pretender-se encontrar no Judiciário estabilidade e expectativa de relacionamento adequado com outros *players* democráticos. (RAMOS, 2015, p. 24).

<sup>358</sup> DOTHAN, 2014, p. 58.

sociedade multicomplexa, para decidirem sobre questões políticas e jurídicas fundamentais, de toda ordem, ainda mais no Brasil, onde a Constituição de 1988 tudo abrange.

Como já se afirmou, ainda no capítulo primeiro, e merece repetição: os desafios enfrentados por essas Cortes, como o STF, não serão poucos. Os Poderes Públicos, e a Sociedade Civil, demandam sua participação, porém ao mesmo tempo exercem pressão, de várias formas, quando o assunto em pauta não atende a seus interesses específicos. Cortes dependerão intensamente de sua reputação, para serem ouvidas como legítimas e obedecidas, e precisarão lidar com os níveis de apoio que dispõem, esquivando-se da impopularidade, do descumprimento e de propostas que imponham alguma esfera de submissão. Os mecanismos reputacionais estarão à disposição e poderão ser usados na tentativa de cumprimento do seu papel.

O construto reputacional e seu crescimento são extremamente importantes para a materialização dos fins de uma Corte constitucional. Servirá à realização, no mundo fenomênico, de decisões, no tocante à obtenção de seu cumprimento, funcionando como combustível hábil inclusive à promoção de medidas até então impopulares ou que recebam resistência de audiências específicas e recalcitrantes, as quais, todavia, optarão por respeitá-las.

A oposição representaria um custo alto demais a ser pago, já que promoveria, no contexto de uma Corte de alta reputação, toda espécie de represália de seus apoiadores, institucionais ou não. Por outro lado, como consequência, Cortes com melhor reputação estarão mais predispostas a promover mudanças necessárias, seja com posturas que interfiram mais fortemente em práticas consolidadas, seja por meio de inovações no âmbito constitucional ou no enfrentamento de barreiras antes impensáveis, em razão do possível desfecho negativo quanto ao embate com forças que obstem a consolidação da posição:

Nesses casos, a Corte gasta sua reputação - ela sofre danos à sua reputação em troca da promoção de preferências em casos específicos. A disposição da Corte para dispor de sua reputação depende na força de suas preferências no tocante ao assunto em discussão, e na importância que representa para o futuro - seu nível de perda. Pode também depender do nível atual de reputação. Se a Corte tem alta reputação, poderá se sentir segura em responder a desafios futuros, apesar da perda reputacional. Isto pode proporcionar a Corte de alta reputação uma maior disposição para dispor da mesma, do Cortes com baixa reputação, o que, assim, amplia a habilidades de tais Cortes de promover suas preferências.<sup>359</sup>

Não se pretende prover uma teoria racional para a construção passo a passo da reputação do STF, ou de qualquer Corte, ou um *How to do* de como alcançar-se uma reputação inteiramente

---

<sup>359</sup> DOTHAN, 2014, p. 153.

positiva - se é que isso é possível. A missão deste trabalho é a de se demonstrar, a partir de uma análise crítica, dos pilares anteriormente erguidos sobre o papel do Judiciário, e da noção de reputação judicial, quais seriam os principais mecanismos decisórios e deliberativos que permitiriam ao STF lidar com a sua reputação, guindando-a para o alto.

Com essa atuação poderá atrair o apoio difuso dos demais protagonistas de uma democracia constitucional, mais especificamente o Brasil à luz da Constituição Federal de 1988 e em pleno Século XXI, especialmente diante do amplo protagonismo do Supremo, em progressivo crescimento, e seus constantes desafios. Da mesma forma precisará autoconter-se quanto a comportamentos desviantes da expectativa comum de coerência decisória e eficiência institucional, quer-se dizer, quanto ao ideal de ser capaz de exercer sua missão institucional, nos moldes que já exposto, em democracias frágeis.

Mais um corte epistemológico, contudo, é necessário neste momento. A reputação judicial, pelo que se já observou até aqui, poderá refletir sobre a Corte Suprema em diversos aspectos, do seu orçamento à manutenção de sua composição, passando pela atenção e obediência às suas decisões. De tal forma que a própria análise em concreto dos mecanismos relacionados ao controle reputacional se torna extremamente difícil, em razão da amplitude da análise em tese. Por tal razão, limitar-nos-emos ao ponto central do problema, e que vem sendo antecipado desde o início do trabalho: a análise crítica - indispensável à compreensão do tema - recairá sobre aqueles mecanismos reputacionais que detenham a capacidade de influir na observância das decisões da Corte, ou seja, que comportamentos decisórios ou deliberativos atuam como catalizadores da obediência à Corte, e respeito às suas decisões.

Focar na obediência à Corte significa, ao fim e ao cabo, valorizar a sua função institucional, e fortalecer, dentro da compreensão deste trabalho - ou seja, sem excessos injustificáveis que transbordem o papel constitucional e possam interferir na Separação de Poderes e nas prerrogativas sagradamente democráticas dos entes representativos - a força normativa da Constituição, transmitindo e fomentando, inclusive, maior sentimento de legitimidade no exercício de suas funções. A reputação positiva também é isso: quando uma Corte dispõe desta, disporá em razão da qualidade do exercício do seu papel no Estado Constitucional. Falar em qualidade, por sua vez, significa, neste ponto, ser vista enquanto ente capaz de exercer uma postura autocontida, coerente com o texto constitucional, reflexiva sobre o uso constitucionalmente mais adequado de seus mecanismos decisórios e deliberativos, bem como presente nos momentos em que for chamada a decidir sobre questões relevantes para os dilemas políticos e constitucionais. Uma Corte a quem não se obedece de nada servirá, senão como instrumento simbólico, provavelmente politicamente dominado, como aquelas da Venezuela ou da Hungria recentes, que somente têm

legitimado as escolhas do Executivo, e somente são obedecidas por este Poder na medida que suas decisões conformem seus interesses.

Nessa perspectiva, a reputação da Corte representa a crença das parcelas mais ativas da comunidade sobre o prospecto de futura obediência às suas decisões. A reputação é, assim, nesse particular, uma medida certa da extensão de obediência também dos Poderes Públicos:

A reputação mede apenas se a comunidade mais ativa acredita que a obediência à Corte é provável ou improvável, e não se o julgamento é bom ou ruim. Se o público achar que um julgamento é ruim sob um aspecto legal ou em algum sentido comprometido, ele poderá decidir não criticar o Executivo por desobedecê-lo. [...] Se a comunidade considerar um dos julgamentos correto, sob o aspecto legal, justo e imparcial, a Corte terá alto apoio público. Uma parte que falhe no cumprimento da decisão estará sujeita a maior criticismo do que uma parte que deixe de cumprir a decisão de uma Corte com baixo apoio público. Mesmo que o público perceba um erro em determinado julgado, se for em geral solidário à Corte, criticará aquele que descumprir sua decisão. Partes tenderão a obedecer mais a Cortes com alto apoio público, de modo a evitar maiores críticas.<sup>360</sup>

Antes de submergir-se na análise de tais mecanismos - ela permitirá compreensão mais real do objeto de estudo deste trabalho em sua amplitude prática - imprescindível a compreensão de como atuam as Cortes e seus membros, em uma realidade dialógica e estratégico-atitudinal atual, superando-se, na medida do possível, o modelo exegético-subsuntivo tradicionalmente concebido, e bastante superado neste momento de desenvolvimento da Teoria Constitucional.

A adoção de tal compreensão não significa, em absoluto, o abandono da crença de que é possível extrair-se a interpretação constitucionalmente mais adequada da norma constitucional ou legal por meio da própria hermenêutica, à medida que esta permite a construção de critérios interpretativos, tanto discerníveis quanto variáveis historicamente. Compreende-se, somente, que a postura estratégica-atitudinal de Cortes e magistrados deve ser entendida e nunca desprezada, sob pena de resultar em uma visão do mundo fruto de exercício de profunda *naïveté*, e em descompasso com a correta análise de condutas e crenças.

Fato é, que no alvorecer do séc. XXI, a Teoria do Direito, mais especificamente a Hermenêutica Constitucional, enquanto ramo do estudo jurídico que se debruça sobre a interpretação constitucional, já nos permite afirmar, sem grandes dúvidas, e com o rompimento de certo tabu, que o processo de interpretação judicial é, para além de um esforço apenas subsuntivo - onde se adequa a circunstância fática à previsão normativa - uma atividade criativa. Não se quer dizer, com isso, que o magistrado disponha - ou deva dispor - de ampla discricionariedade, a beirar as escolhas políticas exercidas no interior dos Parlamentos, mas tão somente, que o ato de interpretar e aplicar é “[...] simultaneamente

---

<sup>360</sup> DOTHAN, 2014, p. 47.

uma atividade cognoscitiva e criativa, consistindo no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir”.<sup>361</sup>

É na construção da normatividade no âmbito do Direito Constitucional que “[...] a insuficiência da modesta elaboração teórica positivista no tocante ao binômio interpretação-aplicação ficou mais patente”.<sup>362</sup> A razão para tal afirmação é simples: as Constituições atuam não somente no campo da criação do Direito, mas projetando seu campo regulatório para todos os setores do ordenamento jurídico, por meio de prescrições de superior hierarquia e abertura estrutural, não raras vezes por meio de linguagem aberta, plurissignificante e potencialmente ambígua.

Como se não bastasse, as Cortes Supremas e Constitucionais, pela sua posição cumeira ou de vértice superior, não se submetem a outras Cortes revisoras, um convite à atuação mais eloquente e desprovida de amarras de autocontenção interpretativa. E, por sua vez, as constituições do pós-guerra, principiológicas por natureza, serviram para limitar a liberdade de conformação do poder infraconstitucional pelo Poder Legislativo, ao mesmo tempo que acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição, ao ponto de falar-se em um pamprincipiologismo<sup>363</sup>, enquanto o desenvolvimento irrazoável e exagerado de princípios constitucionais, sem previsão no texto normativo, a fim de justificar as decisões tomadas. Na síntese conclusiva de Richard Posner, sobre esse espaço de liberdade no exercício da jurisdição:

A liberdade decisória que magistrados detém é uma liberdade involuntária. É a consequência da inabilidade do legalismo em muitos casos, de decidir o resultado (ou decidir de forma tolerável, uma distinção que elaborarei), e a dificuldade relacionada, frequente impossibilidade, de verificar-se a correção do resultado, seja por suas consequências ou lógica. Esta inabilidade, e a dificuldade ou impossibilidade, criam uma área aberta na qual juízes dispõem de discricionariedade - o espaço em branco no qual devem escrever sua decisão - ao invés de terem sido forçados a uma conclusão “pela lei”.

A partir desta constatação, de que os limites da legalidade não seriam, afinal, tão estreitos, permitindo ao magistrado, e às Cortes, um espaço, ora maior, ora menor, de margem para decidir, autores como Lee Epstein e Jack Knight defendem a tese de que, mesmo sendo os juízes de forma primária sujeitos que perseguem a *ratio* oriunda do ordenamento jurídico para compor a sua decisão, ou seja: mesmo sendo esta a sua preocupação inicial, eles atuam fortalecendo suas preferências políticas, e ainda mais, agem estrategicamente, de forma a atingirem seus objetivos. Para isso, antes de decidirem

---

<sup>361</sup> RAMOS, 2015, p. 88.

<sup>362</sup> Ibid., p. 86.

<sup>363</sup> STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 194, p. 7-21, 2012.

são capazes de analisar as preferências de outros sujeitos, as escolhas que terceiros provavelmente tomarão, e em qual contexto institucional estarão interferindo.<sup>364</sup> Com essas ações pretendem, ao agir estrategicamente, ver encampada a sua visão sobre a questão jurídica, ou seja, atuam como *single-minded seekers of legal policy*<sup>365</sup>, sujeitos que buscam promover sua compreensão legal ou jurídica sobre os dilemas em exame.

Friedman relaciona uma série de fatores que interfeririam no ato de decidir, ou seriam parcelas integrativas desta escolha, dentro da margem de discricionariedade facultada ao magistrado. Aponta, inicialmente, o modelo atitudinal, citando análises empíricas, as quais demonstram ser possível prever, com mais de 70% de acerto, como os *Justices* da Suprema Corte Norte-Americana votariam, apenas a partir da análise da matéria em julgamento e de seus costumeiros posicionamentos ou perfis políticos, de origem conservadora ou liberal, circunstância aplicável, *v.g.*, a Rehnquist, Blackmun, Brennan e Marshall.<sup>366</sup>

O modelo atitudinal, porém, sofre severas limitações. Uma vez que outros fatores distanciam as decisões, em diversas circunstâncias, de tal modelo, mormente a forte influência dos precedentes existentes. Para Friedman esses estudos trabalhariam com amostras enviesadas, por focarem em certas áreas, como liberdades civis, onde votos ideológicos seriam mais previsíveis. Faltaria aos atitudinalistas, para ele, reconhecer que as conclusões a que chegam têm alcance limitado a alguns juízes e a alguns tipos de caso. Sendo assim, o sucesso do modelo seria apenas parcial, tendo menos êxito justamente entre os juízes menos previsíveis. Critica ainda a ausência de tratamento da colegialidade em um tribunal, porque os trabalhos atitudinais encarariam uma decisão como uma simples soma de votos. De fato, os estudos atitudinais mostrariam que a lei - ou os precedentes - não restringiriam os juízes da Suprema Corte da maneira esperada, mas não conseguem provar que essa influência não exista.<sup>367</sup>

Friedman então, havendo constatado a imprecisão do modelo atitudinal, e suas deficiências metodológicas, passa a relacionar uma série de fatores que contribuiriam ainda, para o resultado decisório, ao lado da lei, enquanto precedentes, e das predileções

---

<sup>364</sup> EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. **The choices Justices make**. Washigton, D.C.: CQ Press, 1998. p. 12.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>366</sup> FRIEDMAN, 2005, p. 273.

<sup>367</sup> FRIEDMAN, B. Taking Law Seriously. **Perspectives on Politics**, [S. l.], v. 4, p. 261-76, 2006. Cf. FERREIRA, P. F de A N. **Como decidem os Ministros do STF**: pontos ideais e dimensões de preferências. 2013. 140 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013.



políticas, no que passa então a se aproximar do modelo estrategista mencionado, de Lee Epstein e Knight, no qual

[...] não se pode compreender as escolhas que os ministros fazem sem consideramos o contexto institucional no qual eles operam. Por instituições, queremos dizer o conjunto de regras que “estruturam as interações sociais em formatos particulares”. Sob esta definição, instituições podem ser formais, como as leis, ou informais, como as normas de conduta ou convenções.<sup>368</sup>

Discorre aquele autor, então, sobre certas interações internas à Corte, as quais, em sua visão, guardam relação com as escolhas tomadas no ato de decidir. A primeira circunstância, acentuada pelos três autores, é a necessidade, na Suprema Corte Estadunidense, de votos serem modificados, na tentativa de ser negociada a maior aproximação possível entre as opiniões divergentes, de modo a alcançar-se uma espécie de meio-termo, onde a Corte possa emitir uma decisão unânime, ou ao menos obter quórum para a formação de precedente vinculante.

Tal estratégia ocorre, seja pela circulação anterior do voto, e discussão entre os Ministros, seja por discussões na própria sessão de julgamento. A outra possibilidade é oriunda da simples adesão de um Ministro isolado, ao voto da maioria, quando sabedor que será vencido, ou que sua adesão fará prevalecer o voto menos distante de sua preferência:

Buscar uma decisão unânime pode também ser uma estratégia dos juízes em um tribunal. Posner chama de “aversão à divergência” a atitude de um juiz de seguir a opinião da maioria para chegar ao consenso, mesmo quando não concorda com ela. Entre os fatores que a explicariam estão o temor de amplificar e dar notoriedade a essa opinião, e de ser retaliado pelos colegas em votações futuras quando ele tiver uma preferência forte por um resultado. O autor ressalta que o voto divergente “não tem nenhum efeito na lei” e que “incomoda e desgasta a colegialidade”. Esse desgaste acontece porque os juízes não gostariam de discordâncias de suas decisões, já que elas o obrigam a revisá-las e porque elas podem influenciar outros pares. Para Caminker (1999), a unanimidade pode ainda ser almejada porque cria um precedente judicial mais durável, capaz de angariar mais respeito dos atores de fora do Judiciário. Friedman lembra ainda, no caso da Suprema Corte americana, da pressão para se chegar a uma *opinion* da corte.<sup>369</sup>

Um exemplo que pode ilustrar com facilidade a situação em discussão, trata do precedente daquela Suprema Corte denominado de *Pennsylvania v. Muniz*, caso no qual se identificou que a polícia havia obtido uma declaração autoincriminatória do acusado, durante o procedimento de sua identificação e registro no sistema policial, antes, contudo, de lerem seus direitos (permanecer calado, consultar advogado, etc.) conforme determinado em outro precedente famoso, e vinculante, o caso *Miranda*.

<sup>368</sup> EPSTEIN; KNIGHT, 1998, p. 33.

<sup>369</sup> FERREIRA, 2013, p. 17.

*Justice* Brennan votou no sentido de que fosse reconhecida, nesse julgamento, uma exceção a *Miranda*, a qual tornaria válida a autoincriminação se ocorresse tão-só durante o interrogatório inicial, padrão, para fim de identificação e registro. Correspondência pessoal localizada, entre referido *Justice* e seu colega Marshall, com quem tinha nítida afinidade ideológica, indicava que aquela posição não era a opinião sincera de Brennan, o qual não concordava com a exceção, e pretendia usar sua prerrogativa, de ser o relator, para redigir o voto de tal forma que a exceção fosse a mais estreita possível, o que, nas mãos de outros *Justices*, como Sandra O'Connor, poderia resultar em uma violência maior a *Miranda*.<sup>370</sup>

Nitidamente, a posição de ser ou não o relator exerce significativa influência sobre o potencial resultado do feito, uma vez que incumbe a este, nos Estados Unidos, o papel de acomodar as posições parcialmente antagônicas, e alcançar um resultado que expresse a vontade da Corte. No Brasil, a situação pode ser até mais complexa, uma vez que o relator delibera sobre provimentos liminares, e disponibiliza o processo para inserção em pauta.

Ambas as prerrogativas são extremamente significativas para a eficácia da decisão prolatada, se prolatada, já que, a depender da causa, e das partes interessadas, o processo pode receber impulso mais célere ou aguardar decisão por meses ou anos. Há exemplo de casos envolvendo personalidades, em geral membros dos Poderes Legislativo ou Executivo, ou ex-presidentes, que entram em pauta com maior agilidade, como os *Habeas Corpus* impetrados por Luís Inácio Lula da Silva, questionando sua prisão e vícios no processo criminal<sup>371</sup>.

Outro mecanismo, extremamente eficiente e estratégico, é aquele de conceder o *certiorari*, ou, em outras palavras, admitir para julgamento casos que pretendam reverter, de acordo com suas preferências políticas. Dados expõem que entre 1953 e 1994, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu 61,3 por cento das 6.152 causas que julgou.<sup>372</sup> Esta compreensão coloca em cheque, em certa medida, a noção de que a Corte Constitucional ou Suprema seria um organismo passivo, uma vez que aparentemente as Cortes selecionam seus casos conforme o momento propício, e sua agenda política,

---

<sup>370</sup> FRIEDMAN, 2005, p. 283.

<sup>371</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 164.493 Paraná**. Brasília, DF, 2018. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966>. Acesso em: 31 mar. 2019.

<sup>372</sup> EPSTEIN; KNIGHT, 1998, p.44

tornando-as, assim, órgãos politicamente comprometidos com as mudanças que pretendem implantar no mundo.

Por sua vez, o *timing* equivocado para a prolação da decisão pode resultar em maior *backlash*, ou mesmo o fortalecimento de opiniões contrárias, surpreendidas com a decisão. Pode-se citar, como exemplo, precedente de relatoria do Ministro Barroso, que levou a julgamento em Turma do STF<sup>373</sup>, e não no Pleno, caso onde decidiu inovar quanto à descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gravidez, em similitude com o famoso precedente estadunidense, objeto de acirrada crítica por lá, de *Roe v. Wade*.

A decisão provocou forte resistência, com críticas da Corte, da Sociedade Civil - pesquisas mostraram que 80% da população brasileira rejeitaram a ideia - e do Poder Legislativo, tendo sido instaurada no dia seguinte, na Câmara, comissão com a proposta de promover reviravolta legislativa. A decisão, nesses moldes, pode dar azo, assim, a *backlash*, e a outras decisões contrárias na própria Corte, inclusive em seu Pleno, diante da falta de amadurecimento da discussão, e da decisão isolada, uma vez que tradicionalmente precedentes desta magnitude são levados ao órgão maior.<sup>374</sup>

Tais exemplos, sem esgotar as possibilidades de estratégias adotáveis no deslinde do processo decisório e deliberativo das Cortes Constitucionais ou Supremas, pretendem apenas tornar clara esta interação, e a sua mistura com o modelo atitudinal, de tal forma que o resultado decisório é, realisticamente, uma combinação, ao final, de: legalismo - no sentido da aplicação da matéria prima que é a norma jurídica, puro subsídio teórico-prático; atitude política - não no sentido político-partidário, mas de opções políticas, e estratégia - que vise a aproximação dos objetivos pretendidos, sejam para a construção de sua biografia, para a formação de algum precedente sobre matéria que considere relevante, ou mesmo para a maior proteção de um grupo de vulneráveis ou categoria que acredite merecer atenção ou maior proteção.

Não se pode olvidar, que a motivação muito frequentemente é simplesmente a pretensão de ver acolhida a opinião pública, em postura que visa fortalecer o apoio pessoal ou da Corte, em especial em casos mais controvertidos e célebres. Da mesma forma, o diálogo constitucional costuma ser levado em conta, como já afirmado e explanado anteriormente, orientando-se a Corte pela previsão de possíveis reações e apoios dos

---

<sup>373</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 – Rio de Janeiro**. Brasília, DF, 2016. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado pela 1ª Turma do STF.

<sup>374</sup> A ADPF 442, de 6 de junho de 2018 já pretende levar a discussão ao Pleno. Cf. FONTELES, 2019, p. 186-187.

demais Poderes, uma vez que a sua opinião somente é a última naquele potencialmente estreito momento histórico.<sup>375</sup>

Na parcela final deste trabalho, a visão da postura estratégica da Corte e de seus membros será indispensável para a compreensão da proporção na qual seu agir institucional poderá contribuir para o seu aperfeiçoamento reputacional, de modo a incentivar a obediência às suas decisões e ao reconhecimento de sua legitimidade democrática e constitucional.

A não observação deste comportamento judicial, com a assunção, por exemplo, ingênua e irreal, de que juízes e Cortes se comportariam de forma totalmente aleatória - seguindo apenas a prioridade cronológica de casos que cheguem aos seus escaninhos; ou ainda, de que juízes não teriam qualquer atitude diretamente relacionável à formação de sua biografia, carreira, opinião política, ou quanto a certos direitos mais ou menos polêmicos, isto tudo ensinaria facilmente ao leitor a total incompreensão de como deveria a Corte Suprema atuar no sentido de aprimorar sua reputação judicial e corrigir eventuais deficits, de modo a cristalizar seu capital difuso mais eficientemente.

---

<sup>375</sup> FRIEDMAN, 2005, p. 70.

## 7 ANÁLISE CRÍTICA DOS MECANISMOS REPUTACIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Quando nos autos da ADPF nº 402 – DF/2016<sup>376</sup>, o Ministro Marco Aurélio de Mello prolatou decisão monocrática determinando o afastamento do Senador alagoano Renan Calheiros, da Presidência do Senado da República, em 5 de dezembro de 2016, talvez, o próprio Ministro - conhecido como senhor voto-vencido diante da sua alta adesão a divergências solitárias na Corte - não tivesse a exata noção da posição que se colocara e aos demais<sup>377</sup>.

O argumento do afastamento dizia respeito à compreensão nova, inaugurada na Corte em julgamento ainda não concluído, nos autos da Ação Cautelar nº 4.070 – DF/2016<sup>378</sup>, relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, que aguardava voto-vista do Ministro Dias Toffoli. Pretendia-se reconhecer a impossibilidade de réu em processo penal ocupar cargo que estivesse na linha sucessória da Presidência da República, por isso o afastamento do Senador do cargo de Presidência, o qual, nos termos do art. 80º da Constituição Federal, está na linha sucessória, logo após o Presidente da Câmara dos Deputados. O Ministro, contudo, se antecipou, e nos autos da ADPF, determinou, de pronto, o afastamento, antes que a matéria fosse objeto de completa discussão e votação pelo Plenário.

A reação foi rápida e direta: a Mesa Diretora do Senado se recusou a afastar seu Presidente, sob o argumento de que seria necessário aguardar a deliberação final do Plenário, tendo em vista as graves repercussões da decisão monocrática sobre o funcionamento da Casa, e suposta competência da Mesa para deliberar sobre a perda do mandato e outras matérias constitucionais<sup>379</sup>.

<sup>376</sup> BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016.

<sup>377</sup> “De cada três ações que o Supremo Tribunal Federal julga, o ministro Marco Aurélio fica vencido em uma. O fato lhe valeu o epíteto que ele muita preza, por sinal, de ‘Senhor Voto Vencido. Esta cifra tem como base 514 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal desde 2006 e que foram selecionadas pelo *Anuário da Justiça* como as mais importantes da corte. Desse total, Marco Aurélio ficou vencido em 161.” (CARDOSO, M.; MATSUURA, L. “Senhor Voto Vencido”, Marco Aurélio diverge e fala pelas minorias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/senhor-voto-vencido-marco-aurelio-diverge-pelas-minorias>. Acesso em: 21 jul. 2019). Cf. MELLO, M. A. Em entrevista, Mello diz que não gosta de ser voto vencido. **Anajustra**, Brasília, DF, 2014. Entrevista feita pelo site Valor. Disponível em: <https://www.anajustra.org.br/noticia/9304/19/Em-entrevista-Mello-diz-que-nao-gosta-de-ser-voto-vencido>. Acesso em: 21 jul. 2019.

<sup>378</sup> BRASIL, Ação Cautelar nº 4.070-DF, de 21 de outubro de 2016, 2016.

<sup>379</sup> Integra da decisão em pdf, assinada (GARCIA, G.; RAMALHO, R. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. **G1**, Brasília, DF, 2016. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 2019).

A pressão política foi automática e inevitável sobre o STF. Incumbiria à Corte decidir agora, de forma abrupta e sob pressão de todo o Congresso Nacional, e do próprio Executivo - aliado político de Renan - quanto ao futuro de um dos mais altos cargos do país, às vésperas da última sessão deliberativa do ano, que ocorreria em 14 de dezembro, ou seja, em oito dias.

O momento político, já delicado em razão do transcurso do processo de *impeachment* da Presidente da República Dilma Rousseff, alcançava uma escalada nervosa, poucas vezes sentida tão intensamente, de forma similar a episódios marcantes como a renúncia do Presidente Collor ou a morte prematura de Tancredo Neves, às vésperas de sua posse.

A Corte, então, se reuniu com a maior brevidade possível, em 7 de dezembro, ou seja, apenas dois dias depois, já incluindo em pauta a ADPF nº 402 – DF/2016, e com os votos escritos dos Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Deliberou o Pleno - todo em contrariedade ao Relator, com as escusas e elogios premonitórios do Decano<sup>380</sup>, como a se desculpar antecipadamente pela contrariedade - por manter o Presidente do Senado em seu cargo, excluindo-o, tão-só, da linha sucessória, em verdadeira interpretação amiga e arrefecedora dos ânimos e do conflito político que fora estabelecido<sup>381</sup>.

O resultado era claro: *o timing* inadequado da decisão monocrática, e a sua prolação por uma só voz, sem assegurar-se o direito sequer ao contraditório<sup>382</sup>, fragilizara a

---

<sup>380</sup> “O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero, Senhora Presidente, antes de mais nada, manifestar o meu integral e absoluto respeito pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, cuja judicatura, nesta Suprema Corte, ao longo de mais de 26 anos de brilhante, qualificada e diligente atuação, sempre se destacou por sua irrepreensível dedicação à causa pública e modelar reverência ao primado da Constituição e à prevalência das leis desta República. Sejam, portanto, essas as minhas primeiras palavras no início deste voto.” (Excerto do voto, nos autos de: BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016).

<sup>381</sup> “A decisão para manter Renan Calheiros na presidência do Senado e tirá-lo da linha de sucessão presidencial, provavelmente, não irá acabar com a crise política, mas deve garantir o mínimo de estabilidade para os poderes pelos próximos dias. Na opinião de juristas ouvidos por EXAME.com, essa, provavelmente, foi a linha de raciocínio que pautou a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) na tarde dessa quarta-feira, depois de um dos momentos mais tensos na relação entre a mais alta Corte do país e o Senado. ‘O Supremo encontrou um meio termo. Foi uma decisão para preservar a estabilidade política’, afirma Flávio de Leão Bastos, professor de Direito Constitucional da Universidade Presbiteriana Mackenzie.” (ABRANTES, T. Afinal, por que o STF preferiu deixar Renan na chefia do Senado? **Exame**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/afinal-por-que-o-stf-preferiu-deixar-renan-na-chefia-do-senado/>. Acesso em: 8 jun. 2019).

<sup>382</sup> Em seu voto, o Decano deixa claro, em visão acolhida pela maioria vitoriosa, que o contraditório deveria haver sido facultado: “De qualquer maneira, no entanto, a adoção de medida tão grave e excepcional como o afastamento cautelar do próprio Chefe do Poder Legislativo da União não poderia ter sido ordenada, segundo penso, sem que se lhe propiciasse, ao menos, o direito básico, que assiste a qualquer cidadão desta República, consistente na prerrogativa de exercer o direito de defesa, neste compreendidos todos os atributos que lhe são inerentes, como a garantia do contraditório e do devido processo legal, tal como o reconhece a própria jurisprudência constitucional desta Corte Suprema [...]” (Excerto do voto,

decisão, e irrigara a conflituosidade entre os dois Poderes, abafando e retirando, fortemente, o apoio à Corte, que no momento ainda precisava mostrar sobriedade, tendo em vista o curso do processo de *impeachment* e dos diversos pedidos de intervenção para a garantia de um desenrolar constitucionalmente e politicamente adequado.

Destaque-se, ainda, que o Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, já havia sido recentemente afastado, sob argumentos de excepcionalidade da situação em discussão, da mesma forma o Senador Delcídio do Amaral<sup>383</sup>. Ambos envolvidos em ilícitos que atentariam contra o funcionamento dos Poderes, porém, por meio de decisões altamente contestáveis sob o ponto de vista jurídico-constitucional, ao inaugurarem tais precedentes, inclusive, a prisão de Senador, sem flagrante delito de crime inafiançável.

A Corte, assim, já vinha mostrando muitos sinais de forte interferência na atuação do Congresso, e este, abatido pela pressão popular, insatisfeita com as amostras de corrupção, aceitara as determinações. O afastamento liminar do Presidente do Senado, de enorme apoio político à época, fora demais, e rompeu a Corte, então, neste momento, episódica e pontualmente ao menos, a sua reputação positiva, de respeito pelo funcionamento do Congresso Nacional. A reação fora igualmente dura: o descumprimento.

Não restou ao Supremo outra alternativa, visto o risco iminente e grande de descumprimento total e *backlash* via outras iniciativas legislativas e políticas. A alternativa era vergar a compreensão constitucional, e adaptá-la a uma interpretação dialógicamente aceitável, que estaria dentro da margem de obediência. Manter-se-ia o mandato e o cargo do Senador, apenas retirando-lhe o direito à sucessão presidencial. Era momento de uma decisão em moldes salomônicos, que permitira ao Congresso perceber a capacidade relacional da Corte, de compreender o momento, e demonstrar parcimônia:

A recente crise institucional entre os Poderes da República causada pelo afastamento em caráter liminar do Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, por decisão Monocrática do ministro Marco Aurélio Melo proferida na medida cautelar nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade para questionar a possibilidade de “réus em ação penal perante o STF poderem ocupar cargos que estão na linha de substituição na Presidência da República”, externou a necessidade da estabilização política de nossa Corte Constitucional, a qual deve demonstrar sua força como órgão colegiado e não como um apanhado de ministros autônomos. Imprescindível, neste momento, que o Supremo Tribunal Federal, servindo de modelo para os demais tribunais do país, adquira uma postura de diálogo entre seus membros, para que as decisões proferidas sejam

---

Min. Celso de Mello. BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016).

<sup>383</sup> Cf. BRASIL, Ação Cautelar nº 4039, de 24 de novembro de 2015, 2015; BRASIL, Ação Cautelar nº 4.070-DF, de 21 de outubro de 2016, 2016; BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526 – Distrito Federal, 2016; BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402-DF, de 7 de dezembro de 2016, 2016, todas ações no STF.

pautadas nos precedentes do tribunal e não com base no entendimento de determinado ministro,<sup>10</sup> de modo a enfrentar os argumentos apresentados pelo colegiado de forma sincera e fundamentada. No âmbito do Supremo, houve mal-estar entre os ministros, pelo fato de uma decisão tão impactante ter sido concedida monocraticamente. Visando a contornar a crise, a ministra Cármen Lúcia, presidente do STF, levou ao plenário referida medida cautelar para referendo da liminar concedida contra Renan Calheiros, a qual foi rejeitada por maioria de votos.<sup>384</sup>

O exemplo mostra, com clareza invejável, como uma matéria sensível, e seu manejo inadequado, com o abalo da reputação da Corte - apontada como altamente incapaz de lidar no momento da decisão monocrática, com a agenda e as prerrogativas de um outro Poder - promovera grave altercação, que forçou, dentro da dialogia da formação da interpretação constitucional, uma manifestação rápida da Corte, agora em uma só voz, excluindo-se a opinião precipitada, para amenizar-se o atrito.

Evitou-se um desenvolvimento mais sério de conflitos e consequências de várias ordens, que poderiam abalar a Corte, e fomentar mesmo a criação de regras ou mecanismos de controle e subordinação, sob o argumento da patente interferência no funcionamento de outro Poder Público. Claro aqui o manejo errado do mecanismo da deliberação monocrática, e a correção com a utilização de uma decisão unânime - ou quase unânime, já que o Ministro Marco Aurélio manteve seu posicionamento.

São esses mecanismos, e essas respostas que demonstram, ao fim e ao cabo, como funciona o manuseio estratégico dos mecanismos que dispõe a Corte para melhorar sua reputação judicial, interna e externa, de tal modo, que sua utilização equivocada poderá promover fortes abalos em sua capacidade de obter apoio externo, na compreensão de que age legitimamente, dentro de seu papel constitucional, e, conseqüentemente, na sua habilidade de conformar o sujeito passivo de suas decisões, para que as aceite, e cumpra.

São esses exemplos, e sua correlação com a teoria anteriormente demonstrada, que permitirão elaborar-se o argumento final deste trabalho, explicitando-se, na prática, como o STF e outras Cortes Supremas ou Constitucionais, lidam com sua reputação e tais mecanismos, como sofrem com seu uso inadequado, e como otimizam sua atuação por meio do uso estratégico adequado.

Os desafios, enfrentados por Cortes em todo o mundo, desde o primórdio da *judicial review*, já soam razoavelmente familiares, este trabalho faz uma tentativa de vê-los sob uma ótica um pouco diferente. Durante o curso da histórica americana, por exemplo,

---

<sup>384</sup> PANUTTO, P. R. Plena deliberação interna do supremo tribunal federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes esta belecidos pelo novo código de processo civil. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.



muitas das personalidades públicas mais famosas expressaram sentimentos similares. Da mesma forma que Roosevelt e seus aliados, nos anos 30, Thomas Jefferson, Abraham Lincoln e Theodore Roosevelt, todos tiveram embates com o Judiciário. A Corte, quando decide mal, quer-se dizer, sem atentar para as consequências políticas de seu julgamento, o momento histórico, e para a forma que sua decisão é levada ao público, coloca sua reputação em risco, e agrega, em um esforço contraproducente, incentivos para que sua força seja combatida ou contrariada. A Corte deve ter, assim, como metamissão, precípua, não permitir que a supremacia judicial se torne um problema para a estabilidade da própria ordem constitucional.<sup>385</sup>

Antes de adentrar-se a análise mais direta, nos limites deste trabalho, de parcela significativa dos mecanismos que contribuem positivamente ou negativamente para a construção reputacional do STF, mormente quanto àquela parcela reputacional relacionada à obediência de suas decisões e à sua observação como uma Corte que delibera dentro de seus limites de legitimidade institucional, ou seja: nos moldes demandados de uma Corte Suprema, é importante esclarecer o que se compreende por mecanismos reputacionais.

São esses, assim postos, aqueles traços deliberativos ou decisórios aplicados no exercício da jurisdição constitucional, a saber, basicamente, as condutas individuais ou colegiadas dos Ministros e da Corte, que contribuem para a forma que as matérias constitucionais são submetidas a julgamento, decididas e expostas ao público, e essencialmente, como todo esse contexto pré-deliberativo, deliberativo e pós-deliberativo se dá em relação com os demais Poderes Públicos e a Sociedade Civil. Ou, dito de outra forma: quando decide o STF que condutas e instrumentos deliberativos utiliza na escolha do que decidir, na forma como decidir e como expor a todos o que decidiu. Ainda, em que medida, tais mecanismos são capazes de contribuir positiva ou negativamente para sua reputação judicial.

### **7.1 Coerência decisória e a minimização de juízos discricionários**

Observou-se, ao se tratar da contribuição da economia para a compreensão da formação da reputação, que se duas organizações forem capazes de agir dentro de certos limites institucionais, de modo a ocupar, cada uma, certo espaço de competências ou atuações relacionais, ambas serão capazes de acreditar no histórico da outra, e por meio deste incentivo não-escrito terão ambas um *pay off* sempre positivo. Haverá, assim, a

---

<sup>385</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 7.

desconstrução de possíveis incentivos para um desarranjo institucional, como qualquer atuação que vise maximizar os ganhos individuais em detrimento à relação estabelecida.

Dizendo-se de outra forma, com o aumento da previsibilidade, dois ou mais protagonistas do jogo político e democrático são capazes de prever os movimentos alheios, confiar neles, e agir em conformidade com as expectativas, de modo a caírem em um estado de verdadeiro equilíbrio, ainda que provisório, já que mudanças em outros setores podem abalá-lo, mas haverá uma zona razoavelmente larga de contenção contra medidas extremas ou insuscetíveis de apoio mútuo.

A previsibilidade decorrente da repetição coerente com seus atos pretéritos gera, assim, confiabilidade, e reputação positiva. A Corte se mostrará em permanente sintonia no jogo político, atuando dentro de suas balizas constitucionais, sem interferir ou sobrepor-se aos demais Poderes, e sem tomar medidas que contraponham posturas anteriores.

A coerência com seus precedentes, partindo-se para uma linguagem mais técnico-jurídica, induz a sensação de segurança jurídica, de uma Corte comprometida com a estabilidade da ordem constitucional, e, sobretudo, que adota razões menos discricionárias. Na lição de Hart, especialmente para os não juristas, mas também para estes, “Quando se atinge a área de textura aberta, muito frequentemente tudo o que podemos com proveito oferecer em resposta à questão <<Qual é o direito neste assunto?>> é uma predição cautelosa sobre o que os tribunais farão.”<sup>386</sup> Ou, mais acertadamente: acrescenta-se, sobre o que os tribunais já disseram em forma de precedente:

De outra sorte, o equilíbrio entre o Poder Judiciário e os demais decorre de suas limitações materiais e jurídicas, cingidas ao direito e à técnica da argumentação jurídica, por um lado, e à falta de recursos próprios para executar suas decisões, por outro.

Em última análise, a autoridade do Judiciário está, em grande medida, atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões, bem como, por evidente, em sua correspondência ao ordenamento jurídico.<sup>387</sup>

A atenção aos próprios precedentes transmite uma lógica de coerência que está relacionada com atenção ao postulado isonômico do igual tratamento às partes, ou seja, agentes em situações de similar característica merecem o mesmo tratamento, o qual também é um princípio moral, que permite uma compreensão lógica da decisão.<sup>388</sup> Como destaca Yoshino, com precisão, o antagonismo na relação do Direito e da Literatura com a originalidade. Se o juiz encontra um caso essencialmente idêntico àquele que está

<sup>386</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 160.

<sup>387</sup> ZANETI JR., H. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 211.

<sup>388</sup> FREITAS FILHO, R. Critical legal studies and coherence in the decision-making process: the Brazilian case. **Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 26, n. 1, p. 29-44, 2015.

examinando e o utiliza como referência, sua reputação cresce em vez de diminuir. Na literatura, se um autor diz que alguém já havia utilizado determinada abordagem, sua reputação nunca irá crescer.<sup>389</sup>

O STF não é um exemplo de coerência com seus precedentes. Os exemplos são abundantes de Ministros que rejeitam, em decisões monocráticas, precedentes do Pleno. Em diversas ocasiões, recentemente, os Ministros Marco Aurélio de Mello e Ricardo Lewandowski determinaram a soltura de condenados em segunda instância, sob o argumento de que as compreensões individuais mereceriam ser preservadas, com críticas a decisões do Pleno da Corte, como se lê do voto no HC nº 151.819 – PA, 21 de maio de 2018. *In Verbis*:

Ao tomar posse neste Tribunal, há 27 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo.<sup>390</sup>

Percebe-se assim, a falta de compreensão da Corte enquanto um todo, e a ausência da assunção de um dever de coerência com seus precedentes. Tal conduta reforça a noção de que o Supremo Tribunal Federal atuaria de forma discricionária, isto é, prolataria decisões majoritariamente de cunho político, tanto, que ao sabor da predileção de cada um, ou, o que é pior - pois mais negativo para a avaliação reputacional - a depender das partes em jogo, pois “[...] a menção a precedentes pode indicar que a Corte decide seus casos de forma consistente, e como sugerido acima, isso pode refletir menos discricionariedade judicial”.<sup>391</sup>

A discricionariedade acentuada, ou a desobediência aos precedentes, transmitirá aos demais protagonistas do Estado Constitucional a noção de que não há um padrão de condutas a ser observado, senão o padrão de instabilidade, o que dificultará sobremaneira o estabelecimento de previsões palpáveis, e a construção de uma margem legítima de expectativas.

Uma Corte que não obedece nem às suas próprias decisões é um organismo de difícil trato, irrelacionável, e no qual não se pode confiar. Por fim, e não menos importante, transmitirá uma noção de órgão político, não-isonômico e heterogêneo em suas conclusões. Tudo isso dificultará, acentuadamente, a construção, no imaginário público, de uma noção reputacional positiva. Como afirma Leonardo Martins, ao discorrer sobre a Corte Alemã:

<sup>389</sup> YOSHINO, K. **Mil vezes mais Justo**: o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a Justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 9.

<sup>390</sup> Cf. v.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 151.819 – PA, de 21 de maio de 2018**. Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Marco Aurélio; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 164.696 – RJ, de 12 de abril de 2019**. Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>391</sup> DOTHAN, 2014, p. 35.

O Tribunal Constitucional Federal alemão cresceu, tornando-se forte e titular de grande reputação junto à opinião pública alemã há décadas. Para muitos, trata-se da Corte constitucional mais bem-sucedida do mundo. Conceitos de entonação crítica como *Richterstaat* (Estado Judicial) aparecem vez ou outra na discussão, mas sem o fundamentalismo conhecido na doutrina pátria em torno do conceito de ativismo judicial que divide os espíritos em aquiescentes e críticos combativos.

A razão da maior disputa em torno desse conceito no Brasil é simples: quando um tribunal que tem a pretensão de ser uma Corte constitucional não dispõe de **uma linha jurisprudencial consistentemente construída ao longo do tempo**, o debate desloca-se das construções jurídico-dogmáticas e centra-se nas opções políticas ou até político-partidárias da Corte e/ou dos seus membros individualmente considerados. (grifo nosso)<sup>392</sup>.

Restam abaladas, assim, tanto a reputação interna - o restante do Poder Judiciário se sentirá desestimulado para seguir as decisões da Corte, quando ela própria não o faz - e a reputação externa - os litigantes, igualmente, se sentirão encorajados a perseguir decisões individuais, ainda que haja precedente do Pleno, o panorama se torna caótico em todos os sentidos:

Veja-se que para que os Tribunais mantenham a uniformidade do direito, é necessário que haja uniformidade na sua interpretação e aplicação quando do julgamento dos casos, por ser um requisito do próprio Estado Constitucional de Direito. E o Estado Constitucional de Direito demanda que haja igual tratamento dos indivíduos perante a lei, do ponto de vista formal e material. Não é admissível que o direito seja interpretado de maneiras diferentes em casos similares, isso é uma afronta não só ao princípio da segurança jurídica, mas também ao princípio da igualdade garantido na Constituição. Não se pode descurar que a uniformidade do direito nas decisões judiciais é parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito. Até porque é legítima a expectativa daquele que se encontra em situação similar à decisão já julgada pelo Judiciário de não ser surpreendido por decisão diversa.<sup>393</sup>

Destarte, a Corte, de forma a ampliar seu estoque reputacional, deverá, a partir da análise do referido mecanismo - quanto ao agir coerente e não discricionário - atuar de modo a privilegiar a atenção aos precedentes formados<sup>394</sup>, submetendo as decisões individuais a tal compromisso de uniformização. De outra forma terá, inevitavelmente, seu apoio abalado, incentivando a desobediência decisória e a interposição temerária de

<sup>392</sup> MARTINS, L. Questões constitucionais na ordem processual: entre a repercussão geral e a tutela de direitos fundamentais individuais. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 20, n. 1, p. 21-72, 2019.

<sup>393</sup> BARBOZA, E. M. de Q. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 56, p. 177-207, 2014. p. 184.

<sup>394</sup> Importante elucidar-se aqui a questão de que eventualmente o resultado da reversão de um precedente será positivo. Ocorre, como acentua Thomas R. Lee, que eventualmente o erro fora tão custoso, pela sua ineficiência sistêmica, que a reversão será ao final benéfica, colocando a Corte do lado certo do problema, o que atrará reputação positiva e apoio. (LEE, T. R. Stare Decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent. **North Carolina Law Review**, [S. l.], v. 78, n. 3, p. 643-706, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3856&context=nclr>. Acesso em: 8 jun. 2019).

recursos com o correspondente descumprimento. Ainda será vista, especialmente pelo público leigo, como uma Corte essencialmente política, que decide à conveniência do Ministro e das partes, o que afetará a compreensão de seu papel, dentro da Ordem Constitucional, como positivo.

O mecanismo ou estratégia do agir coerente com seus precedentes para o acúmulo reputacional, apesar de aparentemente genérico em seus termos, será melhor delineado, e exemplificado, a partir das análises seguintes na prática habitual do STF e de outras Cortes. É, porém, máxima a ser seguida, orientação basilar. Madison já acreditava, com razão, no período *antebellum* - referência ao momento anterior à Guerra Civil estadunidense - que a certeza e a previsibilidade para o bem da sociedade não poderiam ser obtidas se cada juiz permanecesse livre para adotar sua própria interpretação individual das inevitáveis ambiguidades das leis escritas. Durante sua carreira pública, enfatizou que *o curso regular da prática* poderia liquidar e definir o significado de disputas quanto ao significado de previsões legais ou constitucionais, e que uma vez definido tal sentido da norma, os atores futuros estariam vinculados à decisão, mesmo se houvessem seguido, em suas opiniões originárias, sentidos divergentes. Doutrina que em muito fomentou a consolidação do *stare decisis* naquele país, enquanto a ampla cultura de vinculação ao precedente de Cortes superiores.<sup>395</sup>

Imprescindível recordar-se ainda, neste ponto, da questão magna da Teoria Constitucional, relativa ao modo de lidar com a discricionariedade em casos mais complexos, os chamados *hard cases* - aqueles nos quais haveria uma zona cinzenta, de difícil decisão. Verdadeiros espaços normativos, onde estaria o jurista autorizado, em certa medida, a se deslocar, de modo a ocupá-los em harmonia com a criteriologia constitucional e legal existentes, fomentado pelas lições doutrinárias e arrazoados decisórios. Como poderia, esta questão, contribuir para a formação reputacional, seria cabível indagar-se.

Incumbe atentar-se, primeiramente, à advertência de Elival da Silva Ramos, de que o ato judicial de decidir deverá ser guiado e limitado, em razão de sua função predominantemente executória, aos limites traçados pelo ordenamento jurídico, em especial pelas determinações constitucionais:

O positivismo pré-kelseniano, renovado pela incorporação das conquistas da moderna Teoria da Interpretação, por um lado aceita a criatividade inerente ao processo de concretização normativa, porém, por outro, impõe ao juiz que se

---

<sup>395</sup> NELSON, C. *Stare decisis and demonstrably erroneous precedents*. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p.1-84, 2001. p. 12. Cf. MADISON, J; HAMILTON, A; JAY, J. *Os Artigos Federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

atenha à natureza predominantemente executória de sua função, o que importa no dever de observar a moldura jurídica que baliza os seus movimentos<sup>396</sup>.

Deixa claro, o nobre constitucionalista, que tais barreiras ou fronteiras, impostas ao jurista neste momento decisório-criativo, serão não apenas formais, mas substanciais, de tal forma que ele precisará buscar os critérios disponíveis e válidos para a construção de sua decisão. É a demonstração de que esta busca, pela Corte, do âmago ou norte decisório, será guiada por uma métrica própria, que trará, mesmo quando imprevisível a decisão, a noção de que decidirá dentro de expectativas razoáveis, sem permanecer aquém de sua missão constitucional por um lado, e por outro, sem exorbitar em suas atribuições.

Com inspiração em Dworkin - mas cuidando para não incidir nos mesmos erros deste autor, ao trazer ao processo hermenêutico elementos morais estranhos à nomogênese<sup>397</sup> - acredita-se que a busca de tais soluções - de forma coerente e positiva ao processo de crescimento reputacional - deve ser realizada pela técnica argumentativa, devendo, o raciocínio do jurista, atender a certas condições essenciais.

Para explicar esse processo, criou o filósofo a metáfora do romance em cadeia. O jurista quando do ato decisório deve se considerar coautor de uma espécie de romance em cadeia, o autor de um capítulo, entrelaçado aos anteriores, no quais buscará significados primários para somente então prosseguir. Não poderia assim, dentro de um primeiro requisito da adequação, adotar interpretação, por mais complexa que seja, que contrarie totalmente o que qualquer outro autor escreveria na continuação daquela história, ou seja, a dimensão inicial de significados precisa ser mantida, sob pena de total desvirtuamento da interpretação.

Isto não significa dizer que sua interpretação deva ser exatamente precisa, podendo apontar erros de raciocínio dos capítulos anteriores, ou tropeços acidentais. A interpretação deve, porém, fluir, no sentido da ambição literária, da trama que se descortina, compreendendo todos os aspectos estruturais, e jamais ser fruto de mera discricionariedade ou subjetivismo do julgador ou intérprete:

Para tanto Dworkin compara o Direito e a literatura. Exemplifica que se cada ator de um romance for responsável por redigir um capítulo, o seguinte deverá retomar a história do ponto em que parou o anterior e desenvolvê-la de forma que, ao final, tenha-se um todo harmônico, íntegro, coerente, “como se fosse obra de um único autor, e não como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”. Por isso, cada autor deverá interpretar tudo aquilo que o precede e, a partir de então, contribuir (ampliando, refinando, aparando ou rejeitando o projeto literário) para impelir o romance para esta ou aquela direção.

---

<sup>396</sup> RAMOS, 2015, p. 136.

<sup>397</sup> Ibid., p. 139.

Nesta interpretação, contudo, não há espaços para que a história fique subordinada à intenção de cada autor “porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”. (Grifos do autor).<sup>398</sup>

Como ensina Streck, o intérprete deverá evitar uma simples atribuição arbitrária de sentidos ao texto, pois não é possível um método estritamente analítico que obtenha resultados prontos, já que o ponto de partida no texto serve de marco e progride em busca de unidade conceitual, de coerência interna:

Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (como explicito em meu Verdade e Consenso desde a primeira edição). Hermenêutica é aplicação. Não há respostas, a priori, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente, não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A applicatio evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico<sup>399</sup>.

A segunda dimensão do raciocínio do jurista exige qual das leituras possíveis é melhor para a solução do caso em análise, admitindo-se uma unidade oriunda da compreensão de que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios. Neste percurso deverá ser metódico, avaliar todas as possibilidades, tomando suas decisões com base em princípios e não mera política (em um sentido de aquilo que possa ser considerado como melhor em alguma dimensão moral distanciada dos princípios do regime jurídico e constitucional).

É necessário, para a busca da adequada interpretação constitucional, tentar-se encontrar um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres, e a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade, distinguindo os diferentes aspectos e núcleos protéticos do direito em discussão:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis **tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.** Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. **Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional.** (Grifos nossos).<sup>400</sup>

<sup>398</sup> LUIZ, F. V. **Teoria da Decisão Judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 174.

<sup>399</sup> STRECK, L. L. Aplicar "a letra da Lei" é uma atitude positivista? **Revista Novos Jurídicos**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Não é outra a posição de Elival da Silva Ramos, ao afirmar como critério balizador da inexistência de postura ativista: “[...] exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (limite da textualidade)”. (RAMOS, 2015, p. 326).

<sup>400</sup> DWORKIN, R. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 305.

Verifica-se, com salutar destaque, a relevância para a interpretação constitucional do princípio interpretativo da unidade da constituição, o qual define a necessidade de serem vistas as normas constitucionais não de forma isolada, mas como um todo, integradas em um sistema unitário e coerente, dando, o todo, sentido às partes, e vice-versa. Deste princípio, por sua vez, resulta a exigência de concordância prática, ou seja, a determinação ao intérprete, que ao deparar-se com situações de concorrência entre a proteção a bens jurídicos diversos, adote a solução que otimiza a proteção e plena realização de ambos:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas ao como normas isoladas, mas como preceitos integrados no sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque - relembre-se o círculo hermenêutico - o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. [...]<sup>401</sup>

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

Esta compreensão, esboçada pela Corte - de que está a seguir precedentes, legislação e, sobretudo, a Constituição - quando da formulação do ato decisório, permitirá, ao apontar a existência de um roteiro argumentativo mínimo, franco ganho reputacional. O cumprimento da normal jurídica, o mais distante possível de um viés político-partidário, e, logo, em consonância com expectativas, previsões e dentro de seu papel institucional, promoverão confiança, respeito e, enfim, reputação:

A opinião de uma Corte quanto a um caso almeja justificar os fundamentos para o alcance de uma decisão, conforme precedentes ou não. Ao desviar do precedente, ela deve estabelecer porque a decisão anterior não deverá regular o caso presente, porque sua decisão é mais apropriada, e porque deve guiar casos similares no futuro. Alternativamente, ela pode tentar retratar o caso como se estivesse de acordo com o precedente mesmo que, em verdade, promova uma mudança substancial em uma regra legal. **Se uma opinião apresentada por um**

---

<sup>401</sup> COELHO, I. M. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160. No mesmo sentido: “De outra parte, as exigências da percepção do direito como um sistema, axiologicamente orientado, importam na necessidade do intérprete-aplicador atentar para a existência de normas principiológicas implícitas, e para a circunstâncias de que as normas, institutos e conceitos jurídicos que os expressam não são simplesmente justapostos no ordenamento [...]”. (RAMOS, 2015, p. 326).



**juiz for atrativa a outros, o precedente definido por ele pode ser seguido. As citações (explícitas ou implícitas) recebidas por outros juízes aumentarão, por sua vez, sua reputação, e aumentarão seu prestígio dentro da comunidade legal. Contrariamente, uma tentativa falha de estabelecer um precedente provavelmente consumirá sua reputação.** Um objetivo razoável para um juiz, logo, deverá ser o de escolher ações que aumentarão sua reputação<sup>402</sup>. (Grifos nossos).

O que se observa, assim, é a compreensão de que a estabilização relacional - a forma como outras organizações dependerão do tribunal e confiarão nele - dependerá, fortemente, de seu agir retilíneo no sentido de atenção a seus próprios juízos jurídicos. E na medida que admita - e demonstre - estar agindo dentro dos parâmetros legais e constitucionais disponíveis, nos limites de suas competências normativas. Este relacionamento positivo promoverá, por sua vez, ganho de capital reputacional.

## **7.2 A utilização de decisões monocráticas**

Estudo empírico mostrou que entre os anos de 1992 e 2003, ou seja, no intervalo de 21 anos de funcionamento do STF - período cujo início praticamente coincide com o aumento apontado de seu protagonismo no capítulo 2 deste trabalho - 93% das decisões proferidas pela Corte foram monocráticas, englobando-se apenas decisões finais de mérito e liminares, ou seja, excluindo-se despachos de mero expediente. Por sua vez, quanto ao controle incidental de constitucionalidade, que compõe 95% da atuação jurisdicional daquele tribunal, apenas 1% é composto por decisões colegiadas, ou seja: 99% das deliberações são monocráticas. Assim, claro está que a regra é que o controle incidental seja decidido monocraticamente, com raras exceções.<sup>403</sup>

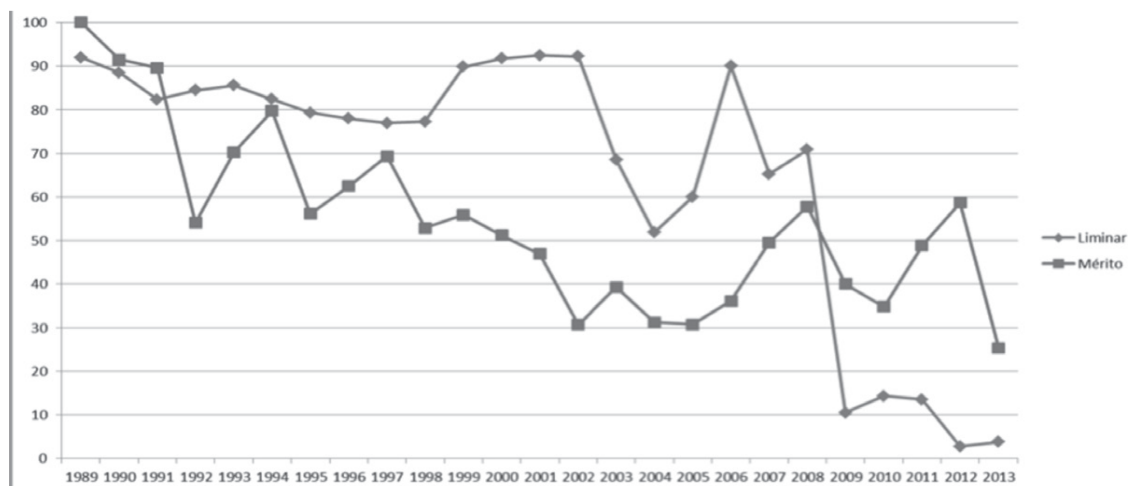
Percebe-se que nos últimos 25 anos tem havido uma constante queda da concentração de decisões colegiadas em controle abstrato, em comparação com o contingente de decisões monocráticas. Há 20 anos eram 60% as decisões colegiadas, em 2013 esse número chegou a 30%. Tais dados demonstram, como alertam os autores, que houve uma mudança procedimental interna, privilegiando-se, com o passar dos anos, e o acúmulo de demandas, a prolação de decisões individuais, inclusive quando da aplicação do rito sumário ao controle abstrato (art.12 da Lei nº 9.868/1999), o qual, em verdade, termina por autorizar a negativa monocrática - e praticamente sem fundamentação - do

<sup>402</sup> MICELI, T. J.; COŞGEL, M. M. Reputation and judicial decision-making. **Journal of Economic Behavior and Organization**, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 31-51, 1994.

<sup>403</sup> HARTMANN, I. A. M.; FERREIRA, L. da S. Ao Relator, Tudo: o impacto do aumento do poder do Ministro Relator no Supremo. **Revista de Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.268-283, 2015. p. 276.

pedido de liminar, sob o argumento da adesão ao rito mais célere, o qual, todavia, levará ao menos 2,6 anos para surtir efeitos, prazo médio para o início do julgamento:

**Gráfico 2 - Decisões**<sup>404</sup>



Com o aumento do protagonismo da Corte, e conseqüentemente, do número de demandas em curso, em sede de controle abstrato ou concreto, ou ainda, em razão de competências originárias, a utilização de decisões monocráticas parece ser um caminho sem retorno. A bem da verdade, inicialmente o mecanismo é eficiente, permitindo que expedientes manifestamente inadmissíveis - por ofensa a questões formais ou por contrariarem posições já bem definidas da Corte por meio de seu Pleno ou Turmas - sejam rapidamente rejeitados, agregando eficiência a um órgão já tumultuado pela grande demanda.

O problema, fundamentalmente não é este. A eficiência, por si só, permite a manutenção do diálogo institucional, e a demonstração de ser a Corte um protagonista responsivo dentro da interlocução entre os Poderes, o que repercute, certamente, em reputação positiva. Um órgão que não responde, distante, assoberbado e estanque, terá, inevitavelmente, uma reputação ruim, por não participar da sistemática do jogo democrático, por se omitir ou denotar desinteresse institucional no tema moralmente e juridicamente relevante.

Decisões que deveriam repercutir (a) a mera aplicação de precedente; (b) decisões de inadmissibilidade diante de vícios formais ou materiais; (c) tutelas de urgência, com a submissão da medida ao Plenário ou à respectiva Câmara<sup>405</sup>, terminam por significar, por

<sup>404</sup> Imagem oriunda de: HARTMANN; FERREIRA, 2015. p. 276.

<sup>405</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: atualizado até a Emenda Regimental n. 51/2016. Brasília, DF, 2019. art. 12º e seus incisos. Disponível em:

sua dinamicidade e pela deturpação de sua finalidade, um instrumento representativo para o agir estratégico de um Ministro ou de outros protagonistas externos, que veem na Corte a chance de surtirem efeitos medidas rejeitadas ou postergadas no Congresso Nacional.

São basicamente três as razões para que isso ocorra. Primeiro, a desatenção dos Ministros, individualmente considerados, aos precedentes das Turmas ou do Pleno, o que permite a prolação de decisões monocráticas destoantes da orientação colegiadamente firmada. Em segundo, a demora na submissão da decisão individual ao órgão colegiado, mesmo quando interposto o recurso cabível, em geral o Agravo Interno.

Impossível esquecer-se o terrível incidente ocorrido no Pleno do STF, quando advogado, irressignado com a delonga do Ministro Presidente Joaquim Barbosa - em levar ao julgamento do Pleno agravos internos que envolviam questões relativas à concessão de liberdade a acusados em processo criminal - cobrou, da tribuna do Pleno, o encaminhamento dos recursos para julgamento colegiado, e terminou sendo retirado pela segurança, em incidente conturbado e sem precedentes, mas simbólico do problema!<sup>406</sup>

Por fim, tem-se a postura mais eloquente de utilização dos votos para a defesa de opinião pessoal, como se institucional fosse. Em tais decisões o Ministro acolhe teses jurídicas sofisticadas, muitas vezes acompanhadas de precedentes relativos a matérias distintas, e muita citação doutrinária, de modo a fortalecer seu entendimento solitário. Isto é feito mesmo em decisões que deveriam ter um conteúdo quase irrelevante, como ao reconhecer a inadmissibilidade por perda de objeto de um recurso, mas são aproveitadas para a defesa da bandeira específica, a qual, muitas vezes, acaba repercutindo em outras decisões, de outros Ministros, indicada como se fosse a posição oficial da Corte, quando, em verdade, não houve debate sobre o tema, e não se formou precedente.

É possível, inclusive, que a maioria sequer pense assim, ou, diversamente, que haja incorporação por via transversa, não dialógica, da decisão ao contexto jurisprudencial da Corte, gerando dúvidas e possíveis imprecisões técnicas, já que a *ratio decidendi* não fora sequer estabelecida por órgão colegiado. A longa citação se justifica pela precisão analítica na explicação dos autores:

Por exemplo, em 2004, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática na ADPF 45. No caso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) havia questionado a constitucionalidade de um veto do Presidente sobre proposta de lei de diretrizes orçamentárias enviada pelo Congresso. O argumento era o de que,

---

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_ER\\_51\\_web.old.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_ER_51_web.old.pdf).

Acesso em: 15 jun. 2019.

<sup>406</sup> OLIVEIRA, M. Barbosa ordena retirada de advogado de Genoio do Plenário do Supremo. **G1**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2014/06/barbosa-ordena-retirada-de-advogado-de-genoino-do-plenario-do-supremo.html>. Acesso em: 15 jun. 2019.

como a prevalência do veto faria com que a LDO ficasse abaixo da exigência constitucional mínima de alocação para a saúde, o STF deveria considerar o veto presidencial como “ato do poder público” violador de “preceito fundamental” da Constituição. A tese jurídica era bastante ousada. Em 2004, como, aliás, até os dias de hoje, a doutrina brasileira não admite, exceto dentro de condições muito específicas, a possibilidade de controle de constitucionalidade de veto presidencial por meio de ADPF. Na verdade, o STF já havia rejeitado expressamente essa possibilidade<sup>5</sup>.

Esse e outros pontos controvertidos da ADPF 45, porém, não chegaram a ser discutidos pelos Ministros do STF. Após negociações entre o Presidente e o Congresso, uma nova lei de diretrizes orçamentárias foi aprovada dentro das exigências constitucionais. Com isso, tecnicamente, a ADPF perdera o objeto, já que o suposto ato público questionado (o veto presidencial) deixara de existir. Mesmo assim, o relator do caso, Min. Celso de Mello, discorreu longamente sobre o mérito da questão dos pedidos do PDT *na mesma decisão monocrática em que reconhecia a perda de objeto*. Defendeu a possibilidade (i) de controle judicial de políticas públicas já previstas no texto constitucional, bem como de o STF realizar controle de constitucionalidade de (ii) vetos presidenciais por meio de ADPF e (iii) decisões legislativas referentes a orçamento<sup>5</sup>.

Na fundamentação de uma decisão monocrática sem objeto, portanto, o Ministro Celso de Mello lançou teses jurídicas arrojadas, que continham inclusive algumas transformações com relação à jurisprudência do STF. O destino de tal decisão monocrática não mereceria maior atenção não fosse o que ocorreu nos anos seguintes. Nos anos subsequentes, o Ministro Celso de Mello frequentemente citava a ADPF 45 sempre que enfrentava questões relativas a controle judicial de políticas públicas já previstas diretamente na Constituição. No Ag. Reg. 436.996-6 (SP), decidido em 2005, por exemplo, ao discutir a possibilidade de o Judiciário determinar que o município de São Paulo tinha a obrigação de construir creches, o Ministro Celso de Mello cita extensivamente a ADPF 45 para sustentar a posição de que esse tipo de controle de políticas públicas era perfeitamente admissível. No caso, aliás, o próprio Ministro Celso de Mello havia decidido a questão monocraticamente, julgando manifestamente improcedente o recurso do Município de São Paulo contra a decisão da instância inferior<sup>407</sup>.

A prolação de decisões complexas, que inovam em relação à tese jurídica esposada, muito frequentemente depende, como já se argumentou, do *timing* adequado para a sua prolação, ou seja, os demais membros precisam acreditar, também, estar a questão pronta para julgamento, ser passível de análise ou reanálise diante do contexto social, jurídico e político do momento histórico vivido. A Suprema Corte Estadunidense tem, há várias décadas, ao menos desde a Corte Burger, se utilizado da doutrina da *ripeness* enquanto requisito essencial para a concessão do *Certiorari*, para deixar de admitir e julgar demandas que acredite não estar prontas para julgamento naquele momento histórico, especialmente por inconveniências políticas que recomendem certo grau de autocontenção.<sup>408</sup>

<sup>407</sup> ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, 2015. p. 143.

<sup>408</sup> “The Supreme Court also may have used the ripeness standard, as Professor Bickel urged, to examine the ripeness not only ‘of the case, but of the ultimate issue itself ... in the largest sense, and in the full political and historical context.’ Justice Powell’s concurring opinion in *Goldwater v. Carter* suggested this

A decisão do acertado *timing* ou *ripeness* - nesta perspectiva - somente poderá ser tomada, de forma estratégica para aumentar o construto reputacional do STF, quando precisamente avaliada - a partir do julgamento colegiado - a adequação do momento histórico para a prolação da decisão em seu mérito, especialmente ao se tratar de inovação constitucional sofisticada e complexa, e que não se baseie em texto expresso de lei nova, quando essa exigência poderá ser mitigada.

O equívoco quanto a essa questão poderá resultar no acontecido com a prolação da decisão monocrática pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, nos autos da ADPF nº 402 – DF/2016 - como discutido no início do capítulo - o que fomentou o descumprimento da decisão pelo Senado da República, e a antecipação do julgamento da Ação Cautelar nº 4.070 – DF/2016, com a criação de alternativa que minimizasse o embate criado. O equívoco na decisão apenas começa com a imprecisão de seus fundamentos jurídicos, apartados do que dispõe a Constituição, em seu art. 86º, ao tratar da admissão de acusação contra o Presidente da República e a inexistência de inabilitação para o exercício do cargo, na esteira de precedentes da Corte<sup>409</sup>.

Atente-se bem para a circunstância de que o embate de um lado expôs à Mesa do Senado que poderá descumprir decisões monocráticas do STF, sem qualquer ônus. E que, de outro lado, tal episódio provocará um movimento de celeridade na Corte, quanto a decidir com urgência a matéria, e por último, que esta tentará encontrar um meio-termo,

---

somewhat grander use of ripeness. In refusing to consider Senator Goldwater's constitutional objections to the revocation of a treaty with Taiwan, Justice Powell hinted that such substantial oversight of presidential authority should, at the least, occur only on a strong showing of necessity. The opinion also can be read to go further, recognizing that the Court should refuse to entertain a dispute between the branches of government unless Congress forces its hand.” (NICHOL JR., G. R. Ripeness and the Constitution. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 54, n. 1, p. 153-183, 1987. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4503&context=ucprev>. Acesso em: 27 jun. 2019. p. 176). Cf. CHAI, C. G. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: AMPEM Editora, 2007.

<sup>409</sup> Esclarecedor, neste ponto, o voto do Ministro Dias Toffoli: “Entendido isso, percebe-se que o afastamento cautelar dá-se em razão da existência de processo penal acerca de atos praticados no exercício da função presidencial. É como se a denúncia recebida colocasse o titular do cargo sob suspeição para o exercício de tais funções, razão pela qual se torna necessário o afastamento. Conclui-se, mais uma vez - agora, a partir da análise do § 4º do art. 86 da CF/88 -, que não existe uma incompatibilidade absoluta entre a existência de ação penal em curso e o exercício da presidência da República. Com efeito, a pessoa que seja réu em ação penal por crime não relacionado à função (em processo instaurado, por exemplo, antes da posse) pode, inclusive, titularizar a presidência da República, sendo plenamente elegível para o cargo. É o que se conclui a partir da leitura conjunta do mencionado preceito e o que dispõe a lei de inelegibilidades. Com efeito, segundo a Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, somente se considera inelegível, para qualquer cargo, aquele que seja condenado, em decisão transitada em julgado ou em decisão proferida por órgão judicial colegiado, pela prática dos crimes elencados no art. 1º, inciso I, alínea e [...]”. (Voto na: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 – DF, de 7 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315124511&ext=.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019).

apaziguador. Ou seja, o Congresso, quando se opuser frontalmente à decisão monocrática, poderá barrá-la e demandar brevíssima reanálise. Não há como negar-se, que ficou seriamente abalada a reputação da Corte junto ao Senado, como intervencionista pela via de apenas duas mãos, nos assuntos daquela Casa, e de seu Presidente. Da mesma forma, sua reputação fora seriamente abalada, o que resultou no descumprimento e na compreensão da fácil manipulação da Corte, pela Mesa do Senado.

Quer-se dizer que nem o reconhecimento positivo, de ser a Corte um órgão minimamente preocupado com o funcionamento independente dos Poderes, por haver corrigido rapidamente a situação, serviu para amenizar a falta de *timing* e de maturidade da decisão. O fato de ser oriunda de um Ministro que comumente é vencido igualmente não ajudou. A mensagem é a de que a Corte estava no momento sendo subrepresentada, duplamente, pois monocraticamente, e por um Ministro comumente isolado diante das opiniões dos pares.

A situação revelou-se tão patológica, quando diante de tais posicionamento extemporâneos ou prematuros e individuais, que a Corte criou um mecanismo transversal, pelo qual o Presidente poderá suspender a exigibilidade de decisão monocrática por meio de um Pedido de Suspensão de Liminar<sup>410</sup>, enquanto o Senado, recentemente, aprovou proposta de Emenda Constitucional visando eliminar as decisões monocráticas e limitar o prazo de vista regimental<sup>411</sup>.

Que órgão representado nessas condições seria bem visto e não correria risco de ser desobedecido, ou ao menos não se incentivariam ideias nesse sentido? O mecanismo reputacional da prolação de decisões monocráticas, que poderia servir positivamente, como se afirmou, no sentido de fornecer respostas rápidas em tutelas de urgência, reforçar precedentes, e a interação consciente e ativa da Corte, fora subvertido à categoria de depreciador reputacional, em nítido mau uso.

---

<sup>410</sup> Como exemplos: Suspensão de Liminar nº 1.178-Paraná, de 1 de outubro de 2018 e Suspensão de Liminar nº 1.188-Distrito Federal, de 16 de julho de 2019, ambas disponíveis no site do STF.

<sup>411</sup> BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 82, de 2019**. Modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136913>. Acesso em: 27 jun. 2019.

A proposta de emenda tem a seguinte proposta: “Modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais.”.

### 7.3 O modelo deliberativo seriatim e o incentivo ao dissenso

Foi uma grande surpresa quando a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou pública uma decisão unânime em *Brown v. Board of Education*, em 1954. Surpreendente e imprevisível, porque o país estava enormemente dividido segundo pesquisas de opinião, sendo os estados do sul contrários, em sua maioria, à política de dessegregação racial nas escolas. Somente mais a diante tornou-se clara a dificuldade para a prolação de uma decisão em uníssono, e a razão para que a Corte agisse dessa forma. Em 1952, após 3 dias de debates, diante da relevância e gravidade do tema, os *Justices* haviam, inclusive, decidido não deliberar de imediato após as discussões, contrariando a prática normal, mas apenas compartilhar suas visões com eles mesmos. Existiam impasses, e a Corte estava ainda dividida. De modo a ganhar mais tempo foram agendados novos debates para o ano subsequente.<sup>412</sup>

Em razão da grande divisão na opinião pública, e mesmo quanto aos membros do Congresso Nacional - seguindo a mesma lógica dos estados, aqueles oriundos do Norte eram favoráveis à dessegregação, enquanto os do Sul não eram - e ainda, em razão de exigir, o cumprimento da decisão, mudanças custosas no sistema educacional público, a Corte quis projetar unidade, sendo escolhido como relator o seu presidente *Justice Warren*.

A Corte sabia, e em especial seu Presidente, que a decisão era complexa, de difícil implementação, e que demandaria um julgado unânime, sem possibilidade de revisões e dissensos, de modo a simbolizar força, opinião consolidada e amplo apoio institucional. De outra forma, a reputação da Corte, que estava em jogo, por decidir contra a expectativa de tantos, e impor a mudança de antiga política pública de segregação escolar, talvez não fosse suficiente para assegurar o cumprimento da decisão.<sup>413</sup>

A Corte Suprema de Israel, por sua vez, prolatou diversas decisões, ainda na década de 50, seguindo o modelo *per curiam*, para, em seguida, abolir, quase completamente a prática. Contudo, nos anos 90 se utilizou diversas vezes de tal modelo deliberativo quando precisou prolatar decisões cujo mérito seria amplamente polêmico, e mesmo, de difícil cumprimento. Tem-se como exemplo o caso *Demjanjuk*, em 1993, quando acusados do cometimento de crimes de natureza nazista foram absolvidos em razão

<sup>412</sup> FRIEDMAN, 2010, p. 244. Cf. UNITED STATES. U.S. Supreme Court. **Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)**. Washington, DC, 1954. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98\\_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf). Acesso em: 27 jun. 2019.

<sup>413</sup> KLARMAN, M. J. **Brown Vs. Board of Education: Law or Politics?** Charlottesville, VA: University of Virginia School of Law, 2002. (Public Law Research Paper, n. 02-11). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em: 27 jun. 2019.

de dúvidas quanto as suas identidades. Ainda, a decisão em *Association for Civil Rights in Israel*, ao negar, a Corte, a deportação de 415 membros de uma organização hostil, em 1992. Quanto ao último caso, se sabe que diversos juízes resistiram até o último momento à prolação de uma decisão unânime, e ameaçaram a lavratura de votos dissidentes, o que não ocorreu diante da forte atuação do Presidente, Meir Shamgar, em postura muito similar ao *Chief Justice Warren*, em *Brown*.<sup>414</sup>

A experiência oriunda da Suprema Corte Estadunidense, e da Corte Suprema de Israel, parecem demonstrar que a supressão do dissenso é um mecanismo eficiente para evitar o descumprimento, criando uma imagem de adesão plena ao direito aplicável à espécie, ou seja: não estariam agindo com discricionariedade ou teriam dúvidas sobre a correta decisão a tomar - tanto que a decisão fora unânime - o que fortalece a compreensão de estar a Corte agindo dentro dos limites de sua missão institucional.

Em outras ocasiões, porém raras, a existência de dissenso também poderá resultar em um saldo reputacional positivo. Quando um *Justice* apenas, por exemplo, e não a quase totalidade da Corte, emite uma opinião discordante, esta transmitirá a ideia de que a Corte é um ambiente livre, dialógico, e que aceita opiniões contrárias em casos difíceis, apesar de haver uma frente forte definidora da interpretação correta. Alguns casos julgados pela Suprema Corte de Israel, um país extremamente dividido pela sua composição étnica e religiosa, mostraram o impacto reputacional positivo da existência de algum dissenso *interna corporis*, podendo citar-se, como exemplo, a decisão em *Regional Council, Coast of Gaza*, quando se discutia a constitucionalidade da evacuação de israelenses da Faixa de Gaza<sup>415</sup>.

No dissenso do *Justice Edmond Levy*, o qual compreendia que o ato normativo ofenderia a Declaração de Independência Israelense, norma com status constitucional. O resultado, perante a opinião pública, não foi o esperado, tendo ele sido visto como uma voz das minorias, que não fora calada na Corte, e, apesar de nitidamente não ser sua intenção inicial, a existência de uma opinião dissidente terminaria por prover uma válvula de escape para pressões opositoras, ao menos de forma simbólica, e caracterizaria certa forma de pluralismo, que minimizaria as tensões e o abalo à reputação externa e difusa da Corte.<sup>416</sup>

Excessiva dissonância, por múltiplas dissidências, resultará em perda de credibilidade, e capacidade reduzida para o alcance de apoio difuso e reforço reputacional.

---

<sup>414</sup> DOTHAN, 2014, p. 42.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 44-45.



Portanto, quando é possível haver mais de uma interpretação - algo extremamente comum, para não se dizer repetitivo e permanente - decidir em uma só voz permitirá a compreensão de que o assunto está fora da esfera política ou de arranjos discricionários, e que a decisão é fortemente vista como uma saída juridicamente viável e constitucionalmente aceitável.<sup>417</sup>

Somente os casos mais difíceis alcançam, via de regra, as Cortes Constitucionais - apesar de o acesso brasileiro amplo não tornar essa uma máxima aplicável ao STF, os casos mais relevantes serão, frequentemente, de difícil e complexa solução - portanto, não é de causar nenhuma surpresa, dada a realidade hermenêutica já apontada, que Ministros alcancem decisões amplamente divergentes. Porém, análise da jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense, por exemplo, expõe, que os membros, ao menos por mais de 150 anos - outros períodos anteriores, quando a competência decisória era maior, abrangendo casos de menor relevância, eram distintos - ou seja, desde o século XIX, procuraram imprimir a ideia de integração harmônica, e mínimo estresse institucional, e mesmo os dissidentes mais frequentes, como Sephen Field, John Marshall Harlan, Holmes e Brandeis, acreditavam que o dissenso deveria ser raro e a unanimidade a regra, e, lógico, havia razões pra isso, e tinham plena relação com a reputação da Corte, e a obediência às suas decisões:

Sem sombra de dúvidas, a objeção mais frequente para a divergência é a de que fragilizaria a força da decisão, e diminuiria o prestígio institucional da Corte. O *Justice Learned Hand* resumiu seu argumento, quando escreveu que a falha em encontrar a unanimidade 'é desastrosa porque a desunião cancela o impacto de solidariedade monolítica no qual a a autoridade de uma Corte de juízes tanto depende.' Se as pessoas acreditarem que a Lei é incerta, que mesmo juízes instruídos não são capazes de concordar sobre seu sentido, eles perderão respeito por ambas, a Corte e a Lei, e se sentirão livres para desconsiderar a ambos.<sup>418</sup>

Na Europa o panorama não é diferente. Na Alemanha dissensos eram tradicionalmente considerados inapropriados, sendo introduzido o voto vencido em 1970, com pouca adesão pela maior parte dos julgadores, que se recusavam a publicá-los, em razão de sua compreensão de que a Corte deve emitir uma única opinião, e da imagem política que a divergência promoveria<sup>419</sup>.

Na Itália, a Corte Constitucional toma decisões por maioria, em painéis composto por no mínimo 11 Ministros. A deliberação é absolutamente secreta, não sendo divulgadas

<sup>417</sup> Neste sentido, mas tratando de assunto correlato: ABEBE, D. **One voice or many?:** the political question doctrine and acoustic dissonance in foreign affairs. Chicago: The University of Chicago, 2013. p. 233.

<sup>418</sup> UROFSKY, M. **Dissent and the Supreme Court:** Its role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue. New York: Pantheon Books, 2015. p. 11.

<sup>419</sup> GAROUPA, N.; GINSBURG, T. Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, [S. l.], v. 28, n.3, p. 539-568, 2011. p. 556.

quaisquer discussões que ocorram. O relator expõe seu voto, sugere uma solução ou propõe várias que serão objeto de debate. Os demais ministros discutem, por ordem de antiguidade, começando pelo mais novo, e sendo o Presidente o último, e também o voto de minerva. A deliberação poderá durar alguns minutos ou vários dias. Contudo, não se permite a divulgação de votos dissidentes, ela tão somente torna pública a opinião final do tribunal, portanto, a deliberação é voltada substancialmente a formar um consenso na Corte, uma decisão comum, que será divulgada como sua opinião.<sup>420</sup>

Na Espanha sequer há a indicação do relator. Os recursos *de amparo* são julgados pelas Câmaras, exceto quando estas entenderem que a questão constitucional seja relevante o suficiente para ser julgada pelo Plenário. As questões sobre a constitucionalidade de lei são decididas pelo Plenário, porém:

Tal como no caso das outras Cortes Constitucionais europeias, a deliberação tem por objetivo alcançar um consenso que represente a efetiva opinião de toda a Corte sobre a matéria. Há a possibilidade de determinados juízes apresentarem votos dissidentes apartados, embora isso seja muito raro, tendo em vista a prática deliberativa do Tribunal de alcançar um consenso possível.<sup>421</sup>

Estabelecidas tais premissas, necessário agora prosseguir-se à análise do mecanismo reputacional relativo ao modelo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Como é notório, o Pleno, assim como as Turmas, adota um modelo deliberativo *seriatim*, onde o Relator traz voto escrito para sessão pública, e, em geral, especialmente em casos de maior relevância perante a opinião pública e os demais Poderes, também os demais Ministros portam votos prontos.

Após o voto do Relator, cada Ministro proferirá seu voto, sendo que, ao final, o Presidente contabilizará os votos, quanto ao seu desfecho, e afirmará a posição final da Corte, a partir do dispositivo. Não há, assim, qualquer esforço de conciliação quanto aos fundamentos decisórios. Eventualmente um Ministro adere ao voto do outro. Há, na linguagem de Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva<sup>422</sup>, uma espécie de sobreposição teimosa de opiniões muitas vezes conflitantes, onde, as opiniões dos outros Ministros, ou daqueles que participam do debate por meio da figura dos *amici curiae* e das

---

<sup>420</sup> TERRA, F. M. Corte Constitucional da Itália. In BRANDÃO, R. (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 735-752. p. 745.

<sup>421</sup> Ibid., p. 564.

<sup>422</sup> SILVA, V. A. da S. Deciding without deliberating. **Internactional Journal Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

audiências públicas<sup>423</sup>, são raramente levadas em consideração, ou, quando o são, apenas superficialmente:

Usando da nomenclatura definida no tópico anterior, e acompanhando a percepção de Silva, podemos dizer que as decisões do STF permanecem distantes do ideal de uma ‘decisão escrita deliberativa’ no momento pós-decisional, assim como as sessões de julgamento não corresponderiam a uma ‘interação colegiada’. A esse diagnóstico seria possível acrescentar que, no momento pré-decisional, apesar da possibilidade de convocar audiências públicas e de receber petições de ‘amigos da causa’ (*amici curiae*), a prática recente do STF com esses valiosos instrumentos tem cumprido papel modesto. Embora diferentes atores sociais recebam a oportunidade de manifestar oficialmente suas posições, estas ainda repercutem pouco nas fases decisional e pós-decisional. Quer dizer, o tribunal já permite que alguns desses atores falem, mas ainda não demonstra interesse em escutar e, muito menos, em responder (seja para concordar ou para discordar).<sup>424</sup>

Em sentido totalmente diverso das Cortes europeias e estadunidense, o STF parece assim, não ter forte compromisso na formação de verdadeira *ratio decidendi*<sup>425</sup>, os votos são meramente agregativos, e expostos em público, inclusive por meio da TV Justiça, o que impõe a necessidade, já demonstrada, de aumento do comprimento dos votos<sup>426</sup>, e dificulta, sobremaneira, o diálogo e as barganhas quanto ao alcance de um posicionamento comum.

---

<sup>423</sup> Apenas para melhorar a compreensão sobre as deficiências na utilização de tais expedientes, pesquisa empírica sobre 10 anos de convocação de audiências públicas obteve conclusões não muito melhores, e críticas ao modo de utilização. A Corte, ao final, termina suprimindo o debate, e se utilizando, quando convém, dos fundamentos esposados como argumentos de autoridade: “Considerando a dupla função atribuída às audiências públicas, temos aqui uma dupla incoerência na prática do STF. Se, por um lado, a função das audiências públicas é de legitimação democrática da jurisdição constitucional, não faz sentido restringir os debates entre os atores envolvidos. Por outro lado, se a sua função é epistêmica, a supressão do debate é também um sinal de que o argumento de autoridade está sendo usado de modo falacioso. Neste caso, não é preciso sequer analisarmos o teor das manifestações em si; basta verificar a sua pouca ou nula frequência. O apelo à opinião do expert será sempre falacioso, constituindo um uso ‘dogmático’ do argumento de autoridade, quando não são admitidos desafios ou questionamentos críticos. Portanto, o número reduzido ou nulo de manifestações, resultante da restrição ao efetivo diálogo durante as audiências públicas, é por si só um indício do uso incoerente do instituto das audiências públicas, seja qual for a função a ele atribuída - política ou epistêmica ou ambas.” (LEAL, F.; HERDY, R.; NMASSADAS, J. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, 2018).

<sup>424</sup> MENDES, C. H. **O projeto de uma corte deliberativa**. [S. l.: s. n.], [20--?]. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod\\_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf). Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>425</sup> MARIONI, L. G. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62. Observadores estrangeiros parecem ter a mesma opinião: “[...] the Supreme Court’s seriatim decisionmaking procedure, where one judge prepares an initial ‘report’ and the other judges vote individually in a public session without prior consultation or knowledge of the rapporteur-judge’s opinion, which provides insights into contestation within the Court as to its role as a democracybuilder. We will see below that it is not possible to talk of a majority judgment, or per curiam decision, beyond majority votes for the specific decision in the case.” (DALY, 2017, p. 192).

<sup>426</sup> FONTE, F. de M. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular**: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2016. p.167.

Adota-se, assim, um modelo individualista e histriônico, onde cada qual se preocupa em mostrar sua posição, de acordo com a mensagem que pretende veicular, sem discussão sólida com os pares ou preocupação com harmonia. Com frequência, ainda, o instrumental decisório, composto por institutos comuns, como a *ponderação de princípios ou valores* em invocação à obra de Roberto Alexy<sup>427</sup>, e a experiência da Suprema Corte Alemã, por exemplo, ou certos princípios constitucionais, como aqueles oriundos da leitura do art. 37º da Constituição de 1988, são usados por mais de um Ministro, alcançando-se, todavia, resultados inteiramente opostos:

O processo de formação decisória é puramente agregativo. Cada Ministro escreve seu voto e todos serão publicados. O modo de publicação é, assim, *seriatim*. Mesmo que uma decisão tenha sido tomada unanimemente, todas as opiniões escritas são publicadas. Isto significa que uma opinião concorrente pode, ou não, aduzir razões diferentes para a decisão. Falando-se estritamente, não há opinião da Corte, mas apenas uma série de onze opiniões escritas.<sup>428</sup>

Como destacado por Felipe Melo Fontes, tal modelo é fortemente influenciado pela orientação “[...] à plateia e à construção da reputação”<sup>429</sup>, o que, por sua vez, parece reproduzir a lição de Lawrence Baum, para quem “[...] juízes são como as outras pessoas, eles se importam com a consideração que lhes é dirigida. Logo, seu interesse na estima de outros pode ser tido como influenciador de seu trabalho”<sup>430</sup>. Tal circunstância é agravada pelo fato de que o Relator, na Suprema Corte brasileira, ao contrário de outras Cortes, não compartilha entre seus pares - via de regra - seu voto antes do julgamento, de forma tal que possa ele servir de base para o diálogo, ou nos moldes da Corte estadunidense, até permitir certa margem de barganha para o alcance de uma opinião única.

A sessão passa a ser não de *juízo*, mas especialmente de *leitura de votos*, e algum diálogo mínimo.<sup>431</sup> Com isto, as impressões diversas, ainda que alcançando resultados que possam, conjugadamente, refletir em um resultado por maioria, com muita frequência divergem, usam fundamentos distintos e, logo, não dão a impressão - porque realmente não o são - de estarem *logicamente articuladas*<sup>432</sup>, prejudicando a compreensão do procedimento deliberativo e de seu resultado.

Não é difícil perceber-se que, sob a perspectiva reputacional há um nítido desfavor à construção de uma boa imagem. Quanto mais exposição e mais participação,

<sup>427</sup> Cf. dentre outras: MORAIS, F. S. de. **Ponderação e arbitrariedade- a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Juspodium, 2018.

<sup>428</sup> SILVA, 2013, p. 568.

<sup>429</sup> FONTE, 2016, p. 140.

<sup>430</sup> BAUM, 2006, p. 32.

<sup>431</sup> SILVA, op. cit., p. 570.

<sup>432</sup> Ibid., p. 577.

auxiliada pela transmissão ao vivo dos julgamentos, é possível crer-se que se bem manejado o mecanismo, “[...] uma corte constitucional televisionada tem maior poderio para produzir decisões contramajoritárias do que cortes efetivamente insuladas das maiorias tradicionais”, todavia, certos tipos de publicidade, fazem “[...] mal às cortes”, podendo exemplificar-se, por exemplo, “[...] aquela que associa a imagem do tribunal à política tradicional”.<sup>433</sup>

Pode-se dizer, em paralelo, que certos tipos de exposição fazem mal à reputação da Corte, uma vez que a demonstração de indivíduos cujos votos são desconexos, amparados em fundamentos diversos, contraditórios e sem interlocução, não é capaz de transmitir a ideia de ser uma instituição confiável e estável, que produza mensagens por meio de condutas e decisões coesas, com amparo no máximo de juridicidade e que esteja o mais distante possível de política partidária:

Consenso em uma corte constitucional expressa um processo jurídico de prolação de decisões, ao invés de um processo político. Essa espécie de procedimento amplia a legitimidade nos olhos de outras cortes superiores tanto quanto no público em geral. Ao mesmo tempo, consenso pode dissuadir intervenções explícitas por atores políticos nas atuações da corte. Ao projetar a imagem de um procedimento decisório legal, uma corte constitucional aumenta o custo (em termo de opinião pública) para que corpos políticos interfiram ou tentem manipulá-la. Em adição, uma decisão fragmentada frequentemente não produz um precedente constitucional forte no sentido de *jurisprudence constante* ou *doctrina jurídica*, e ainda menos no sentido comum de *stare decisis*. Conseqüentemente, uma decisão fragmentada pode levar uma corte constitucional a uma posição mais fraca vis-à-vis uma corte suprema, a qual, na maior parte das jurisdições civis não permite opiniões separadas.<sup>434</sup>

A Corte, que assim delibera, decide fora das expectativas e dentro de um modelo que não transmite confiança ou racionalidade, se sujeitando a inúmeras dúvidas, as quais abalam a compreensão da qualidade de sua dinâmica dentro do contexto relacional e dialógico com os demais Poderes. Especialmente diante da já mencionada dificuldade em atender aos precedentes do Pleno.

Se não há necessariamente fundamentos comuns, se a decisão final é mero resultado do encaminhamento de posições diversas, como compreender o sentimento impresso ali, naquele julgamento, sobre questão moral, social ou jurídica tão complexa? Como esperar sua contribuição no mesmo sentido, rumo à estabilização de parâmetros e à solução de dilemas que afligem o desenrolar democrático? Como contribuir para o entrave que levou à busca pela opinião da Corte, sobretudo quando essa busca é oriunda do próprio Congresso Nacional ou do Poder Executivo? A única resposta é pessimista, é preciso caminhar para mudanças.

<sup>433</sup> FONTE, 2016, p. 192; Cf. GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. Has legal realism daamaged the legitimacy of the U.S. Supreme Court? *Law and Society Review*, [S. l.], v. 45, n. 1, p. 195-219, 2011.

<sup>434</sup> GAROUPA; GINSBURG, 2011, p. 547.

Percebe-se que uma Corte que não consegue expor sua opinião sincera, apenas um montante de votos diferentes, não permite que se preveja, com um mínimo de segurança, qual o resultado seria para outras questões; não guia condutas com a mesma facilidade, não serve de exemplo, e não agrega apoio específico e difuso com a mesma potencialidade daquela que emite opinião em uma única voz. Diversos países já perceberam isso, e já implementaram esse tipo de deliberação. Ao STF seria mais adequado, sob a perspectiva reputacional e por suas particularidades, ao menos a divulgação dos votos do Relator aos demais Ministros, para que servisse de base para a prolação dos demais votos - em acordo ou desacordo - permitisse barganhas sobre modificações aceitáveis que minimizassem distinções severas, ou ao menos a utilização comum de fundamentos.

Tal providência, simplória, permitiria a construção de um diálogo melhor estabelecido, e minimizaria a impressão da simples leitura de votos individuais. Ademais, a comunhão de fundamentos contribuiria para a coerência. Parece exagerada, igualmente, a divulgação de todos os votos divergentes, talvez a eleição de um Relator, para a elaboração do voto vencedor, e um outro, para a elaboração do voto dissidente, contribuísse, em igual medida, para a construção do pós-diálogo. As sugestões são singelas, porque não é o objetivo deste trabalho repensar a sistemática deliberativa, mas apenas desenvolver críticas ao uso que vem sendo feito, apontando indicadores positivos e negativos para o ganho reputacional.

#### **7.4 A construção da pauta e os pedidos de vista**

Em dois casos de grande repercussão o Supremo Tribunal Federal protagonizou situações controversas, por intermédio das posturas de dois Ministros, de um lado o Ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 4.650 – DF/2015<sup>435</sup>, quando se discutia a limitação a doações eleitorais, e de outro, o Ministro Luiz Fux, na AO nº 1773/2018<sup>436</sup>, quando era questionada, por sua vez, a constitucionalidade da concessão de auxílio moradia a magistrados de todo o país.

De similar em ambos os casos - e este o objeto da controvérsia que interessa a este estudo - a longa demora na conclusão dos julgamentos, de mais de um ano, em razão de pedidos de vista ou demora em disponibilizar os processos para serem pautados. Posturas essas, que pelo nítido objetivo de postergar a decisão final da Corte, por ação unilateral de um dos Ministros, passaram a receber a alcunha de pedidos de vista obstativos. Enquanto

---

<sup>435</sup> BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650-DF, de 1º de abril de 2013, 2013.

<sup>436</sup> BRASIL, Ação Originária nº 1773-DF, de 28 de novembro de 2018, 2018.

um dos processos interferiria seriamente na mudança de todo o financiamento de campanha do país, o outro impactava os cofres públicos em mais de 1 bilhão de reais.

Temiam, os Ministros, aparentemente, no primeiro caso, o início da eficácia da decisão contrária à sua posição, declarada na mídia e depois externada em voto, com o advento da conclusão do julgamento - que já tinha maioria contrária formada no Pleno - e no segundo, a revogação da liminar concedida, a qual acabaria sendo inevitavelmente cassada pelo próprio Ministro, tendo por justificativa a mudança na circunstância fática com a concessão, pelo Governo Federal, de aumento nos subsídios da magistratura. O Ministro Gilmar chegou a externar sua compreensão, de que a delonga, de mais de um ano, seria salutar. Teria dito que “É chato esse papel que eu fiz de pedir vista dos autos, mas eu o fiz com grande consciência”, desabafou. E continuou: "Hoje, quando formos discutir sobre isso, saberemos muito mais sobre questões importantes, como o que vem sendo exposto na [operação] ‘lava jato’, por exemplo”.<sup>437</sup>

Não foram esses casos isolados, pois pesquisa empírica mostrou que a regra é a desatenção ao prazo regimental de restituição do processo para julgamento, de 30 dias, uma vez que somente 20% (vinte por cento) obedeceriam tal regra, quanto aos demais, demorariam entre 300 e mais de 1000 dias para serem devolvidos<sup>438</sup>. Curiosamente, e em reforço aos argumentos de que o instrumento de vista - uma ferramenta em tese à disposição do julgador, membro de colegiado, que precise de maior estudo sobre a matéria - estaria sendo usado para uma espécie de manipulação individual da pauta. Por outro lado, não se encontrou correlação entre as maiores delongas e os gabinetes com maior carga de trabalho:

Tudo isso reforça a caracterização do pedido de vista como um poder individual de vetar a manifestação do tribunal sobre um determinado tema, por quaisquer razões. Às vezes, um Ministro pode pedir vista para de fato estudar o processo por algumas semanas e devolvê-lo então para julgamento. Mas o mesmo Ministro pode também pedir vista e aguardar um momento mais propício para o julgamento, sem qualquer relação com sua percepção de que precisa estudar melhor o caso. A vista é um terreno de extrema individualidade. Se há limites à decisão individual de quando devolver o processo, esses limites são informais, e ainda não foram sistematicamente mapeados ou explicados. Os dados existentes, porém, sugerem que os Ministros variam muito no uso que fazem da vista - e não estão sujeitos a nenhum limite significativo caso desejem manter um caso fora do plenário ou das turmas por muitos anos.<sup>439</sup>

<sup>437</sup> GILMAR Mendes devolve ação sobre financiamento empresarial de campanhas. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/gilmar-mendes-devolve-acao-questiona-doacoes-eleitorais>. Acesso em: 24 jun. 2019.

<sup>438</sup> ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing Control Without Docket Control: how individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. In STANFORD INTERNATIONAL JUNIOR FACULTY FORUM, 2014, Stanford. **Paper...** Stanford, CA: Stanford Law School, 2014. p. 10-11.

<sup>439</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2015. p. 137.

Aliado ao controle forçado e individual dos julgamentos a serem realizados ou concluídos pela Corte, ou no Pleno ou nas Turmas, se alia, no mesmo sentido, a construção da pauta geral desses órgãos que compõem o STF. A tradição, até hoje mantida, é, simplesmente, da ampla discricionariedade do Ministro Presidente, sendo ele, e ninguém mais, a quem compete decidir sobre a sua formação. O processo já deve ter sido, obviamente, disponibilizado para julgamento pelo Relator ou Ministro que haja pedido vista - salvo raras exceções, como o *Habeas Corpus*<sup>440</sup>, que por sua natureza particular, pode ser levado em banca ou mesa, a critério do Relator, ou seja, independentemente de pauta e anunciado quando da abertura da sessão.

Fato é, que na imensa maioria das circunstâncias, sem qualquer critério cronológico ou de matéria, o Presidente delibera, livremente, sobre como será composta a pauta. Em geral, é ele, solitariamente, ou atendendo no máximo e eventualmente ao pedido de outro colega, que decide o que será julgado. A questão que gira em torno disso é a avaliação de quais critérios ocultos seriam esses que seriam utilizados pelo Presidente da Corte, ou das Turmas, para pautar um recurso ou ação.

Em recente entrevista, o Professor da USP, Mauricio Dieter, foi bastante incisivo e duro em sua crítica, ao destacar o quanto o critério é autoritário e discricionário, e que, enfatizou ele, a única razão para adiamentos parece ser o receio de não ter as próprias decisões respeitadas:

O controle da pauta no STF é o que há de mais autoritário na Corte. Autoritário exatamente no sentido de discricionariedade sem limite. Isso mostra, entre outras coisas, a enorme distância que existe entre os ministros, incapazes de definirem uma agenda consensual para os julgamentos mais importantes do país, subordinando esses assuntos a critérios pessoais, de mera conveniência. É o tipo de disputa de micropoder local, que alguém nunca esperaria em uma Corte que, em tese, deveria ser formada por pessoas com notório saber e reputação ilibada. A pior manifestação do STF nesses casos é o silêncio provocado pelo adiamento, a renúncia em julgar diz muito sobre o lugar que, infelizmente, o STF ocupa hoje. Quanto aos motivos, só resta a especulação. E o que vem à mente não é bom, não dignifica a Corte, porque a única razão para esse adiamento parece ser o receio de não ter as próprias decisões respeitadas.<sup>441</sup>

Outros autores atribuem a formação da pauta a uma verdadeira dinâmica existente, entre a Corte e a própria Imprensa. Ao mesmo tempo em que o Supremo, ao pautar um julgamento, catapulta o assunto diretamente aos editoriais, artigos e programas de entrevista, ele também atende a essas necessidades, e delibera, rotineiramente, sobre assuntos que estão sendo discutidos na mídia.

<sup>440</sup> BRASIL, Regimento Interno, 2019, art. 145.

<sup>441</sup> DIETER, M. O controle da pauta é o que há de mais autoritário no Supremo. *El País*, Madrid, 2019. Entrevista feita por Felipe Betim. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934\\_564924.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934_564924.html). Acesso em: 25 jun. 2019.



Cria-se, assim, uma tensão mútua, a mídia conjecturando e divulgando previsões de votos e pautas, e a Corte, por meio de seus Ministros e demais servidores, igualmente gerando tensões sobre possíveis prognósticos e resultados. Ainda, a TV Justiça fomentou um ambiente de extrema publicidade, acompanhada, agora, pelos *twits* oficiais da assessoria de imprensa da Corte, simultâneos com os julgamentos principais das Turmas - ainda não televisionados:

Ao divulgar que um ministro tende a votar a favor das pesquisas com células tronco, o jornalista cria um clima de apreensão naquele ministro que é contrário a esse tipo de pesquisa e ainda não revelou sua posição para o público. Inicia-se, então, um processo de discussão sobre as expectativas em torno do julgamento. Esse processo é tanto interno, pois se dá entre os ministros da Corte, quanto externo, já que ocorre na sociedade com a reverberação da imprensa.

[...]

Certamente, essa excessiva exposição repercute no trabalho da Corte. Qualquer instituição constantemente monitorada atua de forma diferente daquela cujos atos passam despercebidos. Os ministros sabem disso, de que o debate não está mais restrito a eles. Há mais gente no plenário do STF. Lá, os ministros falam para os colegas da Corte e também para todo o Brasil.<sup>442</sup>

Um exemplo pode auxiliar a se esclarecer a problemática que envolve a construção da pauta. Diz respeito ao já famoso Mandado de Segurança 22.972, Relator atual o Ministro Alexandre de Moraes, o qual trata da possibilidade de ser instituído no Brasil um regime parlamentarista. A discussão seria natural, não fosse a circunstância, de que o *writ*, curiosamente, surgiu na pauta em momentos de grave crise política, como no decorrer do processo de *impeachment* da Presidente Dilma, sem maiores justificativa, e após anos de espera, forçando o Impetrante, de modo a acalmar os ânimos quanto à possibilidade de alguma reviravolta política neste sentido, a pedir desistência da ação.<sup>443</sup> A situação restou agravada, em razão de propostas de dois Ministros, Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso<sup>444</sup>, que viam, no parlamentarismo, uma saída para a instabilidade política nacional.

<sup>442</sup> SELIGMAN, F.; BASILE, J. STF: uma Corte que pauta e que é pautada pela imprensa. In MENDES, G. F.; GALVÃO, J. O. L.; MUDROVITSCH, R. B. **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155-170.

<sup>443</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator homologa desistência de mandado de segurança contra PEC sobre parlamentarismo. **Notícias STF**, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380829>. Acesso em: 26 jun. 2019.

<sup>444</sup> Cf. BARROSO, L. R. Sistema de Governo: o modelo semipresidencialista. In BARROSO, L. R. **A Reforma Política: uma proposta de Sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Ideias, [20--?]. p. 8-38. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180530-03.pdf##LS>. Acesso em: 26 jun. 2019. Enquanto Barroso publicou artigo científico, Mendes foi mais incisivo, e remeteu anteprojeto de PEC ao Secretário-Geral da Mesa do Senado Federal, onde propunha a criação de um primeiro-ministro no país. (ÉBOLI, E. Gilmar Mendes envia PEC que enfraquece presidente e cria primeiro-ministro no Brasil. **Gazeta do Povo**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/gilmar-mendes-envia-pec-que-enfraquece-presidente-e-cria-primeiro-ministro-no-brasil-apg1azn2yoqiomt296bxf506/>. Acesso em: 26 jun. 2019).

A sistemática que privilegia a inclusão em pauta de demandas que versem sobre interesses de partes cuja relevância no cenário político seja ampla e notória, como o ex-presidente Lula<sup>445</sup> - que teve várias demandas julgadas em curto período de tempo, todas questionando nulidades nos processos crimes a que responde e a viabilidade do relaxamento de sua prisão ou assuntos correlatos que terminariam por permitir sua liberdade - transmitem, com facilidade, ao jurisdicionado, a noção de que alguns sujeitos merecem tratamento diferenciado. Não se está a argumentar que o STF tenha errado ao julgar rápido tais ações ou recursos, o argumento é de que a falta de transparência distancia esses sujeitos dos demais, dando a entender que a Corte é politicamente orientada na construção de sua pauta, e que os outros, serão os outros, ocupando tão-só o espaço marginal que sobrar nas pautas, listas de julgamento ou no plenário virtual.

Houvesse a pauta um formato transparente de organização, esse tipo de indagação possivelmente não ocorreria. Ao menos seria possível prever, por mais sutil que fosse essa indicação, o motivo pelo qual as pautas estariam sendo construídas naquele formato ou naquela ordem. Negativas de inclusão pelo Presidente, em atrito com a vontade do Ministro relator, terminam por incentivar a prolação de decisões individuais, atraindo as dificuldades já discutidas, e colocam os interessados, e qualquer jurisdicionado - em especial os não famosos - em situação de não disporem de qualquer expectativa de julgamento. Tanto com o controle de pauta, quanto com a vista obstativa, um só Ministro é capaz de impedir o avanço de demandas cujo restante da Corte, ou a maioria, pretenda julgar ou ache pronta para julgamento.

A imagem que é transmitida para todos é a de uma Corte que escolhe decidir segundo conveniências puramente políticas e atendendo aos interesses de grupos dominantes, como partidos políticos, o Presidente da República, e outros. Tem-se, assim, duas graves consequências: primeiro, a de que questões de extrema semelhança podem ter resultados totalmente opostos, abalando fortemente a credibilidade da Corte quanto à capacidade de cumprir sua missão institucional; e, quanto àqueles que eventualmente têm contra si julgada alguma pretensão importante, recrudescido estará o sentimento de injustiça e mesmo perseguição, afinal, porque teria sido alvo de decisão à qual não se submeteram outros, em processos distintos, porém, análogos?

---

<sup>445</sup> HC nº 164493 e HC nº 165973, julgados em 25 de junho de 2019, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma rejeita proposta de concessão de liberdade ao ex-presidente Lula. **Notícias STF**, Brasília, DF, 2019. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=415010>. Acesso em: 26 jun. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752 Paraná**. Brasília, DF, 2018. Dentre outros julgamentos.

Ao final, a Corte, da mesma forma que ao desobedecer a seus precedentes, e a decidirem Ministros, individualmente, em forma conflitante com precedentes do Pleno, estará transmitindo uma única e inarredável imagem reputacional: a de que é um órgão fragmentado, politizado, “[...] cuja alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis” de influências externas espúrias, e de que “[...] há uma profunda fragmentação interna com graves implicações externas”<sup>446</sup>, as quais tornam a Corte um organismo imprevisível, não confiável e disfuncional.

Tendo contra si tal epíteto, de irracional quanto à escolha do que decidir, como decidir e quando decidir, a Corte não gozará de elementos fundamentais para a construção de seu apoio reputacional. Deixará as audiências qualificadas que a observam, e o público em geral, com a noção de que não atende ao seu papel no exercício adequado da jurisdição constitucional, como arena de debates e decisões, que seja capaz de solver conflitos que tenham estagnado nas instâncias políticas, e dependam de avanços pela via judicial.

Não poderá, sem construir sua agenda no mínimo de forma transparente, e por que não? - aqui brevíssima sugestão - de forma democrática, com a participação de todos os Ministros para a construção da pauta e divulgação periódica, ser guindada à posição de instância confiável, no sentido de ser o instrumento que auxiliará o desatar dos nós democráticos, e o combate às pragas que rastejam pelos galhos republicanos e ameaçam vitimizar seus frutos mais valiosos.

### **7.5 Técnicas decisórias que atuam como mecanismos reputacionais na construção e fortalecimento da reputação judicial:** da construção do precedente no caso adequado à escolha sobre contra quem decidir primeiro

Prosseguindo-se com a anotação e análise dos mecanismos que guardam íntima relação com a formação da reputação judicial do Supremo Tribunal Federal é de fundamental importância despende-se algumas páginas para tratar de assunto pouco explorado na literatura nacional. Trata-se da análise de estratégias decisórias, as quais funcionam, igualmente, como astutos mecanismos de fortalecimento reputacional, aumentando significativamente a sensação de legitimidade decisória da Corte, assim como minimizando o risco de desobediência. As posturas que serão apontadas, porém, não são novas, e remontam, facilmente, às origens do constitucionalismo moderno, o que se

---

<sup>446</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 29-30.

pretende seja nova é a visão do observador e a lógica da análise, que visa contribuir com a reputação judicial e o apoio difuso da Corte Suprema.

É de bom alvitre destacar-se, de início, que, ao esposar uma nova tese, a Corte Constitucional, especialmente quando interfira em fortes interesses de alguma maioria longamente consolidada, sofre grandes riscos de críticas públicas e *backlash*. Como se tem tentado demonstrar ao longo desses capítulos, quanto menor o grau de consolidação da reputação judicial de uma Corte, mais estará ela suscetível ao desrespeito às suas ordens, quanto mais ao exarar decisão que institua nova concepção quanto à amplitude de seus próprios poderes, competências ou à eficácia de suas decisões, ou imponha limites aos Poderes Constituídos. O progresso vanguardista, portanto, no sentido do avanço à concretização de direitos e o alcance de espaço público para a jurisdição constitucional é - e não poderia ser diferente - vigiado, e medido detalhadamente pelos demais protagonistas democráticos, de modo a refrearem o que repute interferências indevidas ou exageros no exercício da *judicial review*.

Quando Marbury, no famoso precedente *Marbury v. Madison*, peticiona à ainda jovem Suprema Corte norte-americana, em um *writ of mandamus*, pleiteando o cargo de juiz de paz, negado pelo Secretário de Estado Madison, *Chief Justice* Marshall - que fora Secretário de Estado no governo de Adams - se vê em grave e conhecido dilema. Como lidar, a Corte, um organismo ainda frágil, de baixa reputação, com uma pretensão que estava no cerne da maior disputa política do país, e que, em várias perspectivas, colocaria o tribunal em risco? Marshall, de um lado precisava lidar com a recalcitrância de Madison, e manter os juízes empossados, dando certo equilíbrio aos Federalistas, vencidos na eleição ao principal cargo majoritário do país, e de outro, corria o grave risco de colocar a Corte em situação de ver sua decisão rejeitada por Jefferson, recém-empossado Presidente dos Estados Unidos da América<sup>447</sup>.

Marshall, então, astutamente, organiza a decisão de modo a responder a quatro questões principais. A primeira, em saber se Marbury teria adquirido o direito a ser juiz de paz; a segunda, se havia algum remédio jurídico disponível para amparar Madison; a terceira, se seria o *writ of mandamus* tal remédio e, por último, a quarta, se seria a Suprema Corte competente para julgar o caso. Após responder afirmativamente à maioria das

---

<sup>447</sup> VICTOR, 2015, p. 94; BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3; MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1081; CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimp. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 45-46; NELSON, W. E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 2.

questões, decide, contudo, que uma Lei Federal, no caso o *Judiciary Act* de 1789, não poderia ampliar as competências constitucionais da Suprema Corte, e rejeita o pedido, remetendo-o às Cortes inferiores, já criadas.<sup>448</sup>

A decisão atendia, em certa medida, aos interesses do governo, uma vez que a Corte havia rejeitado a pretensão de Marbury, e por essa razão não foi contestada; ao mesmo tempo, Marshall iniciaria o que futuramente seria, na experiência jurisdicional estadunidense, a *judicial review*, dando absurdo poder, explicitamente, à Corte, e elevando-a a protagonista muito mais importante no jogo democrático. O que havia de dúvidas quanto a essa potencialidade - de reconhecer a invalidade de normas inconstitucionais - fora resolvido com firme apoio do Poder Executivo.

Perceba-se que a mera estratégia decisória - ainda que não proposital de Marshall, que aparentemente pretendia apenas resolver o empasse sem beneficiar o governo - de usar o momento adequado para decidir sobre um instrumento à disposição da Corte, no caso o próprio poder de *judicial review*, foi fundamental para a consolidação do prestígio da Corte, no início de sua trajetória, e de sua boa reputação, enquanto órgão capacitado para lidar com um grave dilema da nova federação, e ainda assegurou sua estabilidade como guarda maior da Constituição Federal. Destaca-se, que a decisão soube distinguir, claramente, entre a competência da Corte, e o mérito da decisão, de forma a não misturar ambos os assuntos, e gerar, potencialmente, contra a Corte, graves represálias.<sup>449</sup>

A *técnica prospectiva* fora repetida, com sucesso, por outras Cortes, confessando, expressamente, o ex-*Chief Justice* da Suprema Corte de Israel, que diante dos temores de desobediência, haveria se utilizado da referida estratégia. Em *Bank Hamizrahi*, a Corte decidiu que tinha poderes para exercer a *judicial review*, e poderia anular atos do Parlamento que contrariassem as duas Leis Básicas do país (*Human Dignity e Liberty and Freedom Occupation*), que deteriam status constitucional. Todavia, o dispositivo questionado não fora anulado naquele caso, por estar dentro dos limites delineados pelas Leis Fundamentais. O mesmo se deu, quando na mesma Corte, *Justice Beinisch*, escrevendo por todos, decidiu que esta poderia reconhecer a inconstitucionalidade de atos do Parlamento por vícios formais, sem, contudo, reconhecer naquele caso a inconstitucionalidade.<sup>450</sup>

---

<sup>448</sup> NELSON, 2000, p. 2.

<sup>449</sup> DOTHAN, 2014, p. 138.

<sup>450</sup> Ibid., p. 139; ISRAEL. HCJ 4885/03 The Israeli Birds Breeders Organization Agricultural Cooperation Society Ltd. v. The Israeli Government. *IsrSC*, [S. l.], v. 59, n. 2, p. 14, 56, 2015.

Referido manejo decisório é muito utilizado também por Cortes Internacionais, organismos que têm enorme dificuldade de forçar o cumprimento de suas decisões. A Corte Europeia de Justiça é um exemplo claro, indicada como exímia utilizadora do mecanismo reputacional. Em *Charmasson*<sup>451</sup>, quando a Corte discutia a convencionalidade da cota para a importação de bananas pela França em detrimento de disposições do Tratado de Roma - o qual determina a eliminação progressiva de restrições comerciais - a Corte decidiu em favor da França, em razão de circunstância particular, relativa à data da imposição, ao final do período de transição. Contudo, a decisão também deixou claro que, findo o período transitório, restava descabida a imposição de restrição comercial dessa ordem.

A técnica termina sendo extremamente interessante no cenário internacional, onde a Corte dialoga com vários Estados, os quais podem responder de formas diversas à decisão, ou seja, enquanto poderá sofrer críticas por alguns, o precedente, ao se adequar aos interesses de outros, será acolhido e respeitado. Situação análoga, em certa medida, àquela das jovens democracias, onde Cortes ainda não consolidadas precisam lidar com Poderes Políticos muito mais fortes, aristocráticos e firmemente consolidados.

Outro detalhe extremamente importante da técnica, que não pode ser omitido, é o fato de que será preferível que a decisão não imponha obrigações, ou seja, não demande ações, que seja, assim, minimizado o ônus, de tal forma a inviabilizar ao máximo a desobediência ao precedente estabilizador do instrumento ou da tese utilizada. Se demandar alguma providência, que seja leve e fácil, de forma a facilitar a aprovação e a conformação.<sup>452</sup>

A continuidade do diálogo no referido caso, perante a Corte Europeia, é de extremo relevo para enfatizar o argumento em questão. Posteriormente a *Charmasson*, a Corte decidiu em sentido semelhante, agora contra o Reino Unido, adquirindo, assim, um pico de reputação, ambos os governos respeitaram as decisões. Todavia, a Corte comete, em seguida, um deslize estratégico, que deslegitima fortemente sua atuação. Em *Sheep Meat*, caso que discutia a possibilidade da imposição, pela França, de restrições às importações de carne de ovinos oriundos de mercados como o do Reino Unido, a Corte resolve ouvir o caso, e decide contra a França, considerando inconveniente sua política.

---

<sup>451</sup> EUROPEAN UNION LAW. **Judgment of the Court of 10 December 1974. - M. Charmasson v Minister for Economic Affairs and Finance.** [S. 1.], 1974. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61974CJ0048>. Acesso em: 29 jun. 2019.

<sup>452</sup> DOTHAN, 2014, p. 140.

O ônus era pesado demais, o cumprimento da decisão significaria, naquele momento, antes da criação de um mercado comum de carne de ovinos - proposta francesa, já em discussão na Europa - a submissão de pesado ônus comercial a muitos pequenos produtores francófonos. A França simplesmente afirmou que não cumpriria a decisão, antes que o mercado fosse instalado. A questão somente se resolveria com essa implementação, o que levou ao desgaste da autoridade da Corte, e grave baixa reputacional. Como decidir contra interesses tão delicados de um dos países envolvidos? E ainda, fora do *timing* correto. Uma decisão incrementalista talvez houvesse surtido efeito mais salutar, objeto do próximo modelo decisório em análise.<sup>453</sup>

Quanto ao STF, percebe-se na Corte forte tendência a promover grandes embates, como em casos já citados - Proibição da Vaquejada, Afastamento do Presidente do Senado, etc. - a Corte parece não haver compreendido, ainda, que não são os grandes embates que afirmam a sua autoridade ou a sua legitimidade, ao contrário, que há uma cota de apoio difuso sendo desgastada nesses momentos, e que é necessária contenção, sob pena de não ser capaz de fazer cumprir suas próprias decisões e precisar revê-las, situação já vista, em dois precedentes razoavelmente recentes. O primeiro no Recurso Extraordinário (RE) 870947, de 1 de julho de 2015<sup>454</sup>, decidiu, o Relator, Ministro Luiz Fux, pela suspensão da decisão da própria Corte, que determinava a aplicação de índice de correção monetária IPCA-E aos precatórios, em substituição da Taxa de Referência, a justificativa fora a reclamação de vários Estados, de que a decisão geraria descumprimento e inadimplemento. Ou seja: a Corte descuidou a questão do ônus que estava sendo imposto, e terminou sendo obrigada a aceitar discutir um formato de modulação da decisão.

A segunda decisão, em caso relativo à Medida Cautelar no Mandado de Segurança (MS-MC) nº 31816, de 27 de fevereiro de 2013<sup>455</sup> e ADI-MC nº 4917, de 21 de março de 2013, quando o Min. Luiz Fux concedeu liminar, proibindo a votação do Veto Presidencial nº 38/2012 à frente dos demais vetos que esperavam análise, interferindo assim, na organização do Congresso, e interpretando, diretamente, norma regimental, *interna corporis*. A matéria dizia respeito aos *royalties* de petróleo oriundo do pré-sal, que

---

<sup>453</sup> GARRET, G.; KELEMEN, R. D.; SCHULZ, H. The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. **International Organization**, Selangor, v. 52, n. 1, p. 149-176, 1998. p. 164.

<sup>454</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 87.0947, de 1 de julho de 2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4723934>. Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>455</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição Reg. na Medida Cautelar em Mandato de Segurança nº 31.816 Distrito Federal, de 27 de fevereiro de 2013**. Brasília, DF, 2013. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575>. Acesso em: 30 jun. 2019.

interessavam a todos os Estados e parlamentares, diante das perspectivas de crescimento econômico e distribuição da receita oriunda de tal exploração.

O resultado da liminar foi desastroso: o Congressourgia votar a questão, a pressão política era enorme, de modo que a única alternativa encontrada seria a votação, a toque de caixa, de uma só vez, de todos os 3.000 vetos, o que, contudo, deu errado, diante da criação de dificuldades por parlamentares de Estados que se sentiam prejudicados com a votação naqueles moldes, e a inviabilidade de se apreciar tamanho número de vetos que versavam sobre questões múltiplas. Reportagem da época é extremamente ilustrativa da confusão gerada, o que justifica a longa citação:

Na manhã da quarta-feira, iniciou-se a atabalhoada tentativa de derrubar o veto da presidente Dilma Rousseff ao projeto dos royalties do petróleo. Dois dias antes, o ministro do STF Luiz Fux concedera uma liminar impedindo que o Congresso passasse a apreciação do projeto dos 140 royalties na frente de outros vetos. Isso obrigou os parlamentares a respeitar a ordem cronológica. Um caminhão-baú estava estacionado na rampa de entrada do Congresso. No salão azul do Senado, em frente à sala da liderança do PSDB, funcionários se juntavam em duplas para carregar as urnas. A marcenaria do Senado Federal construiu rapidamente caixotes de madeira de má qualidade, com quatro alças, para que os parlamentares pudessem depositar seus votos. Cada cédula tinha 463 páginas, um livro de papel reciclado com lombada de 2 centímetros. Dentro dele, estavam listados os 3.059 vetos presidenciais acumulados nos últimos dez anos. O tema dos royalties é daquelas matérias que geram posições radicais. De um lado, parlamentares de Rio de Janeiro e Espírito Santo tentavam, a todo custo, evitar que o Congresso votasse todos os vetos. Se o veto de Dilma no caso dos royalties caísse, os dois Estados perderiam recursos em seus orçamentos. Do outro lado estavam parlamentares dos outros Estados, interessados em derrubar o veto e angariar mais recursos para seus caixas, premidos pela diminuição de arrecadação. Na terça-feira, o Executivo assistia em silêncio à confusão no Congresso, até que foi alertado sobre os riscos que corria. Em meio aos 3.059 vetos, estavam armadilhas capazes de quebrar o caixa do governo. O Congresso poderia derrubar o fator previdenciário. Sem ele, trabalhadores podem se aposentar mais cedo – e, nas contas do governo, abrir um rombo na Previdência. Outro veto, se derrubado, obrigaria o governo a destinar o dobro do previsto no Orçamento para a saúde. A presidente Dilma Rousseff telefonou pelo menos duas vezes ao presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP), pedindo que ele evitasse a votação dos vetos. Sarney respondeu que dependia dos líderes partidários – que não pareciam dispostos a colaborar. Ficou explícito o maior problema do governo Dilma: o mau relacionamento com o Congresso. Numa reunião, ficou combinado que Sarney não presidiria a sessão do Congresso, marcada para o meio-dia da quarta-feira, para decidir a questão dos vetos. A tarefa caberia à primeira vice-presidente da Câmara, Rose de Freitas (PMDB-ES). Rose também estava em situação delicada, já que seu Estado, o Espírito Santo, seria prejudicado. Ficou combinado que, para não ficar mal com seus eleitores, Rose abriria a sessão e passaria a condução da difícil matéria ao deputado Inocêncio Oliveira (PR-PE). Ex-presidente da Câmara e veterano na mesa diretora, Oliveira saberia lidar com a situação. Rose não cumpriu o combinado. Quando Oliveira deveria assumir, ela voltou, sentou-se na cadeira e encerrou a sessão. Nenhum veto foi sequer apreciado. A tensão aumentou. Nova reunião aconteceu no gabinete da presidência do Senado. Havia a proposta de executar uma manobra política, que driblaria as regras do Congresso e proporcionaria a votação dos vetos rapidamente. Sarney foi contra. “Eu não posso, ao final da minha carreira, ao final da minha presidência do Senado, atropelar o regimento da casa”, disse. Os senadores Renan Calheiros (PMDB-



AL) e Eunício Oliveira (PMDB-CE) tentavam ajudar Sarney a debelar a pressão. Nada aconteceu. Por falta de condições, o Congresso desistiu.<sup>456</sup>

O resultado foi desprestígio à Corte, e abalo a sua reputação, com grande crítica pública, propostas de emenda constitucional, suspensão da pauta, ameaças de não se votar o orçamento público. O STF não teve outra alternativa, senão voltar atrás. Tomou, então, a alternativa que deveria, isto é, suspendeu a liminar do Min. Fux, e deixou claro, ao final, que há inconstitucionalidade na omissão da apreciação cronológica dos vetos que vem sendo estabelecida como rotineira.

Simultaneamente entendeu que não seria legítima a impugnação via Mandado de Segurança, porém, que em sede de controle abstrato, nos moldes da ADIn nº 4.029-DF, de 8 de março de 2012<sup>457</sup>, seria possível a interferência no processo legislativo. É relevante destacar-se que nesta ADIn o STF modulou os efeitos da decisão, dando efeitos prospectivos, ou seja, determinando que a inconstitucionalidade valeria somente para casos posteriores. A saída encontrada não deixou a imagem da Corte sem arranhões, seja pela decisão monocrática, seja pelas críticas à postura excessivamente consequencialista, ao admitir o rompimento à cronologia dos vetos, com a aplicação de modulação extensa. Houve nítido enfraquecimento da força normativa de disposição constitucional, nos termos, em especial, do art. 66º da Constituição Federal, ao dispor sobre a obrigatoriedade de sua inserção na ordem do dia, ultrapassado o prazo de análise<sup>458</sup>.

Contudo, fora resolvido o problema para todos. Assegurou-se o reconhecimento da inconstitucionalidade, ainda que tardiamente. Garantiu-se a mudança das práticas omissivas que se tornaram habituais no Congresso Nacional, bem como a preservação de uma postura autocontida, ao menos em sede de MS. Manteve, desse modo, a sua reputação em alta, como pacificador do grave dilema constitucional e em adequado nível de sistematicidade com o que se espera de uma Corte que respeita a atuação dos demais

---

<sup>456</sup> LOYOLA, L. *et al.* Última semana do Congresso em 2012: muito barulho por nada. **Época**, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/12/ultimasemana-do-congresso-em-2012-muito-barulho-por-nada.html>. Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>457</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029 Distrito Federal, de 8 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2012. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>458</sup> Nas palavras do Min. Celso de Mello: “Nenhum poder da República teria legitimidade para desprezar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Além disso, consignava que o debate envolveria típica situação de inconstitucionalidade por omissão, a comprometer a força normativa da Constituição. Mencionava a prática institucional em que o Congresso Nacional diminuir-se-ia perante o Poder Executivo ao não exercer o dever que lhe incumbiria, pela Constituição, de apreciar os vetos presidenciais, o que transformaria de superáveis e relativos, em absolutos”. Voto proferido no julgamento do: BRASIL, Arguição Reg. na Medida Cautelar em Mandato de Segurança nº 31.816 Distrito Federal, de 27 de fevereiro de 2013, 2013.

protagonistas políticos. Por fim, limitou, a decisão, o acesso à Corte, rejeitando ações individuais para a interferência no processo legislativo.

Em outra decisão, de menor repercussão, porém extremamente nítida para demonstrar-se a atuação nos moldes da estratégia prospectiva, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, nos autos do Ag. Reg. Mandado de Injunção (MI) nº 6.825-DF, de 11 de abril de 2019<sup>459</sup>, deixou clara a existência de um direito à morte digna, extraível do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, fazendo menções sobre a necessidade de diálogo constitucional com o Poder Legislativo - para sanar-se a omissão legislativa, com a solução do dilema moral via amplo debate parlamentar e público.

Reconheceu, porém, em seguida, que naquele caso concordava com os demais Ministros, pela inadmissibilidade do Mandado de Injunção, diante da falta de comprovação do impetrante sobre a condição terminal e de sofrimento. Curioso, que nem aqui o STF conseguiu proferir uma decisão *per curiam*, uma vez que o Min. Barroso, quanto ao fundamento da rejeição, ficou vencido. Os demais Ministros entenderam não ser cabível na hipótese o MI, em razão de não haver previsão expressa na Constituição, para que o Congresso legislasse sobre o tema.

Como já se antecipou em algum grau, a postura do STF, majoritariamente, parece ser a de permitir e fomentar grandes embates, tendo, em menos situações, permitido a estabilização prévia do fundamento decisório, de modo a amenizar os efeitos sobre a opinião pública, de decisões contramajoritárias. Os efeitos podem ser extremamente desanimadores, resultando em minimização da eficiência dessas decisões, em razão de gerar, tal postura da Corte, um incentivo à recalcitrância, assim como, por facilitar a unificação de maiorias, temporárias ou não, a favor da concretização de *backlash* vigoroso.

Outro formato decisório que parece funcionar, efetivamente, como um mecanismo potencializador da reputação judicial é o *incrementalismo decisório*. Por meio dessa estratégia, a Corte, passo a passo, e *vis-à-vis* dos resultados, decide progressivamente, ou seja, permite que a implementação da mudança, da leitura constitucional pretendida, ocorra de modo crescente. Tem assim, condições de avaliar até que ponto será capaz de suportar, com sua reputação judicial e apoio difuso, as críticas e outras atitudes sofridas em detrimento da posição tomada. O suporte a uma certa doutrina realizado por meio de vários julgamentos será fortalecido sempre. A mudança vagarosa igualmente permite a adaptação

---

<sup>459</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Mandado de Injunção nº 6.825-DF, de 11 de abril de 2019**. Brasília, DF, 2019. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340245412&ext=.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

daqueles que serão os recebedores dos comundos judiciais, evitando, assim, consequências mais radicais. A lógica é parecida com a da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade para um momento futuro.<sup>460</sup>

Permite-se, por essa via, que a Corte verifique, de forma mais analítica e precisa, o resultado das decisões, por meio de sua progressiva implementação. Cortes não precisam, e em certa medida, não devem pretender inovar repentinamente. *Fiat lux* é um comando que não se coaduna com a sua atividade, ao menos ao se prezar pela reputação judicial. O contexto sistemático, interrelacional, dialógico e interdependente de uma democracia constitucional exige que mudanças drásticas sejam evitadas quando possível for. Este não é um argumento a favor de posturas conservadoras, apenas a ideia de que os custos transacionais<sup>461</sup> serão melhor organizados e compartilhados se a mudança se der *pari passu*. Uma mudança progressiva, por um lado minimiza as chances de descumprimento e respostas hostis, e por outro, diminui as chances de decisões radicais e ruins:

O incrementalismo é, me parece, o mais eficiente meio de enfatizar-se os limites da funcionalidade da nova jurisprudência, e, esperançosamente, um conforto para quem percebe as extravagâncias judiciais em toda parte. O ponto central da doutrina do incrementalismo é o respeito pelo *status quo* e à mudança, a partir dele, apenas por meio de pequenos passos, margeando-se o objeto principal. Pensado de modo a permitir ulteriores modificações à luz do desenvolvimento futuro.<sup>462</sup>

Na Suprema Corte de Israel, *Chief Justice Barak*, em sua decisão em *Ganimat*, fez referência à decisão tomada, muito recentemente, em *Bank Hamizrahi*, dando forte ideia de progressão no mesmo tema. Naquela entendia a Corte, que as Leis Básicas deveriam

<sup>460</sup> DOTHAN, 2014, p. 132.

<sup>461</sup> “O Judiciário desempenha um papel central dentro desse arcabouço institucional. Do ponto de vista privado, a ele compete proteger os direitos subjetivos atribuídos a cada cidadão, inclusive o direito de propriedade, bem como as alocações de tais direitos realizadas pelo próprio agente na realização de contratos. Enquanto o primeiro papel evita o desperdício de recursos com atividades predatórias meramente redistributivas, o segundo, ao eliminar ou mitigar a possibilidade de comportamentos oportunistas, permite a superação do problema de desconfiança recíproca e viabiliza a realização de contratos complexos.

Além disso, do ponto de vista público, as barganhas políticas negociadas entre os vários grupos integrantes do Legislativo e do Executivo materializam-se na forma de legislação, que depois deve ser aplicada (*enforced*). É o Judiciário que – ao aplicá-la – garante credibilidade aos acordos políticos consubstanciados em lei. Essa credibilidade permite a cooperação de longo prazo entre grupos e reduz conflitos, comportamento oportunista e o emprego da violência. Por outro lado, tal sistema só é autossustentável se o poder do próprio Estado for restringido, razão pela qual regras limitadoras devem ser impostas a todos os entes componentes do Estado e compete precipuamente ao Judiciário impor (*enforcement*) tais regras em casos de conflito.” (ORTIZ, L. C. V.; LIRA, C. R. S.; MACHADO, F. M. Os institutos jurídicos e os custos de transação - uma abordagem da análise econômica do Direito. **Direito em Debate**, ano XXII, n. 40, p. 27-45, 2013. p. 30).

<sup>462</sup> SHAPIRO, M. Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis. **Law in Transition Quarterly**, [S. l.], v. 2, n. 134, p. 134-157, 1965. p. 156.

influenciar a interpretação da legislação anterior - ou seja, uma espécie de legislação anterior à Constituição, já que as Leis Básicas têm status constitucional - ainda que estivessem protegidas contra o reconhecimento de sua invalidade pelas próprias Leis Básicas. Este julgamento fora norteado pela decisão, como destacado, celebrada no precedente em *Bank Hamizhari*, onde se compreendeu a fundamentalidade e hierarquia de referida legislação do Estado Constitucional Israelense<sup>463</sup>. O prosseguimento permitiu, assim, que se compreendesse a ideia de hierarquia constitucional, e que até mesmo atos normativos anteriores a ela deveriam ser lidos à sua luz, facilitando, assim, a aceitação da tese, e impedindo-se a concentração das posições, em um único precedente, a desafiar maior oposição.

A referência a julgamentos anteriores, ainda que extremamente recentes, reforça, mais uma vez, a ideia de uma Corte que decide coerentemente com seus próprios precedentes, mantendo-se uniforme, e atenta ao direito em questão, distante de divisões políticas e heterogeneidades. O STF, em alguns casos, já decidiu de modo incrementalista, e obteve sucesso. Caso clássico é a situação do Mandado de Injunção e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, ambos os instrumentos, previstos da Constituição de 1988, seguiram - ou ainda seguem - longa trajetória na Corte, de modo a se afirmarem como asseguradores da proteção a direitos deficiente em razão de omissões inconstitucionais do Poder Legislativo.

Em um primeiro momento, a Corte assumiu uma posição não concretista<sup>464</sup>, compreendendo que o objeto do MI ou da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) seria apenas a comunicação da mora legislativa ao Poder Legislativo. Em seguida, progrediu para uma postura concretista intermediária<sup>465</sup>, ou seja, não bastava o reconhecimento da mora, seria possível, agora, a designação de prazo ao Legislativo, para suprir a omissão legislativa, e não o fazendo, disporia o interessado de direito à obtenção de indenização por perdas e danos nas vias ordinárias. Em uma terceira fase, concretista direta individual<sup>466</sup>, o Supremo admitiu reconhecer a mora, e assegurar, pela primeira vez, diretamente, o direito ao impetrante de MI, relativo ao exercício imediato de direito à aposentadoria especial de servidor público por invalidez, determinando a aplicação por

<sup>463</sup> DOTHAN, 2014, p. 179.

<sup>464</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção nº 107-3/DF, 21 de novembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990. Relator: Min. Moreira Alves.

<sup>465</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção nº 283-5/DF, de 14 de novembro de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1991. Relator: Min. Sepúlveda Pertence cf. voto do. Relator, Min. Sepúlveda Pertence; julgado em 20/3/91.

<sup>466</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção nº 721 Distrito Federal, de 28 de agosto de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2005. Relator: Min. Marco Aurélio.

analogia do art. 57º da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, o qual regula o mesmo direito para os trabalhadores submetidos ao regime geral da previdência. Por fim, em uma 4ª fase, concretista direta geral<sup>467</sup>, reconheceu-se a omissão legislativa na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, determinando, agora, a aplicação da lei de greve ao setor privado, até que o Congresso deliberasse sobre o tema.<sup>468</sup>

Percebe-se assim que o problema, aqui, quanto ao MI e a ADO, não foi o formato incrementalista que as ações se deram, ao contrário, as críticas sofridas se devem a toda a delonga em efetivamente implementar os institutos constitucionais de forma mais eficiente, em um formato que assegurasse o suprimento das omissões legislativas<sup>469</sup>. O incrementalismo serviu muito bem à Corte, não havendo notícia de críticas severas, rejeições ou qualquer espécie de afirmação de que haveria uma intromissão descabida nas atribuições dos demais Poderes, em especial o Legislativo. As decisões foram cumpridas, sem ardores, até mesmo por não significarem pesado ônus, sendo de fácil execução.

A Corte impulsionou, via incrementalismo, sua reputação judicial, enquanto órgão capaz de dar utilidade ao instrumento constitucional, sem prejuízos aos demais protagonistas do debate público, e caminhando para torná-lo ainda mais efetivo. Impossível olvidar, que o sucesso da atuação da Corte dependeu igualmente da caminhada em direção à compreensão constitucionalmente mais adequada na visão de farta maioria da literatura, ao dar finalidade específica e maior eficiência ao instituto, que visa proteger direitos fundamentais<sup>470</sup>.

Outro mecanismo reputacional em formato decisório de que dispõe a Corte, diz respeito, no seu controle de *docket*, à escolha sobre contra quem decidir e quando decidir, cuida-se da estratégia referente à *escolha do momento e da parte correta* para suportar o

<sup>467</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção nº 712 Pará, de 17 de setembro de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2004. Relator: Min. Eros Grau.

<sup>468</sup> CUNHA JUNIOR, D. da. A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção no controle da inconstitucionalidade por omissão. **JusBrasil**, [S. l.], 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163082882/a-evolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-em-relacao-ao-mandado-de-injuncao-no-controle-da-inconstitucionalidade-por-omissao>. Acesso em: 3 jul. 2019.

<sup>469</sup> O próprio STF reconheceu isso no voto do Ministro Marco Aurélio, no MI 721: “É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão.” (BRASIL, Mandato de Injunção 721 Distrito Federal, 2005).

<sup>470</sup> Cf. PIOVESAN, F. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003; CATTONI, M. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ônus decisório. Não se imagina que a Corte possa, legitimamente, gerar alguma espécie de *discrímen* quanto contra quem decidir, mas é fato, contudo, que certos sujeitos terão maiores meios de suportar o ônus de descumprimento decisório, como já se observou, na resistência oriunda do Senado da República, no caso da tentativa de afastamento do Senador Renan Calheiros. Da mesma forma, não se está a incentivar qualquer acovardamento da Corte, não se trata disso. Em verdade, a autocontenção e a escolha do momento adequado fazem parte de estratégia viabilizante da eficiência de suas decisões em razão do apoio reputacional que agregará, subvertendo a capacidade alheia de refutar o cumprimento decisório.

Se a Corte não dispõe da espada, nem da bolsa, tais partes, privilegiadas em razão de sua posição na ordem jurídica vigente, dispõem de capacidade particular para movimentar meios de proteção contra decisões que particularmente contrariem seus interesses específicos, especialmente quando a decisão não seja ainda fruto de precedentes ou doutrina consolidada. À medida que os precedentes se estabeleçam, e que sujeitos mais fracos, ou de reputação ou prestígio menor, se submetam a decisões semelhantes, a Corte naturalmente enfrentará menor resistência contra outros sujeitos de maior respaldo político ou que detenham maior apoio da opinião pública<sup>471</sup>.

Muitas Cortes Constitucionais de enorme sucesso pelo mundo aguardaram anos para decidir questões surgidas após os incidentes de 11 de setembro e o combate ao terrorismo no mundo. A Alta Corte Austríaca prolatou a primeira decisão em 2007, a Corte Federal Alemã rejeitou vários casos, aceitando apenas um, e recentemente. A Casa dos Lordes prolatou a primeira decisão representativa sobre o assunto em 2004, assim como a Suprema Corte da Índia e a Suprema Corte Estadunidense. A verdade, como afirma David Fontana, é que “[...] not all constitutional issues that constitutional review courts decide are created equal”<sup>472</sup>, há muitas razões para que o *timing* e a parte correta sejam escolhidos para que a decisão possa ser prolatada e seu cumprimento assegurado.

Alguns assuntos postos diante das Cortes podem ser tão polarizantes, que a *judicial review*, naquele momento, e em especial, contra certos protagonistas, como normalmente são as decisões em controle direto de constitucionalidade, gerem uma atmosfera pública e política de enorme resistência, que a Corte não possa administrar. Nessa situação, até mesmo as instâncias políticas, que em outras circunstâncias poderiam

---

<sup>471</sup> DOTHAN, 2014, p. 147.

<sup>472</sup> “Nem todos os casos constitucionais decididos pelas Cortes Constitucionais são iguais”. (FONTANA, 2011, p. 87).

solicitar à Corte, à sua maneira, que interviesse e decidisse sobre o tema, podem evitar o confronto, e colocá-la em situação mais desprivilegiada e sem apoio. Assumindo ela a posição de algoz do destino do sujeito compelido a dada conduta em razão da decisão impopular ou controversa.

Percebe-se, por exemplo, que *Brown v. Board of Education* dependeu de todo apoio e *timing* adequado que a Suprema Corte norte-americana pode dispor, e ainda assim, restam dúvidas sobre o cumprimento total da decisão, como já discutido. A mesma Corte, muito bem estabelecida naquele país, desde o século XIX, nunca admitiu julgar a constitucionalidade, por exemplo, da Guerra do Vietnã, um assunto absurdamente polarizante, cujas consequências, ainda hoje, de uma decisão em um sentido ou noutro, poderiam ser catastróficas<sup>473</sup>.

A Suprema Corte de Israel, mesmo após reconhecer sua competência para a *judicial review*, declinou vários casos, em razão de possíveis graves confrontos com o Poder Executivo, até que pudesse decidir seriamente sobre o tema, especialmente na década de 90, uma vez já consolidada na opinião pública e gozando de apoio difuso amplo, e alta reputação judicial na relação com os demais Poderes e a Sociedade Civil<sup>474</sup>.

A situação se agrava quando a Corte não dispõe de um controle rígido de *docket*, como a brasileira, onde são ouvidas milhares de partes por ano. Apesar da razão de tal abertura ser plúrima, não sendo o objetivo deste trabalho essa análise, é impossível olvidar a circunstância de que decidindo vários casos por ano:

[...] a Corte sujeitará muitos à derrota, rejeitará inúmeras pretensões, e agregará, com isso, diversos inimigos, de diferentes níveis de popularidade e influência política. Caso não opte muito bem, quando e contra quem decidir, poderá, em dado momento ficar em severa desvantagem; decidir muitos casos criará criticismo político que simplesmente excede os recursos disponíveis de apoio político que a Corte usa para se defender, e ainda, é difícil para Cortes lidar com essa situação, quando dispõem de agendas menos discricionárias contra atores políticos com agendas mais discricionárias. Em um sistema que disponha de uma Corte Constitucional estável, isso poderá resultar em uma Corte bem mais fraca; em um sistema com uma jurisdição constitucional fraca, isso poderá resultar na eliminação da Corte totalmente.<sup>475</sup>

Indispensável, assim, para a aquisição de um status reputacional elevado, que a Corte compreenda que a estabilização de suas posições depende do cumprimento de suas decisões, e que isto ocorrerá, com maior facilidade, quando o faça, ao menos inicialmente, contra partes que tenham menores capacidades institucionais ou sejam cumpridores habituais. Cuida-se de comportamento estratégico puramente.

<sup>473</sup> FONTANA, 2011, p. 630.

<sup>474</sup> Ibid., p. 631.

<sup>475</sup> Ibid., p. 631.

Uma vez firmado o precedente, e fortalecido pelo cumprimento de outros sujeitos, a Corte estará apta a impor o que considere ser a melhor interpretação da Constituição aos demais protagonistas democráticos, com chance ainda de críticas, que como se viu, podem ser salutares, contudo, com mais incentivos para a obediência sistemática. Transmitirá, assim, a compreensão de ser uma das engrenagens da casa de máquinas do Estado Constitucional, um árbitro institucionalizado pela Constituição e nos seus moldes: justo, sem preferências político-partidárias, coerente, forte e estável, capaz, assim, de exercer sua missão institucional.

Quando se vislumbra o caso relativo à prisão do Senador do Partido dos Trabalhadores, Delcídio do Amaral<sup>476</sup>, percebe-se que fora decretada em um momento de intensa crítica a seu partido, em baixa no Congresso Nacional, diante da iminência do processo de *impeachment* da Presidente Dilma, e dos embates com a Operação Lava Jato<sup>477</sup>. De imediato foram divulgados à grande imprensa áudios, onde se discutia possível fuga de testemunhas e outras atividades ilícitas. A opinião pública fortaleceria, por essa via, a posição tomada pela unanimidade da 2ª Turma - o relator decidiu remeter a decisão ao colegiado diante de sua relevância - enquanto o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, encaminhava ao Senado o pedido de análise sobre a manutenção da prisão.

Toffoli afirmou, ainda na sessão: "Precisamos incorporar esse padrão do *rule of law* à cultura brasileira, que não pode mais ser a cultura do 'jeitinho', das tratativas ou das relações pessoais"<sup>478</sup>. Ou seja: a mensagem que pretendia transmitir era de que a decisão não fora política, o que se queria era preservar o império da Lei. A aposta era alta, sem precedentes pós-88, a prisão de um Senador da República poderia ser considerada uma interferência indevida nos assuntos no Congresso, contudo, o momento político de ataque frontal ao Partido dos Trabalhadores (PT), e de ascensão do combate à corrupção, em meio a acusações de todas as ordens, fora favorável, e o Senado manteve, com enorme folga, a prisão, por 59 votos a 13, com uma abstenção<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> BRASIL, Ação Cautelar nº 4039, de 24 de novembro de 2015, 2015.

<sup>477</sup> Operação da Polícia Federal, com foco inicial em Curitiba - PR, voltada ao combate à corrupção no alto escalão e estatais e corporações, que teve como condutor, durante vários meses, o atual Ministro da Justiça, ex-juiz Sérgio Moro. Goza o trabalho da polícia, em razão da alardeada recuperação de bilhões de reais, e da prisão de diversas personalidades políticas, antes consideradas quase intocáveis, de forte apoio público, somente abalado após a prisão do ex-presidente Lula, em razão de seu, igualmente forte, apoio popular.

<sup>478</sup> BRASIL, 2ª Turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados, 2015.

<sup>479</sup> BRASIL. Senado Federal. Senado mantém prisão de Delcídio do Amaral. **Senado Notícias**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/11/25/senado-mantem-prisao-de-deldicio-do-amaral>. Acesso em: 7 jul. 2019.



Contata-se que o STF, de modo a ampliar a sua capacidade de compelir o Senado da República a aceitar a decisão imposta, se utilizou, simultaneamente, de vários mecanismos reputacionais. Primeiro o *timing*. O PT sofria no Congresso, e dificilmente teria apoio dos demais partidos em um momento de ampla polarização, às vésperas do processo de *impeachment*. A 2ª Turma decidiu de forma unânime, sendo até os fundamentos dos votos uniformes. A mídia foi explorada para gerar apoio público, com a exposição dos áudios - nesse ponto a legitimidade da medida é bastante discutível, vazamentos ilegais não podem, e não são, nesse trabalho, contabilizados como mecanismos reputacionais diante de sua patente ilegalidade - mas na hipótese contribuíram inegavelmente para a decisão ser acolhida pelo Senado.

A mensagem transmitida pelo Presidente foi de atuação dentro da legalidade, distante de pautas políticas. Em resumo: a Corte usou todo o cabedal de mecanismos que dispunha, e o fez com sucesso. O Senador era uma parte fraca naquele momento histórico. Fortalecida, nitidamente, sua capacidade institucional, poderia agora, presentes os pressupostos, impor prisão a detentor de mandato no Congresso Nacional, apesar das restrições constitucionais, do art. 53º e seus parágrafos primeiro e segundo.<sup>480</sup>

Não foi somente nessa hipótese que a Corte se mostrou uma boa estrategista ao cumular mecanismos reputacionais para a potencialização de sua capacidade decisória. Ao contrário de decisões monocráticas, as decisões tomadas em um só tom se mostraram muito mais eficientes e insuscetíveis de *backlash*.

No caso Cunha, quando o então Deputado Eduardo Cunha, que recentemente admitira, enquanto Presidente da Câmara dos Deputados, o início do processo de *impeachment*, a situação era mais delicada. Oriundo do PMDB, partido político com maior representação no Congresso Nacional, detinha, sabidamente, grande apoio político. Seu grupo mais próximo era forte e mutuamente solidário, seu partido era representativo, fora peça chave para o *impeachment*, e ainda ocupava a Presidência. Sem falar, que detinha amplos conhecimentos sobre o regimento interno da Casa. A bem da verdade, também sofria naquele momento sua particular crise política, com pedidos de cassação na

---

<sup>480</sup> **Art. 53.** Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Comissão de Ética<sup>481</sup>, todavia, ainda assim, uma tentativa de decretar sua prisão seria, em comparação com o Caso Delcídio, mais arriscada.

O Ministro Teori Albino Zavascki, assim, determinou, primeiramente, o afastamento do Deputado da Presidência e de seu mandato de deputado, decisão essa, que em seguida seria confirmada pela totalidade da Corte, seus 11 ministros<sup>482</sup>. A decisão, que não era de prisão, não precisaria ser confirmada pela Câmara dos Deputados. Decidindo unanimemente, a Corte transmitiu a mensagem correta: estavam todos contra os exageros praticados por Cunha, enquanto Deputado e Presidente da Câmara, inclusive com manipulações na pauta e no formato das votações, de modo a aprovar matérias de seu interesse e de seus correligionários, assim como por tentar reverter o curso de sua provável cassação no Conselho de Ética. Enfraquecido, Cunha foi cassado por 11 a 9 votos, no processo mais longo da história do Congresso Nacional, e teve sua prisão pedida pelo Procurador Geral da República. Cassado, o ex-Deputado é agora preso por decisão de primeira instância, após o recebimento de denúncia pelo próprio Supremo, ainda antes de sua cassação, por acusações de lavagem de dinheiro e corrupção passiva.

Decidiu, assim, no momento correto e unanimemente, ainda que contra autoridade extremamente representativa do Poder Legislativo - afinal Presidente da Câmara - e a partir da aplicação de medida cautelar distinta da prisão, de cumprimento menos oneroso, uma vez que não precisaria assim ser reavaliada pela Câmara. A Corte tomou a estratégia correta para suplantar os possíveis obstáculos à sua decisão. Por fim, deixou a possível decretação da prisão para o juiz condutor da Operação Lavajato, que gozava, naquele momento, de alta aprovação pública.

## 7.6 Reflexão final

A análise, se possível fosse, de todos os mecanismos de que dispõe o STF para aprimorar a sua reputação demandaria um esforço maior do que as dimensões desse trabalho permitiriam. Aqueles apontados aqui representam, na opinião do autor, amostra significativa, e aliados aos exemplos apontados, cujo esgotamento seria igualmente impossível, demonstram claramente como a reputação judicial existe e se entrelaça aos

---

<sup>481</sup> Sua cassão foi extremamente difícil, diversas vezes remarcada a sessão de julgamento no Conselho de Ética, que somente aconteceria uma semana após o Procurador Geral da República pedir a prisão de Cunha ao STF, em 14 de junho de 2016, e dele já haver sido afastado pelo STF da Presidência da Câmara, por decisão do Ministro Teori Albino Zavascki em 5 de maio. Ainda assim, a cassação foi apertada, por 11 votos a 9. (PASSARINHO, N.; CALGARO, F. Por 11 a 9, Conselho de Ética aprova parecer pela cassação de Cunha. **G1**, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/06/em-votacao-apertada-conselho-de-etica-aprova-cassar-eduardo-cunha.html>. Acesso em: 7 jul. 2019).

<sup>482</sup> BRASIL, Ação Cautelar nº 4.070-DF, de 21 de outubro de 2016, 2016.

mecanismos deliberativos e decisórios. Permite, dessa forma, a consolidação das decisões tomadas, pela via da obediência da parte sucumbente ou do sujeito a quem incumba o seu cumprimento.

Acredita-se, chegado este momento final do excuro epistemológico, haver sido demonstrado, com razoável consistência e clareza, seguindo-se a metodologia adequada - conforme exposto ainda na introdução - a consistência da tese desenvolvida, inclusive com fortes e atuais exemplos práticos, presentes e pretéritos. Exemplos colhidos do trabalho de Cortes distintas, mas que representam a longa trajetória do desenvolvimento da jurisdição constitucional e em paralelo, da própria Teoria Constitucional e Política.

A pretensão nunca foi a de esgotar o tema, mas de dar nova visão, a partir do desenvolvimento na noção teórica e prática, em *terrae brasilis*, da reputação judicial, no caso, do Supremo Tribunal Federal. Pretendeu-se, com isso, guiar esforços críticos e interligar várias observações já presentes na literatura nacional, de analistas da performance do tribunal.

O fim último sempre foi o fortalecimento da Constituição Federal de 1988, e do Estado Constitucional Brasileiro, no âmbito de uma concepção fortemente democrática, onde os Poderes atuam a partir da compreensão de seus limites, e o Judiciário, especialmente por meio de sua Corte Suprema, atua não tão passivamente enquanto um árbitro em um jogo de xadrez ou tão ativamente quanto um dos jogadores. O tabuleiro democrático admite incontáveis desenrolares da trama política, e incumbe ao jurista o repensar contínuo dos moldes normativos que assegurem a manutenção dos protagonistas constitucionais em suas esferas de poder - nem menos, nem mais - e o progresso, permanente, rumo à construção de “[...] uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> BRASIL, 1988, art. 3º, inciso I.

## 8 CONCLUSÃO

Em seu capítulo inaugural, este trabalho buscou discorrer, como pressuposto necessário à compreensão de seus objetivos, sobre o papel exercido e desejável das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais nas Democracias, sejam aquelas já consolidadas - pela estabilidade de suas instituições, comprovada pelo decurso dos anos e das mudanças políticas sem maiores desarranjos institucionais - sejam aquelas denominadas de frágeis, enquanto jovens, em geral resultado do declínio de regimes autoritários, e sujeitas a um processo lento de cristalização de suas bases democráticas e de suas instituições políticas e jurídicas.

Discorreu-se sobre o avanço de tais Cortes pelo Ocidente e, em paralelo, sobre a crescente crise das instituições de democracia representativa, mesmo em países simbolicamente maduros e fortalecidos, ou econômica ou politicamente, como a Alemanha pós-segunda guerra mundial, ou os Estados Unidos da América. Apontam-se, permeadas por exemplos práticos, as chagas que têm comprometido referidos regimes democráticos, erodindo-os ou depletando-os de suas características enaltecidas das virtudes fundamentais ao processo democrático. Por fim, salientou-se a contribuição que podem, as Cortes Constitucionais e Supremas, darem às democracias, assumindo o papel de arena de debates ou de espaço para a solução de graves controvérsias morais, jurídicas e políticas, em significativa contribuição às suas nações, e zona de escape e apoio aos demais Poderes Públicos e à Sociedade Civil.

No capítulo segundo é apresentado o STF, em especial sua evolução histórica rumo à consolidação de seu protagonismo na sociedade brasileira. São apresentadas as inovações, de várias ordens, em especial legislativa, jurisprudencial e política, que contribuíram para a ampliação de seu poder de participação, fundamentalmente a partir da redemocratização de 1988. Discutiu-se ainda o papel da mídia para o aumento de sua visibilidade.

Todo esse crescimento do STF, ou a inflação de sua arena decisória, chegou rapidamente à sociedade brasileira. O modo como interage com os demais Poderes, como amplia suas competências progressivamente, e apenas em esporádicas circunstâncias, como se notou, assume uma postura mais autocontida, tudo com ampla divulgação na mídia. As sessões de julgamento ocupam o imaginário brasileiro, e são retransmitidas repetidamente, divulgadas em jornais e impressas em revistas, demonstrando sua forte participação no desenrolar da frágil Democracia brasileira.

No terceiro capítulo foram diagnosticados, a partir da análise em Direito Comparado e da própria evolução do STF, assim como de farta pesquisa bibliográfica, quais seriam os obstáculos oponíveis às Cortes em estudo, pelos demais Poderes e pela sociedade em geral, tendo em vista o inconformismo com suas decisões e posições. Relacionados, um a um, tais empecilhos são estudados sob olhar analítico e crítico, de modo a determinar-se se seu uso seria legítimo - de controle político-democrático, verdadeiro *checks and balances* ao trabalho do tribunal - ou, ao contrário, a partir do critério dogmático e democrático construído e justificado, se seriam interferências ilegítimas, a usurpar a desejável missão constitucional daqueles órgãos de cúpula nas democracias contemporâneas.

Discutiu-se a necessidade do desenvolvimento da compreensão do diálogo constitucional, e como tem sido reforçado diante da constatação, decorrente da falência do legalismo ainda no século XX, de que a liberdade ou discricionariedade no processo decisório não poderia ser contida meramente pelo apelo ao sentido do texto constitucional. A compreensão do diálogo institucional permitiria ainda que cada seara da sociedade trouxesse ao debate seu olhar político e prático, facilitando o aprendizado mútuo, o que contribuiria para o alcance de melhores decisões sobre dilemas constitucionais.

Alcançando-se o quarto capítulo, prosseguiu-se a pesquisa, então, com a análise do fenômeno humano e social, que é a reputação, pretendendo-se definir seu papel social a partir de um olhar transdisciplinar. Para tal desiderato, com o apoio de outras Ciências, como a Economia, constatou-se ser ela, especialmente em meio aos avanços da sociedade de informação, o resultado de um complexo processo comunicacional, atuando como uma espécie de capital ou *asset*, um bem que pode ser utilizado na produção de outros bens ou serviços, uma vez que tem o condão de gerar atenção e obediência a certos comportamentos corretamente indicados. Permitiria, do mesmo modo, ao sujeito, agregar apoiadores e oportunidades.

A combinação de seus efeitos, estático e dinâmico, permitiria maior previsibilidade sobre o comportamento humano racional, uma vez que o desejo de manter e melhorar a reputação, e assim salvaguardar ou construir relacionamentos, em muitas instâncias, funciona como poderoso incentivo. Atua, assim, como alternativa à contratualização do comportamento, especialmente quando um modelo puramente negocial não é possível ou recomendável, ou mesmo quando falecem recursos para compelir o sujeito passivo obrigacional ao cumprimento da decisão e a suportar o seu ônus.

Em sede do quinto capítulo, elucida-se a noção de reputação judicial útil à Teoria Constitucional, a partir da compreensão de um modelo decisório que se denomina de estratégico-atitudinal, com o qual juízes e Cortes decidem a partir de uma miríade de fatores, desde a forma que pretendem construir suas biografias por meio de suas decisões às suas posições políticas. Conclui-se, por essa via, ser a reputação judicial não somente uma característica atribuível à Suprema Corte, mas ao Judiciário como um todo. Um Judiciário com uma melhor reputação gozará de maior facilidade na obtenção de recursos públicos, e terá o condão de exercer mais efetivamente certo grau de influência sobre o agir da comunidade ao qual está vinculado, em especial quanto à obediência às suas decisões.

Esclareceu-se que a reputação judicial do Supremo Tribunal Federal é constituída a partir da percepção da Corte pelos Poderes Públicos e pela Sociedade Civil, formada por meio da observação reiterada de suas condutas, a qual atua como incentivo e restrição comportamental àqueles que com ela se relacionam, de modo a evitarem embates e encontrar nela uma fonte de proteção e não de contenção ou reprimenda. Atua também como fonte de amarras comportamentais à própria Corte, pela constatação de que a sua consolidação permite agregar vantagens, políticas e econômicas, e especialmente a obediência e respeito às suas decisões. Destacou-se ainda que a reputação compõe o capital difuso de uma Corte, a margem de apoio que possui para decidir contra as preferências específicas de maiorias constituídas, de modo a aceitarem suas decisões como legítimas, ainda que contrariem seus interesses.

Por fim, no capítulo sexto, prosseguiu-se na análise crítica de uma série de mecanismos deliberativos e decisórios de que dispõe o Supremo Tribunal Federal, nos moldes de outras Cortes de sua espécie, observando-se e contextualizando-se o uso de tais mecanismos e sua repercussão sobre a reputação judicial da Corte, sempre se trazendo o mecanismo para o agir do STF. Deste modo, realizou-se a análise crítica a partir de um tripé, ou seja: um olhar teórico, o cotejo com a experiência estrangeira, e o uso nacional do mecanismo. São, ao final de cada análise, apontados erros, sob a perspectiva da formação da reputação judicial positiva, e sugeridas mudanças ou inovações.

Demonstrou-se, assim, nitidamente, como a reputação judicial existe e se entrelaça aos mecanismos de que dispõe a Corte, permitindo, desta forma, a consolidação das decisões tomadas, pela via da obediência da parte sucumbente ou do sujeito a quem lhe incumba o cumprimento, com o reconhecimento de sua legitimidade. Acredita-se assim, haver provado, de forma metodologicamente adequada, a consistência da tese desenvolvida, inclusive com fortes e atuais exemplos práticos, presentes e pretéritos.

Exemplos esses colhidos do trabalho de Cortes distintas, oriundas de Democracias consolidadas ou frágeis, as quais representam, e cuja evolução permeia a longa trajetória do desenvolvimento da jurisdição constitucional e da própria Teoria Constitucional.

## BIBLIOGRAFIA

### LIVROS

ABBOUD, G. **Discretionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABEBE, D. **One voice or many?:** the political question doctrine and acoustic dissonance in foreign affairs. Chicago: The University of Chicago, 2013.

ACKERMAN, B. **We the people:** transformations. Cambridge, MA: Belknap Press, 1998.

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. 20 anos da Constituição Brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder? *In* MORAES, A. de. *et al.* (Coords.). **Os 20 anos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ANDRADE, F. M. de. **Mídia e poder judiciário:** a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BARAK, A. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, L R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. Sistema de Governo: o modelo semipresidencialista. *In* BARROSO, L. R. **A Reforma Política:** uma proposta de Sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Ideias, [20--?]. p. 8-38. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180530-03.pdf###LS>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BAUM, L. **Judges and their audiences**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BAUMAN, Z. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BENVINDO, J. Z. **On the limites of constitutional adjudication:** deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer, 2010.

BICKEL, A. M. **The least dangerous branch:** the supreme court at the bar of politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, P. **Reflexões:** política e direito. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.



BRANDÃO, R. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2017.

BURNS, J. M. **Packing the court: the rise of judicial power and the coming crisis of the supreme court**. New York: The Penguin Press, 2009.

CAMPOS, C. A. de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimp. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CATTONI, M. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAI, C. G. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: AMPEM Editora, 2007.

CHEMERISKY, E. **The case against the supreme court**. New York: Penguin Books, 2014.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *In* VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017. p. 468-519.

COELHO, I. M. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COOLEY, C. H. **Human Nature and the Social Order**. New York: Scribner's, 1922.

CRAIK, K. H. **Reputation: a network interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CROZIER, M.; HUNTINGTON, S.; WATANUKI, J. **The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the trilateral commission**. New York: New York University Press, 1975. Disponível em: [http://trilateral.org/download/doc/crisis\\_of\\_democracy.pdf](http://trilateral.org/download/doc/crisis_of_democracy.pdf). Acesso em: 28 maio 2018.

DAHL, R. **Sobre a democracia**. Brasília, DF: Ed. UNB, 2016.

DALY, T. G. **The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders**. Cambridge, [UK]: New York: Cambridge University Press, 2017.

DELANEY, E. F.; DIXON, R. **Comparative judicial review**. Chentelham – UK: Edward Elgar Publishing, 2018.

- DOTHAN, S. **Reputation and Judicial Tactics: a theory of National and International Courts.** New York: Cambridge University Press, 2015.
- DWORKIN, R. **Freedom's Law.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, R. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, R. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ELY, J. H. **Democracia e desconfiança.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. **The choices Justices make.** Washigton, D.C.: CQ Press, 1998.
- FARBER, D. A. **Lincoln's Constitution.** Chicago: Chicago University Press, 2003.
- FERREIRA, P. F de A N. **Como decidem os Ministros do STF: pontos ideais e dimensões de preferências.** 2013. 140 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013.
- FIGUEIREDO, M. Legitimidade da jurisdição constitucional. *In* VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso.** São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017.
- FIX-ZAMUDIO, H. **Introducción al derecho procesal constitucional.** México: Fundap, 2002. p. 38-39. (Colección Derecho, Administración y Política).
- FONTANA, D. Docket Control and the success of constitutional courts. *In* GINSBURG, T.; DIXON, R. (eds.). **Comparative constitutional law.** Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2256946](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256946). Acesso em: 20 jul. 2018.
- FONTE, F. de M. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça.** Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2016.
- FONTE, F. de M. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.** Saraiva: São Paulo, 2015.
- FONTELES, S. S. **Direito e Backlash.** Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- FOREMAN, P. O.; WHETTEN, D. A.; MACKEY, A. Na identity-based view of reputation, image, and legitimacy: clarifications and distinctions among related constructs. *In* BARNETT, M. L.; POLLOCK, T. G. (orgs.). **The Oxford Handbook of Corporate Reputation.** Londres: Oxford University Press, 2011. p.179-195.
- FOWKES, J. **Building the constitution: the practice of constitutional interpretation in Post-Apartheid South Africa.** Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2018 - Democracy in crisis.** Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 13 jan. 2019.

FRIEDMAN, B. **The will of the people:** how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Meaning of the Constitution. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARCIA, N. D. **A mídia versus o poder judiciário:** a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Porto alegre, 2015.

GARNER, B. **A Dictionary of Modern Legal Usage.** New York: Oxford University Press, 1990.

GAROUPA, N.; GINSBURG, T. **Judicial Reputation:** a comparative theory. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

GAROUPA; GINSBURG, 2015; DOTHAN, S. **Reputation and Judicial Tactics:** a theory of National and International Courts. New York: Cambridge University Press, 2014.

GIBSON, J. L. **Judicial Institutions.** New York: Oxford University Press, 2008.

GINSBURG, T. **How to save a constitutional democracy.** Chicago: The University of Chicago Press, Chicago, 2018.

GINSBURG, T. **Judicial review in new democracies:** constitutional courts in asian cases. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, T. The Politics of Courts in Democratization: Four Junctures in Asia. *In* KAPISZEWSKI, D; SILVERSTEIN, G.; KAGAN, R. A. (eds). **Consequential Courts:** Judicial Roles in Global Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 45-66.

GOFFMAN, E. **The presentation of self in everyday life.** New York: Doubleday, 1959.

GUIDDENS, A. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D. **Democracy and disagreement.** Cambridge, MA: Belknap Press, 1966.

HABERMAS, J. **Between facts and norms:** contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998.

HALL, K. L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States.** Oxford: Oxford University press, 2005.

HAMILTON, A. **Federalist n. 78.** Ed. B. F. Wright. New York: Barnes & Noble Books, 1788.

HART, H. L. A. **O Conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HIRSCHL, R. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** W. W. New York: Norton & Company, 1999.

ISSACHAROFF, S. **Fragile Democracies: contested power in the era of constitutional courts.** Cambridge: University Press, 2015.

JACKSON, K. T. **Building reputational capital: strategies for integrity and fair play that improve the bottom line.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

KAUFMANN, R. de O. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLARMAN, M. J. **Brown Vs. Board of Education: Law or Politics?** Charlottesville, VA: University of Virginia School of Law, 2002. (Public Law Research Paper, n. 02-11). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em: 27 jun. 2019.

KLEIN, D. B. (org.). **Reputation: studies in the voluntary elicitation of good conduc.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

KLUG, H. **Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KOSAR, D. **Media and criticism of judges: road to perdition or genuine check upon the judiciary?** [S. l.: s. n.], [20--?]. Disponível em: [http://www.iusetasocietas.cz/fileadmin/user\\_upload/Vitezne\\_prace/Kosar.pdf](http://www.iusetasocietas.cz/fileadmin/user_upload/Vitezne_prace/Kosar.pdf). Acesso em: 4 mar. 2019.

KRAMER, D. L. **The People Themselves: popular Constitutionalism and Judicial Review.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

LESSIG, L. **Code and other laws of cyberspace, version 2.0.** New York: Basic Books, 2006.

LEVITSKY, S.; WAY, L. A. **Competitive Authoritarianism: hybrid regimes after the Cold War.** Nova York: Cambridge Univ Press, 2010.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **How democracies die.** New York: Crown Publishing, 2018.

LEWANDOWSKI, E. R. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, V. A. de. **Mídia: teoria e política.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

LUIZ, F. V. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MADISON, J; HAMILTON, A; JAY, J. **Os Artigos Federalistas**. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAHAN JR, J. L. **Toward transdisciplinary inquiry in the humane sciences**. Doctoral dissertation - United States International University, 1970. Disponível em: <https://support.proquest.com/article/detail?id=kA11W000000bmrVSAQ>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MARIONI, L. G. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MASUM, H.; TOVEY, M. **The reputation society**: how online opinions are reshaping the offline world. Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2011. (Introdução que antecede os artigos).

MAURER, H. **Direito do Estado**: fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais. 6. ed. alemã, rev. e compl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 240-241.

MCGINTY, B. **Lincoln and the court**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

MELLO, C. de. **Notas sobre o Supremo Tribunal**. Brasília, DF: STF, 2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf). Acesso em: 13 mar. 2019.

MELLO, P. P. C. **Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

MENDES, C. H. **Constitutional Courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, C. H. **O projeto de uma corte deliberativa**. [S. l.: s. n.], [20--?]. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod\\_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf). Acesso em: 22 jun. 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, A. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. In VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017. p. 520-547.

- MENDONÇA, E. Legitimidade da jurisdição constitucional. *In* VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: Ed. FGV Direito, 2017.
- MORAIS, F. S. de. **Ponderação e arbitrariedade- a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Juspodium, 2018.
- NELSON, W. E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 2.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NEWTON, K.; PIPPA NORRIS. Confidence in public institutions: Faith, culture or Performance? *In* PHARR, S. J.; PUTNAM, R. D. **Disaffected Democracies: what's troubling the trilateral countries?** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000.
- NINO, C. S. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1995.
- NOE, T. A survey of the economic theory of reputation: its logic and limits. *In* BARNETT, M. L.; POLLOCK, T. G. (orgs.). **The Oxford Handbook of Corporate Reputation**. Londres: Oxford University Press, 2011. p. 114-139.
- NORTH, D. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Ed. Três Estrelas, 1990.
- NUNES, D. C. Corte Constitucional da Hungria: entre o passado e o futuro. *In* BRANDO, R. (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 699-700.
- ORIGGI, G. **Reputation: what it is and why it matters**. Princeton University Press: New York, 2018.
- PHARR, S.; PUTNAM, R. (eds.). **Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000.
- PICCI, L. **Reputation-based governance**. Standford, California: Standford University Press, 2011.
- PIOVESAN, F. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007.
- POSNER, R. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- RAMONET, I. **Propagandas silenciosas: massas, televisão, cinema**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

RAMOS, E. da S. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, E. da S. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. Saraiva: São Paulo, 2010.

RECONDO, F. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. (Coleção arquivos da repressão do Brasil).

RIBEIRO, P. J. de A. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2017.

RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização brasileira, 2002. p. 85. Tomo IV – Volume I – 1930 a 1963.

RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1965. Tomo I, 1891-1898.

ROSA, M. **A reputação na velocidade do pensamento**: imagem e ética na era digital. São Paulo: Geração Editorial, 2006.

ROSENBERG, G. N. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1993.

ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. New York: Ed. Oxford USA Professional, 2012.

ROSER, M. Democracy. **OurWorldInData.org.**, [S. l.], [2018]. Disponível em: <https://ourworldindata.org/democracy>. Acesso em: 28 maio 2018.

RUBENFELD, J. **Freedom and time**: a theory of constitutional self-government. New Haven: Yale Univ. Press, 2001.

SALDAN, E. **Os desafios jurídicos da guerra no espaço cibernético**. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2012.

SARAT, A. Whiter privacy?: an introduction. In SARAT, A. *et al.* **A world without privacy**: what law can and should do? New York: Cambridge University Press, 2015.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SAUAIA, H. **A Proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2018.

SCRIBE, E. **La Juive**: opéra em cinq Actes. Musique F. Halévy. Paris: Librairie Stock Delamain et Boutelleau, 1935. Act 4, scene 18. Disponível em: [http://clanfaw.free.fr/la\\_juive.pdf](http://clanfaw.free.fr/la_juive.pdf). Acesso em: 7 abr. 2019.

SELIGMAN, F.; BASILE, J. STF: uma Corte que pauta e que é pautada pela imprensa. *In* MENDES, G. F.; GALVÃO, J. O. L.; MUDROVITSCH, R. B. **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155-170.

SHAKESPEARE, W. **Otelo**. [S. l.: s. n.], [20--]. E-book. Cena III, Ato II, p. 61. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/otelo.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

SHAPIRO, I. **The State of democracy theory**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

SILVA, J. A. da S. **O Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SOLOVE, D. J. **The future of reputation: gossip, rumors, and privacy on the internet**. New Haven: Yale University Press, 2007.

SOUZA JUNIOR, C. S.; REVERBEL, C. E. D. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STAMATO, B. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 90. (Col. Direito, Política e Democracia).

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, C. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SUNSTEIN, C.; HASTIE, R. **Wiser: getting beyond groupthink to make groups smarter**. Cambridge: Harvard business review press, 2015.

TERRA, F. M. Corte Constitucional da Itália. *In* BRANDÃO, R. (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 735-752.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. **Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

TILLY, C. **Democracia**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013.

TUSHNET, M. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UROFSKY, M. **Dissent and the Supreme Court: Its role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue**. New York: Pantheon Books, 2015.

UROFSKY, M. I. (ed.). **The supreme court justices: a biographical dictionary**. New York: Garland Publishing Inc., 1994.



VIANNA, T. L. **Transparência pública, opacidade privada:** o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 2006. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: [www.tuliovianna.org](http://www.tuliovianna.org). Acesso em: 9 abr. 2019.

VICTOR, S. A. F. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018. E-book kindle.

VIEIRA, O. V. Descriptive Overview of the Brazilian Constitution and Supreme Court. *In* VIEIRA, O. V.; BAXI, U.; VILJOEN, F. **Transformative Constitutionalism:** Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa. South Africa: Pretoria University Law Press, 2013. p. 75-104. Disponível em: <http://www.pulp.up.ac.za/component/edocman/transformational-constitutionalism-comparing-the-apex-courts-of-brazil-india-and-south-africa>. Acesso em: 30 jan. 2019.

VIEIRA, T. **O direito à privacidade na sociedade da informação.** 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

VOSWINKEL, S. Reputation: a Sociological view. *In* HELM, S.; LIEHR-GOBBERS, K.; STORCK, C. **Reputation Management.** Heidelberg: Springer, 2011. p. 32.

WHITFIELD, J. **O Poder da reputação.** Best Business: Rio de Janeiro, 2014.

WHITFIELD, J. The biology of reputation. *In* MASUM, H.; TOVEY, M. **The reputation society:** how online opinions are reshaping the offline world. Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2011. p. 51.

YOSHINO, K. **Mil vezes mais Justo:** o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a Justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ZAGREBELSY, G. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JR., H. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

## ARTIGOS

ACKERMAN, B. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, p. 771-797, 1997.

ADVANI, M. Strengthening Relationships through Reputational Capital. *Global Journal of Management and Business Studies*. Massachusetts, v. 3, n. 9, p. 985-990, 2013. Disponível em: <http://www.ripublication.com/gjmbst.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

AGRA, W. de M.; NETO, E. P. A. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 12, n. 2,

p. 694-723, 2017. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 6 fev. 2019.

ALMEIDA, A. M. R. de; EL-HANI, C. N. Um exame histórico-filosófico da biologia evolutiva do desenvolvimento. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 9-40, 2010.

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. Controle de constitucionalidade evolução brasileira determinada pela falta do Stare Decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002018000100013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013). Acesso em: 16 fev. 2019.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, 2015.

BARAK, A. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 116, p. 19-21, 2002.

BARAVALLE, L. As muitas faces do altruísmo: pressões seletivas e grupos humanos. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 97-120, 2014.

BARBOZA, E. M. de Q. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 56, p. 177-207, 2014.

BARROSO, L. R. Dez anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 1-25, 1998.

BATEUP, C. The Dialogic Promise: assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brook Law Review**, [S. l.], v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

BERNSTEIN, J. H. Transdisciplinarity: A Review of Its Origins, Development, and Current Issues. **Journal of Research Practice**, Canadá, v. 11, n. 1, p.1-20, 2015.

CALDEIRA, G. A. Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan. **The American Political Science Review**, v. 81, n. 4, p. 1139-1153, 1987.

CHOUDHRY, S. The *Lochner* Era and the comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 2, n. 1, p.1-55, 2004.

COPELAND, D. Do reputations matter? **Security Studies**, [S. l.], v. 7, n. 1, p.33-71, 1997.

CRESCENZI, M. Reputation and Interstate Conflict. **American Journal of Political Science**, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 382-396, 2007.

CUNHA JUNIOR, D. da. A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção no controle da inconstitucionalidade por omissão.

**JusBrasil**, [S. l.], 2015. Disponível em:

<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163082882/a-evolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-em-relacao-ao-mandado-de-injuncao-no-controle-da-inconstitucionalidade-por-omissao>. Acesso em: 3 jul. 2019.

CUSHMAN, B. Court-Packing and Compromise. **Constitutional Commentary**, [S. l.], v. 29, n. 1, p. 1-30, 2013. p. 9. Disponível em:

[https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/954](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/954). Acesso em 20 jul. 2018.

DAHL, R. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Emory Law Journal**, Atlanta, n. 50, p. 613-630, 2001.

DEEPHOUSE, D. L.; CARTERS. M. An examination of differences between organizational legitimacy and organizational reputation. **Journal of Management Studies**, v. 42, n. 2, p. 329-360, 2005.

DOTHAN, S. How international courts enhance their legitimacy. **Theoretical Inquiries in Law**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 455-478, 2013.

DOTTI, R. A. A execução provisória da pena de prisão: um deplorável erro do STF (I). **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, 2016. Disponível

em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/a-execucao-provisoria-da-pena-de-prisao-um-deploravel-erro-do-stf-i-88u7jh567ylr9k7riyneyuy07>. Acesso em: 10 fev. 2019.

EASTERBROOK, F. H. Two Agency-Cost Explanations of Dividends. **The American Economic Review**, Nashville, TN, v. 74, n. 4, p. 650-659, 1984.

ESPOSITO, G.; LANAU, S. POMPE, S. Judicial System Reform in Italy: a Key to Growth. **IMF Working Paper**, [S. l.], p. 2-18, 2014. Disponível em:

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp1432.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

FERREIRA, S. L; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

FISHER, L. Does the Supreme Court have the final word? **The Federal Lawyer**, Arlington, VA, p. 62-67, 2017.

FREITAS FILHO, R. Critical legal studies and coherence in the decision-making process: the Brazilian case. **Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 26, n. 1, p. 29-44, 2015.

FRIEDMAN, B. Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidade: una respuesta a Roberto Gargarella. **Revista Jurídica de la Universidade de Palermo**, Palermo, ano 6, n. 1, p. 169-173, 2005. Disponível em:

[https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1-October2005/061Juridica08.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica08.pdf). Acesso em: 27 nov. 2019.

FRIEDMAN, B. Mediated popular constitutionalism. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, MI, v. 101, p. 2595-2632, 2003.

FRIEDMAN, B. Taking Law Seriously. **Perspectives on Politics**, [S. l.] v. 4, p. 261-76, 2006.

GALLINA, P. M.; BASSOLI, M. K. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 2, p. 59-77, 2009.

GAROUPA, N.; GINSBURG, T. Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, [S. l.], v. 28, n.3, p. 539-568, 2011.

GARRET, G.; KELEMEN, R. D.; SCHULZ, H. The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. **International Organization**, Selangor, v. 52, n. 1, p. 149-176, 1998.

GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. Has legal realism daamaged the legitimacy of the U.S. Supreme Court? **Law and Society Review**, [S. l.], v. 45, n. 1, p. 195-219, 2011.

GINSBURG, T. Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking, 45, **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 45, n. 3, p. 631-673, 2005. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2436&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2436&context=journal_articles). Acesso em: 17 mar. 2019.

GREIF, A. Contract enforceability and economic institutions in early trade: the Maghribi traders' coalition. **American Economic Review**, Nashville, TN, v. 83, n. 3, p. 525-548, 1993.

GREIF, A. Reputation and coalitions in medieval trade: evidence on the Maghribi traders. **Journal of Economic History**, New York, NY, v. 49, n. 4, p. 857-82, 1989.

GREWAL, S. Tunisia needs a constitutional court. **Brookings**, Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/11/20/tunisia-needs-a-constitutional-court/>. Acesso em: 18 jan. 2019.

GREY, B. Promise, Purpose and Potential: Brown v. Board of Education. **Law Libraries Lights**, Washington, D.C., v. 48, n. 1, 2004-2005.

HARTMANN, I. A. M.; FERREIRA, L. da S. Ao Relator, Tudo: o impacto do aumento do poder do Ministro Relator no Supremo. **Revista de Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.268-283, 2015.

HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, [S. l.], v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

HOWARD, A. E. D. A Traveler from an Antique Land: the modern renaissance of comparative constitutionalism. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 50, n. 1, p. 3-42, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 5, n. 18, 1987.

JONES, R. E. Brown v. Board of Education: concluding Unfinished Business. **Washburn Law Journal**, [S. l.], v. 39, p. 184-195, 1999-2000.

KOVÁCS, K.; TÓTH, G. A. Hungary's Constitutional Transformation. **European Constitutional Law Review**, [S. l.], v. 7, p. 183-203, 2011.

LEAL, F.; HERDY, R.; NMASSADAS, J. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, 2018.

LEE, T. R. Stare Decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent. **North Carolina Law Review**, [S. l.], v. 78, n. 3, p. 643-706, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3856&context=nclr>. Acesso em: 8 jun. 2019.

LEUCHTENBURG, W. E. FDR's Court-Packing Plan: a Second Life, a Second Death. **Duke Law Journal**, [S. l.], p. 673-68, 1985. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol34/iss3/4>. Acesso em 20 jul. 2018.

MACCHIA, L.; PLAGNOL, A. C. Life Satisfaction and Confidence in National Institutions: Evidence from South America. **Applied Research in Quality of Life**, Gilbert, p. 1-16, 2018 Disponível em: <https://link.springer.com/journal/11482>. Acesso em: 13 jan. 2019.

MARTINS, L. Questões constitucionais na ordem processual: entre a repercussão geral e a tutela de direitos fundamentais individuais. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 20, n. 1, p. 21-72, 2019.

MELLO, P. P. C. 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**, Brasília, DF, v. 14, n. 1, p. 403-423, 2017.

MENDES, G. F. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 162, p. 149-168, 2004.

MICELI, T. J.; COŞGEL, M. M. Reputation and judicial decision-making. **Journal of Economic Behavior and Organization**, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 31-51, 1994.

NELSON, C. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 1, p.1-84, 2001.

NICHOL JR., G. R. Ripeness and the Constitution. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 54, n. 1, p. 153-183, 1987. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4503&context=uclrev>. Acesso em: 27 jun. 2019. p. 176.

NUCCI, G. de S. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia->. Acesso em: 10 fev. 2019.

OLSZEWSKI, J. H. W. How Robust is the Folk Theorem? **The Quarterly Journal of Economics**, [S. l.], v. 124, n. 4, p. 1773–1814, 2009.

ORTIZ, L. C. V.; LIRA, C. R. S.; MACHADO, F. M. Os institutos jurídicos e os custos de transação - uma abordagem da análise econômica do Direito. **Direito em Debate**, ano XXII, n. 40, p. 27-45, 2013.

PANUTTO, P. R. Plena deliberação interna do supremo tribunal federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes esta belecidos pelo novo código de processo civil. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017.

PFEFFER, L. The New York Regents' Prayer Case (*Engel V. Vitale*). **Journal of Church and State**, v. 4, n. 2, p. 150-158, 1962. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jcs/4.2.150>. Acesso em: 3 mar. 2019.

PIMENTEL, M. B. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 54, n. 214, p. 189-202, 2017.

PUNDER, H. More Government with the People: the crisis of representative democracy and options for reform in Germany. **German Law Journal**, Heidelberg, v. 16, n. 4, p. 713-739, 2015.

RAKATE, P. K. A Note on the Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 by the Constitutional Court. **African Journal of International and Comparative Law**, London, v. 9, t. 9, p. 934-942, 1997.

RESNICK, P.; ZECKHAUSER, R.; SWANSON, J. The Value of Reputation on eBay: a controlled experiment. **Experimental Economics**, [S. L.] v. 9, n. 2, p. 79–101, 2006.

ROMA, M. C. The End of the Democracy: The West Facing the Crisis of the Representative System. **Revista Internacional Pensamiento Político**, Sevilla, v. 7, p. 437-455, 2012.

ROSE-ACKERMAN, S. Judicial Independence and corruption. In TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Report, 2007: corruption in judicial systems**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

- SAITO, R.; SILVEIRA, A. D. M. da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. **Revista de Administração de Empresa**, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 79-86, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- SANTOS, H. M. P. dos et al. Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo dos casos colombiano e brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, n. esp., p. 2596-2612, 2015.
- SCHOR, M. An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Columbia. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 1, p. 173-194, 2009.
- SERGEANT, R. S. Building reputational capital: the right of attribution under section 43 of the Lanham Act. **Columbia-VLA Journal of Law & the Arts**, [S. l.], v. 19, n. 1/2, p. 45-84, 1994-1995.
- SHAPIRO, M. Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis. **Law in Transition Quarterly**, [S. l.], v. 2, n. 134, p. 134-157, 1965. p. 156.
- SILVA, A. C.; SANTOS, P. P., O princípio da fidelidade partidária e a possibilidade de perda de mandato por sua violação: ma análise segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico**, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 13-34, 2013.
- SILVA, R. P. da S. Financiamento de campanhas eleitorais e a recente proibição de doações de pessoas jurídicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 970, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.970.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.970.04.PDF). Acesso em: 7 fev. 2019.
- SILVA, V. A. da S. Deciding without deliberating. **Internactional Journal Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.
- STRECK, L. L. Aplicar "a letra da Lei" é uma atitude positivista? **Revista Novos Jurídicos**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.
- STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 194, p. 7-21, 2012.
- TAVARES, A. R. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 171, p. 19-47, 2006.
- THAYER, J. B. Thwart the will. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 7, n. 3, p. 129-156, 5, 1893.
- TRIVERS, R. The evolution of reciprocal altruism. **The Quaterly Review of Biology**, [S. l.], v. 46, n. 1, p. 35-37, 1971.

VIEIRA, O. V. Senhor de seus juízos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2016. Não paginado. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2016/06/1780605-senhor-de-seus-juizos.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2018.

VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.

WHEELER, B. K. First Member of the Senate to Back the President in '32—. **Chicago Forum**, [S. l.], 1937. Disponível em: <http://academic.brooklyn.cuny.edu/history/johnson/wheeler.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

### DEMAIS OBRAS

ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing Control Without Docket Control: how individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *In* STANFORD INTERNATIONAL JUNIOR FACULTY FORUM, 2014, Stanford. **Paper...** Stanford, CA: Stanford Law School, 2014. p. 10-11.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J.; SHVETSOVA, O. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *In* ANNUAL MEETING OF THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, Washington, D.C., 2000. **Paper...** Washington, D.C.: APSA, 2000. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.2000APSA.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

FREIRE, A. R. Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of a Balancing “Method” by Brazilian Supreme Court in Judicial Review. *In* WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAWWORKSHOP 15: The Balancing and Proportionality in the Constitutional Review, 7., Athens, Greece, 2007. **Anais...** Athens, Greece: IACL, 2007.

SALDANHA, L. T.; WEIMER, S. F. M. O protagonismo judiciário e o afastamento de Eduardo Cunha de suas funções parlamentares pelo STF. *In* ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., Montevideu – Uruguai, 2016. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/hs2y306m/xWos8pK18YjN75Df.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019.

SIMÕES, P. H. de C. O Teorema de Equilíbrio de Nash. *In* SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 15., Rio de Janeiro, 2007. **Resumos...** Rio de Janeiro: PUC-RJ - Departamento de Matemática, 2007. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2007/relatorios/mat/mat\\_pedro\\_henrique\\_castro\\_simoes.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2007/relatorios/mat/mat_pedro_henrique_castro_simoes.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019.