

# Justiça@

Revista Eletrônica  
da Seção Judiciária  
do Distrito Federal

Nº 19 • Ano III • Agosto/2011



## Desembargadora federal Neuza Alves analisa os desafios atuais da Justiça Federal

### NOTÍCIAS

I Semana da Conciliação do DF, em 2011, atinge mais de 80% de acordos



### TEMAS JURÍDICOS

- Luiz Guilherme Marinoni
- Luís Roberto Barroso
- Marcio Luiz Coelho de Freitas

### Veja também:

- Justiça determina que a Câmara dos Deputados cumpra o teto constitucional
- Fabricantes de genéricos e similares devem respeitar a proteção paternária das descobertas
- Dívida do Grupo OK é convertida em renda da União

EXPEDIENTE



*Justiça@*

Revista Eletrônica  
da Seção Judiciária  
do Distrito Federal

2

**CONSELHO EDITORIAL:**

Juíza Federal Daniele Maranhão Costa – 5ª Vara  
Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa – 2ª Vara  
Juiz Federal Marcus Vinicius Reis Bastos – 12ª Vara  
Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira – 10ª Vara  
Juíza Federal Substituta Candice Lavocat Galvão Jobim – 2ª Vara

---

**ASSESSORAMENTO TÉCNICO:**

Assessor Técnico: Antônio Carlos Guimarães Júnior – 2ª Vara  
Jornalista Responsável: Gilbson Alencar [DF 3658/JP – FENAJ]  
Redatores: Flávia Maurício, Gilbson Alencar e Janídia Augusto Dias  
Formatação e Montagem: Andréa Alves Andalécio (versão HTML) e Barbara Siqueira (versão PDF)  
Revisão: Aparecido Moura de Moraes  
Fotos: Misael Leal  
Imagens: Web  
Projeto Visual e Desenvolvimento Técnico: Lavínia Design

---

**DIREÇÃO DO FORO:**

Juíza Federal Daniele Maranhão Costa  
Diretora do Foro

Juiz Federal Ricardo Gonçalves da Rocha Castro  
Vice-Diretor do Foro

Loíla Barbosa Aguiar de Almeida  
Diretora da Secretaria Administrativa

Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal. - ano 3, n. 19 (Agosto - 2011). - Brasília: SJDF, 2011.

Periodicidade bimestral.

ISSN 1984-6878

Disponível em:

<http://www.jfdf.jus.br>

1. Direito - periódico. I. Brasil. Seção Judiciária do Distrito Federal.

CDD 340.05

CDU 34(05)

## Sumário

4

<b>EDITORIAL</b> .....	6
<b>ENTREVISTA</b> .....	8
<b>ARTIGOS</b> .....	15
O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais.....	15
Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo .....	48
A prova ilícita por derivação e suas exceções .....	86
<b>ATOS JURISDICIONAIS</b> .....	98
Justiça determina que a Câmara dos Deputados cumpra o teto constitucional .....	98
Fisioterapeutas podem emitir atestados.....	100
Fabricantes de genéricos e similares devem respeitar a proteção paternária das descobertas .....	101
Dívida do Grupo OK é convertida em renda da União.....	103
<b>VITRINE HISTÓRICA</b> .....	105
<b>CULTURA</b> .....	107
O herói.....	107
Barco .....	108
A quem tiver carro .....	109
O caminho da humanização .....	111
<b>AGENDA</b> .....	113
<b>NOTÍCIAS</b> .....	115
SJDF recebe posse definitiva de prédios.....	115
I Semana da Conciliação do DF, em 2011, atinge mais de 80% de acordos .....	116

Direito e Saúde Pública são debatidos em encontro promovido pela SJDF, Ajufer e UniCeub ..... 121

Conbrascom discute os direitos fundamentais da comunicação ..... 123

## Editorial

### Conciliar é legal?

6



Sempre que temos um novo movimento de conciliação, vemos um segmento envolver-se ativamente nesse processo e outro que o repugna com todas as forças.

Conciliar é legal, não restam dúvidas. Lides são solucionadas, processos arquivados, as partes saem felizes. Enfim, de onde vem todo esse incômodo?

A insegurança certamente é um dos mais fortes elementos que afasta as partes da conciliação. Afinal, quando se tem um conflito, as partes ou se agridem ou se afastam diante da ameaça.

Com a proximidade do Poder Judiciário à sociedade, o número de demandas aumentou vertiginosamente. Conseqüentemente o Judiciário brasileiro viu-se abarrotado de lides e nem de longe teve os seus quadros de magistrados aumentados para fazer face a esse acréscimo.

Assim partes afastadas pela lide buscam seu direito na Justiça, e, em muitos dos casos, passam longos anos sem obter a paz desejada.

Por outro lado, magistrados preparados para o julgamento tradicional sentem dificuldades no papel de conciliador.

Conciliar é simples, é humano, é legal

O movimento "Conciliar é Legal", criado em agosto de 2006, vem buscando alterar a cultura do litígio e permitir o alcance da solução dos conflitos pela via do acordo.

Isso já está acontecendo de forma gradativa. A I Semana da Conciliação de 2011 da Seção Judiciária do DF, realizada no período de 27 de junho a 1º de julho, conseguiu um resultado surpreendente: atingiu mais de 80% de acordos em processos relacionados ao Sistema Financeiro da Habitação.

A mudança de paradigmas é a única forma de se dar o reconhecimento da comunidade jurídica e das partes a essa forma de fazer justiça.

Ao viabilizar a conversa, o acordo pode vir a se concretizar, afinal, conciliar é fazer com que as partes cheguem a um acordo que satisfaça ambas as partes, e que o conflito se finalize.

Juíza Federal Daniele Maranhão Costa  
Diretora da Revista Justiç@  
Diretora do Foro da SJDF

[Voltar ao Sumário](#)

## Entrevista

8

### Desembargadora federal Neuza Alves analisa os desafios atuais da Justiça Federal



Natural de Salvador (BA), a desembargadora federal Neuza Maria Alves da Silva chegou ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 2004, promovida pelo critério de merecimento. Magistrada de carreira, sua trajetória no mundo jurídico teve início há quase 40 anos. Entre suas diversas atividades, ela atuou na Consultoria Jurídica da Organização LJP - Publicações Ltda., foi assessora jurídica da Concic Portuária, advogada da Rede Ferroviária Federal S/A, juíza do Trabalho (TRT/5ª Região), juíza federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia e da 8ª Vara e da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Na seccional baiana exerceu a Direção do Foro e foi corregedora dos Serviços Auxiliares da Justiça. Também compôs o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Com toda sua experiência e sua dedicação ao Direito e à causa pública, a desembargadora Neuza expressa, nessa entrevista à Revista *Justiç@*, suas opiniões e análises sobre os desafios atuais da Justiça Federal, a criação de tribunais federais, a ampliação de cargos de desembargadores dos TRFs, a criação de varas federais no interior do país, a Lei Maria da Penha e as políticas afirmativas brasileiras, como as cotas raciais. Além disso, a magistrada fala sobre a cogitação de seu nome para compor o Supremo Tribunal Federal (STF) – algo que a imprensa vem divulgando com frequência. Para ela, “ser ministro do STF é uma honra e uma glória, é uma indicação que não se rejeita, também não se corre atrás dela; não pode ser objeto de pleito de ninguém”, mas, se isso acontecer, a desembargadora diz que aceitará o convite como a continuação de “uma missão”.

**Após sete anos atuando no TRF da Primeira Região, quais são, na sua visão, os principais desafios da Justiça Federal na atualidade?**



**Desembargadora Neuza Maria Alves:** Eu diria, em primeiro lugar, que a Justiça Federal enfrenta, diariamente, inúmeros desafios. Não consigo estabelecer uma diferença entre os desafios da atualidade e os desafios de um passado recente. Talvez haja muita diferença em relação a um passado remoto. Acredito que um desses desafios é melhorar a prestação de serviços, tendo em vista que o seu quadro de pessoal administrativo não cresceu na mesma proporção que o seu quadro de magistrados e não acompanhou a demanda que se dirigiu para o interior do país. As técnicas de gestão administrativa mais avançadas ainda não chegaram à Justiça Federal, como um todo; não estou pontuando esta ou aquela seção ou subseção judiciária ou este ou aquele tribunal.

“ A criação de tribunais não é despesa, é investimento. E precisa ser vista como tal. Para o bem do país ”

Considero que a figura do gestor público de qualidade, com visão administrativa e espaço para inovar, positivamente, ainda não chegou à Justiça Federal. É muito difícil? É, pois tem que ser uma pessoa que, além de dominar as ferramentas da administração criteriosa, conheça as vicissitudes e as dificuldades específicas da Justiça Federal. É preciso que se faça um trabalho de gerenciamento, em um nível técnico de alta qualidade, para não permitir a queda do prestígio que a Justiça Federal sempre teve. Outro desafio é que a Justiça Federal se autoproteja com relação às interferências políticas, sabendo, de antemão, que é uma necessidade premente se aproximar dos bons políticos, para saber falar a linguagem deles; com isso poderemos apresentar as reivindicações com maior objetividade e percuciência. Não há motivo para medos; a distância do segmento político não ajuda a Justiça Federal. Esse afastamento é necessário, sim, na atividade jurisdicional, mas no exercício da função administrativa, institucionalmente, é preciso que haja essa aproximação.

**A senhora é a favor da ampliação do número de desembargadores dos TRFs ou acredita que só com a criação de tribunais será solucionado o antigo problema do excesso de demandas na segunda instância?**

**Desembargadora Neuza Maria Alves:** Uma coisa não exclui a outra. O nosso TRF da 1ª Região já passou da hora de ser ampliado. Digo isso com a mesma convicção de quem diz que o Brasil já passou da hora de ampliar o número de tribunais regionais federais. Podem surgir oportunidades para quem já está no nosso tribunal querer ir para outra Corte, isso não é proibido, pode-se redistribuir cargos. Se vingar a proposta da PEC 544, de criação de TRFs, e caso sejam criados mais 20 ou 30 cargos de desembargador os empossados podem querer ser remanejados para a origem. Considero falacioso o argumento de quem diz que não apóia a criação de tribunais porque isso vai deixar a Justiça Federal ordinária. Esse discurso revela uma atitude de quem comete crime de lesa-majestade, porque na proporção que você imagina que há justiças menores, por conta da sua vastidão, você entrega de bandeja o argumento de que não é possível crescer! Que para ser “bom” tem que ser cinco somente, ou seis... Ora, se os cinco regionais de hoje não estão, efetivamente, dando conta do recado, não estão se desincumbindo a contento de suas tarefas mais

pungentes, então eu pergunto: no caso específico da Primeira Região como é que se pretende manter essa vastidão, compreendida em 14 unidades da Federação? Se está difícil administrar as grandes distâncias, as dificuldades de locomoção e de comunicação nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, uma área que corresponde a dois terços do território nacional, por que não dividir? Ninguém vai perder parcela de poder! A criação de tribunais não é despesa, é investimento. E precisa ser vista como tal. Para o bem do país.

10

## Nesse contexto, a Primeira Região tem alguma particularidade que a destaca das demais regiões da Justiça Federal?

**Desembargadora Neuza Maria Alves:** Tem inúmeras particularidades. Além da vastidão do território e da dificuldade de locomoção para, por exemplo, os ribeirinhos do Norte e do Pantanal, eu cito a questão indígena – a propriedade da terra indígena questionada diuturnamente –, e a agressão ao meio ambiente. Não faltam motivos para afirmar que a Primeira Região se destaca e se distancia de todas as outras, mas é insofismável que a sua realidade geográfica é única. Havendo um tribunal do Norte do país o povo daquela região vai agradecer, trata-se de mais uma oportunidade na direção de dotar o Norte de melhores condições, pois não é apenas o Judiciário que vai para lá para fazer justiça; o Judiciário se torna um polo distribuidor de cultura, de esperança, de cidadania, de educação e de tantas outras coisas boas. A qualidade de vida da população muda, o governo federal vai cada vez mais se fazer presente com investimentos, as reivindicações dos políticos da região vão fazer um eco maior, consolidar-se-á a presença de órgãos como o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública da União, as polícias Federal e Rodoviária Federal, as agências e representações do INSS e da Caixa Econômica Federal, entre tantos outros. Esse é o caminho. Disso não tenho dúvidas.



Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa, Desembargadora Federal Neuza Alves e Juiz Federal Vallisney Souza Oliveira, após a entrevista

## Além dessas providências, a senhora aponta alguma outra medida que ajudaria a enfrentar a morosidade processual?

**Desembargadora Neuza Maria Alves:** De dentro do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, posso dizer, de cátedra, trabalhando todos esses sete

anos na 1ª Seção, que enfrenta as questões previdenciárias e as de Direito Administrativo – envolvendo funcionários públicos civis e militares – o que tem de acontecer não está na dependência direta da administração do tribunal. Ela pode contribuir com cinquenta por cento da responsabilidade, mas a outra metade das providências está na mudança de postura, está diretamente ligada à Administração Pública, não só no que se refere aos benefícios previdenciários, mas na abertura de diálogo, de canais de comunicação entre o servidor público e sua representação e os gestores públicos, ou seja, uma postura mais voltada para soluções consensuais.

“ Quando a Justiça Federal chega ao interior, ela se abre ao cumprimento de grande parte de sua função ”

É preciso uma mudança de visão, isso significa que hoje, o que a gente nota é o estímulo à beligerância. Nada se faz na direção de tentar a conciliação antes de entrar na Justiça. Por que isso? A Justiça deve ser acionada quando forem esgotadas as possibilidades de resolução consensual e não como primeira medida. Eu penso que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), um órgão tão importante para a administração da Justiça, um órgão essencial – dito pela própria Constituição – tem que olhar para dentro de si mesma e começar a corrigir os equívocos, não apenas dificultando o exame de ordem, não apenas abrindo uma série de processos disciplinares contra este ou aquele advogado; que ela se volte para o advogado orientando-o, ministrando cursos, estimulando que ele tenha uma postura responsável, exigindo também tratamento condigno. A OAB pode e deve colaborar para melhorar essa questão da beligerância, da fabricação de matérias, de assuntos. O advogado tem que ter inventiva e não invencionice.

**A sociedade tem reclamado uma maior aproximação com a Justiça Federal. A criação de novas varas no interior dos estados da Primeira Região, algo que já é uma realidade, atende a essa demanda dos jurisdicionados?**

Quando a Justiça Federal chega ao interior, ela se abre ao cumprimento de grande parte de sua função. Ela não é só a Justiça da capital é, sim, a Justiça de todos os brasileiros. E se os brasileiros do interior e dos lugares mais longínquos têm dificuldade para pleitear perante a Justiça Federal as suas pretensões, fazer valer os seus direitos, nada mais justo do que trazer a Justiça Federal para perto dos seus jurisdicionados. Sou a favor dessa interiorização. Tenho testemunhado a prestação de excelentes serviços no interior dos estados. É fácil constatar a melhoria de qualidade de vida nesses municípios, a partir de uma melhor redistribuição de renda proporcionada, por exemplo, pela concessão de benefícios previdenciários a quem a eles tem direito.

**Saindo um pouco das questões ligadas à administração da Justiça e falando de um tema defendido pela senhora: a Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. Passados cinco anos de sua edição, qual é a sua análise desse diploma legal?**

**Desembargadora Neuza Maria Alves:** A Lei Maria da Penha cumpriu a sua finalidade, apesar de ainda estar precisando ser mais bem entendida pelos aplicadores do Direito e pela população em geral. Já tive a oportunidade de conversar com delegadas da Polícia Civil de Brasília, da Bahia, do Maranhão e do Piauí e fiquei encantada com o trabalho que elas têm feito na área de divulgação da Lei. O primeiro aspecto, e talvez o mais importante, é trazer relevo para essa discussão. Antes da Lei Maria da Penha, o que acontecia era aquele velho ditado: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”; mas briga de marido e mulher é briga que ofende a família, que destrói adolescentes, que pode trazer a morte. Quando esse tipo de violência estava submetida ao Direito Penal comum, era tratada como uma questão sem relevo, era minimizada não só pela população, mas, também, pela polícia, pela própria vítima que, com medo da força física do marido ou do companheiro, aceitava permanecer em silêncio. As mulheres não tinham apoio. Tenho conhecimento de que quando as vítimas chegavam a algumas delegacias os agentes e até delegados perguntavam, com deboche, quando seria a próxima reconciliação. Precisou a luta gloriosa de Maria da Penha para que os organismos internacionais interferissem nesse assunto, levando os parlamentares brasileiros a votarem a lei que defende as mulheres da violência doméstica. Foi acrescentada nessa lei algo essencial, que ninguém tinha coragem de dizer, trata-se da violência patrimonial, ou seja, a exploração da força de trabalho da mulher pelo marido, que muitas vezes se apropriava do dinheiro que ela era capaz de conseguir com o seu labor, para, por exemplo, gastar com jogo e com bebida, deixando a casa sem a satisfação das necessidades básicas. Mesmo estando ainda a depender de progressos e de correções de rumos para ver em que pontos existem equívocos, a Lei Maria de Penha veio em bom tempo e tem cumprido o seu papel.

**Sendo a primeira mulher negra a fazer parte de uma Corte Federal brasileira, como a senhora analisa as políticas afirmativas em nosso país, como as cotas raciais para acesso às universidades? Em entrevista publicada na edição 2207, de 9 de março de 2011, da revista *Veja*, o economista americano, negro, Walter Williams considerou um despropósito a adoção das cotas raciais no Brasil, por se tratar de um país mais miscigenado que os Estados Unidos. A senhora concorda com esse ponto de vista?**

**Desembargadora Neuza Maria Alves:** As políticas afirmativas são necessárias na medida em que a população as reivindica. Isso é que dá legitimidade para a adoção desse tipo de política! Não é nada que veio de graça, não é nenhuma dádiva que veio da cabeça privilegiada de um dirigente, de um executivo, de um parlamentar ou de um jurista. Foram as categorias populares que, reunidas em torno do que sentiam como decorrência de sua própria condição, levaram adiante as suas reivindicações e, após inúmeros debates, obtiveram esses ganhos. Com relação

especificamente às cotas raciais, eu já tive a oportunidade de falar para outros veículos de comunicação sobre a minha experiência pessoal com o problema da falta de estímulos por conta de ser mulher e de ser negra. Eu tive de superar tudo isso com muita angústia, muito sofrimento, sentimentos palpáveis, visíveis. Posso dizer que consegui sublimar todas as provocações e as tentativas de destruição da minha autoestima, transformei tudo isso em motivação e fui em frente. Mas se essa conduta discriminatória é errada, e todos sabem que é, então por que não vamos fazer nada para modificar esse estado de coisas? Há quem diga que essa mudança tem que vir pela educação de qualidade, mas os estudos mostram que se ficarmos esperando para colher os frutos da replantagem de uma educação de qualidade no país vamos aguardar 200 anos. É a velha questão: se você está com fome, você não tem tempo de plantar o feijão, esperar que ele cresça para ser colhido e depois cozinhá-lo. A fome exige que você tenha um prato de comida agora, hoje, imediatamente. Agora, isso afasta a necessidade de plantar o feijão? Não. Não são antagônicas essas posições, de jeito nenhum. Elas se complementam, se integram.

“ A respeito da análise do economista americano Walter Williams sobre as cotas raciais no Brasil, acredito que a conclusão não considerou com acuidade o que acontece em nosso país ”

Quem quer um Brasil unido, sem preconceitos, tem que investir, já, tanto na educação de qualidade, quanto na minoração dos efeitos deletérios de uma segregação racial que sempre houve no país por conta das condições históricas. Os negros, quando a dita abolição veio, foram largados à própria sorte, sem instrução, sem terra, sem sementes, sem emprego, sem nada. Muitos preferiram continuar escravos porque tinham pelo menos a casa para dormir e a comida para comer. Agora, veja o que aconteceu com os imigrantes: eles vieram para o Brasil atraídos pela concessão de terras e pelo financiamento e distribuição de sementes! Deram

a sua enorme contribuição para o crescimento do nosso país, com sangue, suor e anos de vida, mas eles tiveram apoio. A abolição da escravatura foi conseguida com muita luta, com emboscadas e com mortes. A respeito da análise do economista americano Walter Williams sobre as cotas raciais no Brasil, acredito que a conclusão não considerou, com acuidade, o que aconteceu e acontece em nosso país. Diferentemente, nos Estados Unidos há, sim, segundo eu tenho acompanhado, a igualdade de oportunidades. Não podemos dizer que os negros americanos não têm acesso à educação de qualidade, como acontece no Brasil. Depois de 1970, investiu-se no sucateamento da educação pública brasileira. No passado, a educação pública era quem dava a todos a oportunidade de fazer despertar talentos. A realidade dos Estados Unidos sempre foi diferente da realidade brasileira. Acredito que o senhor Walter Williams disse o que disse (*que a adoção de cotas raciais no Brasil é um despropósito*) porque ele não viveu em nosso país para saber que ser negro significava, até pouco tempo atrás, ser pobre. Antes, alguns até diziam que os negros que obtinham sucesso eram “negros de alma branca”... Isso está gravado em meu imaginário, um pensamento que eu sempre rejeitei, mas era resultado de uma realidade preconceituosa. Não é o fato de querer que os negros sejam heróis. Não desejo a ninguém que para chegar a ser desembargador federal, juiz ou para passar em

qualquer outro cargo público tenha de passar pelo que eu passei: dormir quatro ou cinco horas por noite, acordar cedo para preparar os filhos para a escola, sair para trabalhar às oito horas da manhã e não poder voltar ao meio-dia, emendar a tarefa pelos turnos da tarde e da noite e chegar cansada para ajudar os filhos com os deveres escolares, ajudar na administração da casa, entre diversas outras coisas e ainda achar tempo para estudar.

14

## O seu nome tem sido cogitado na mídia para uma possível indicação ao Supremo Tribunal Federal. Como a senhora avalia essa possibilidade?

**Desembergadora Neuza Maria Alves:** Repetindo o que pessoas lúcidas têm dito ao longo da história, ser ministro do Supremo Tribunal Federal é uma honra e uma glória, é uma indicação que não se rejeita, também não se corre atrás dela; não pode ser objeto de pleito de ninguém. Se vier a acontecer a indicação do meu nome, em qualquer que seja a circunstância, para assumir esse encargo, posso dizer com tranquilidade: vou aceitar como uma missão, como a continuação de uma missão a qual me foi entregue. Não sei dizer direito se fui eu quem escolheu a Justiça ou se foi a Justiça que me escolheu. Existe um adágio popular que eu considero de uma sabedoria imorredoura, que diz assim: Deus não escolhe os capacitados, Ele capacita os escolhidos. Então, se eu vier a ser escolhida nada terei a temer, até porque a essa altura da minha vida não tenho nenhuma necessidade de provar mais nada para ninguém. Posso dizer, sem mau orgulho, que cumpri todas as minhas tarefas me entregando por inteira à causa pública. Formei-me em 1974 e de lá para cá eu vivo pelo Direito, do Direito e para o Direito. Sendo assim, se essa oportunidade vier a acontecer de uma juíza de carreira, mulher e negra integrar o STF, e se eu for a escolhida, vou me empenhar em fazer o melhor que eu puder todo dia, toda hora, todo o momento. Vou agradecer muito a Deus pela oportunidade de continuar mostrando de onde eu vim, sem nunca esquecer minhas raízes, tudo o que eu vivi, as experiências que acumulei nos meus 60 anos de vida, quase 40 anos dedicados ao Direito e à causa pública.

Gilbson Alencar [edição, Copy-desk e degravação]

[Voltar ao Sumário](#)

## Artigos

### O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais



Luiz Guilherme Marinoni \*

15

**Sumário:** 1. Estado de Direito e segurança jurídica; 2. Previsibilidade; 3. Estabilidade; 4. Duplo grau e respeito aos precedentes na dimensão da segurança jurídica; 5. Tutela da segurança jurídica e da confiança; 6. A coisa julgada e o precedente vinculante diante da tutela da segurança jurídica e da confiança; 7. Precedente e coisa julgada *erga omnes*; 8. Os efeitos prospectivos (*prospective overruling*) das decisões revogadoras de precedentes nos Estados Unidos; 9. Os efeitos prospectivos das decisões que revogam precedentes no Brasil; 10. A impossibilidade de a decisão de inconstitucionalidade atingir a coisa julgada à luz do significado da decisão jurisdicional no Estado Constitucional

#### 1. Estado de Direito e segurança jurídica

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.

Embora as Constituições e Cartas de direitos humanos fundamentais – como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica – não aludem a um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é dela indissociável. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Assim, a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental<sup>(1)</sup>. A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no *caput* do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do artigo 5º.

O Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem.

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.

16

Não obstante, para que a ideia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações<sup>(2)</sup>. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados<sup>(3)</sup>.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso.

## 2. Previsibilidade

Para que haja previsibilidade, igualmente são necessárias algumas condições. Se é certo que não há como prever uma consequência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que estas dependem, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-las. Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta a circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de



permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis(4).

Tais elementos, ainda que não precisem ser necessariamente admitidos como requisitos para a previsibilidade, têm importância para permitir uma discussão válida e criativa acerca do tema na dimensão dos precedentes.

O conhecimento das normas guarda relação com a Codificação ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se de que na tradição do *civil law*, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz(5).

Sabe-se, contudo, não só que a Codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador –, como, também, que a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada.

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança(6). Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica dessa tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.

Perceba-se que, quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado. Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato. Não é por outra razão que Massimo Corsale concluiu que, para que se possa realizar a certeza da ação através do direito, o que conta, em última análise, não é tanto a

formula escrita no código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico(7). Da mesma forma, porque a inteligência de uma norma pode ser controvertida, é claro que a norma em abstrato não é suficiente para que o cidadão possa prever o comportamento dos terceiros que com ele podem se deparar.

Curioso é que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica. Isso se dá não apenas em razão da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das regras legais, mas substancialmente porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito.

18

Contudo, se o conhecimento das regras legais pode não ser pressuposto para a previsibilidade, o mesmo não se pode dizer em relação à univocidade de interpretação das normas. Exatamente porque as normas podem ser diferentemente analisadas, a interpretação, ao tender a um único significado, aproxima-se do ideal de previsibilidade. Isso não quer dizer que a eliminação da dúvida interpretativa é factível, mas sim que se pode e deve minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica.

E é justamente aí que entra em jogo o terceiro dos elementos apontado no início deste tópico como imprescindível à previsibilidade. Trata-se da efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade. Massimo Corsale afirma que um ordenamento jurídico absolutamente destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobrevir enquanto tal(8). Ou seja, um ordenamento inidôneo a viabilizar a previsibilidade não pode ser qualificado de jurídico. Dessa forma, a ideia de “certeza do direito” visivelmente representa um componente indispensável da essência do próprio direito(9).

O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Nesse sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais. Deixando-se de lado a questão relacionada ao Supremo, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas

decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual<sup>(10)</sup>. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes do primeiro grau de jurisdição e dos tribunais estaduais e regionais federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico. Como é óbvio, também porque a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, tais decisões não podem ser ignoradas, admitindo-se a sua fácil e constante alteração no âmbito da Corte e permitindo-se que os juízes do primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou sequer considerá-las.

Já o sistema de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possui plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando grande preocupação com a segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível<sup>(11)</sup>. Constitui lugar-comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. O *stare decisis* é visto como instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica. Lembre-se de que Hale disse que o *stare decisis* tinha como objetivo satisfazer a exigência de certeza formal. Mais do que isso, o célebre artigo de Goodhart, de 1934, apresentou a ideia de que a certeza jurídica seria a mais importante causa para a instituição do *stare decisis* ou para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes<sup>(12)</sup>.

Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas que essa previsibilidade garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania.

E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de *common law* e não ao de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common Law*, seja no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança.

É nessa dimensão, aliás, que se pode falar em “ética do legalismo”, nos termos de MacCormick<sup>(13)</sup>. A previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver, e, portanto, estar em um Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade do significado do Direito<sup>(14)</sup>.

### 3. Estabilidade

A segurança jurídica pode ser vista em outra perspectiva, ou seja, em uma dimensão objetiva. É preciso que a ordem jurídica, e assim a lei e as

decisões judiciais, tenham estabilidade. A ordem jurídica deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor como ordem jurídica dotada de eficácia, e potencialidade de se impor aos cidadãos.

Mas o que importa, no presente contexto, é demonstrar que a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às decisões judiciais, isto é, aos precedentes<sup>(15)</sup>.

20

Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.

O ponto tem relevância insuspeita. Não apenas o juiz e o órgão judicial devem respeito ao que já fizeram, ou seja, às decisões que tomaram, mas também às decisões dos tribunais que lhes são superiores, claramente quando estes decidem conferindo interpretação a uma lei ou atribuindo qualificação jurídica a determinada situação. Trata-se de algo que além de advir da mera visualização da tarefa atribuída aos tribunais superiores, decorre da percepção da lógica do sistema de distribuição de justiça e da coerência que se impõe ao discurso do Poder Judiciário.

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.

#### **4. Duplo grau e respeito aos precedentes na dimensão da segurança jurídica**

Ainda que a ideia de submeter o juiz à letra da lei tenha constituído mero sonho da Revolução Francesa, não há dúvida que, em tese, a segurança jurídica seria proporcionada por um sistema judicial em que o magistrado apenas aplicasse a letra da lei. Caso fosse admitida, como hipótese, a impossibilidade de o juiz decidir fora dos traços da norma geral, a previsibilidade seria inevitável. Isso significa que é correto pensar que a ideia de submissão do juiz ao legislador colaborou para a formação de um sistema despreocupado com o respeito aos precedentes.

Porém, considerando-se essa situação, torna-se curiosa a ênfase que o *civil law* deu ao duplo grau de jurisdição. Ora, se o juiz apenas pode

declarar as palavras da lei, não há razão para se ter dois juízos repetitivos sobre o mérito. Contudo, como os tribunais superiores nunca foram ignorados no *civil law*, a origem do duplo grau deve ser buscada em outro lugar.

Lembre-se de que a Corte de Cassação francesa, instituída em 1790, teve o intento de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões destoantes da lei<sup>(16)</sup>. Antes da Cassação, os revolucionários tentaram impedir o Judiciário de interpretar a lei instalando um órgão legislativo ao qual os juízes deveriam recorrer em caso de falta de clareza ou de dúvida acerca do direito criado pelo Legislativo. Afirmou-se que, na excepcionalidade de conflito entre normas, obscuridade ou falta de lei, o juiz deveria obrigatoriamente apresentar a questão ao legislativo para a realização da “interpretação autorizada”<sup>(17)</sup>.

De modo que a Cassação foi instituída como válvula de escape contra a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo, ou, o que parece ser mais razoável, em virtude da tomada de consciência da inviabilidade, até mesmo prática e concreta, de obrigar os juízes a exporem todas as suas dúvidas ao legislador<sup>(18)</sup>.

Ademais, embora chamada de corte, a Cassação, num primeiro momento, não integrou o Poder Judiciário. A natureza não jurisdicional da Cassação era compatível com a sua função de cassar ou anular as decisões judiciais que dessem à lei sentido indesejado. Ou seja, a Cassação originariamente representou uma alternativa – mais factível – em relação à “consulta interpretativa autorizada”. Note-se que a Cassação foi instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta, não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. A Corte não se sobrepunha ao órgão judicial ordinário por ter o poder de proferir a última decisão, mas sim por ter o poder para cassar a decisão que negou a lei produzida pelo Parlamento.

Diante disso, fica claro que o *double degré de juridiction*, ou mais precisamente a Corte de Cassação, partiu do pressuposto de que o juiz poderia não aplicar corretamente a lei. Para permitir a frutificação do novo regime – instalado no Parlamento – e para calar o seu rival – o Judiciário –, a Revolução Francesa quis que o juiz se limitasse a declarar as palavras da lei. Mas, exatamente porque temia o Judiciário, e assim era ciente do risco e da possibilidade de o juiz interpretar a lei de maneira desconforme às intenções do novo regime, criou a Corte de Cassação para reprimir a atuação judicial destoante.

Nessa dimensão, como é evidente, sequer seria pensável um sistema de respeito aos precedentes. Ora, se a Corte existe exatamente porque o juiz não merece respeito ou confiança, não há como construir um sistema que, para funcionar, deve partir da premissa de que o juiz respeita a Corte. Como se vê, a lógica das tradições de *civil law* e de *common law* são absolutamente contrárias. E isso é extremamente importante e sugestivo.

No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça. Os juízes pensam que exercem poder quando julgam como desejam, mas não percebem que não têm poder para decidir (sozinhos) sequer uma ação de despejo fundada em falta de pagamento ou uma ação ressarcitória derivada de acidente de trânsito<sup>(19)</sup>, e, além disso, que as suas sentenças, em regra, não interferem na vida dos litigantes.

A melhor doutrina italiana sustenta que o duplo grau reflete, historicamente, uma ideia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado<sup>(20)</sup>, além de gerar uma profunda desvalorização dos juízos do primeiro grau. Isso porque o duplo grau se assenta em um ambiente de desconfiança em relação ao juiz do primeiro grau, que não poderia ter poder para decidir, livre e solitariamente, qualquer demanda. Como demonstrou Cappelletti, o primeiro defeito essencial do duplo grau, que não está presente – especialmente no que diz respeito ao processo civil – nos países anglo-saxões, é a profunda desvalorização do juízo do primeiro grau, com a conseqüente glorificação, se assim se pode dizer, dos juízos do segundo grau<sup>(21)</sup>. Em virtude da necessidade do segundo grau, a causa, em primeiro grau, não está ganha nem perdida<sup>(22)</sup>; a sentença do juiz, por não ter, em regra, execução imediata, serve para pouco mais do que nada. Como afirma o professor florentino, o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, uma extenuante e penosa antessala para chegar à fase de apelação ou à verdadeira decisão, ao menos para a parte que tem condições econômicas para alcançá-la<sup>(23)</sup>.

De modo que somente uma ingenuidade indesculpável poderia sustentar a ideia de que o duplo grau de jurisdição constitui princípio fundamental de justiça, e até mesmo garantia constitucional, e, ao mesmo tempo, aprovar a tese de que o juiz do primeiro grau deve ter liberdade para decidir de forma contrária ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Isso seria apenas uma ilogicidade brutal se não constituísse uma armadilha consciente e ardilmente montada para deslegitimar o poder dos juízes. Espera-se que logo se possa perceber que negar ao juiz do primeiro grau poder para decidir as causas de menor complexidade, e, ao mesmo tempo, estimulá-lo a confrontar com os tribunais superiores, nada mais é do que desconsiderar os direitos fundamentais de natureza processual e o próprio Poder Judiciário.

Saliente-se que, no *common law*, muito mais do que no civil law e, especialmente, do que no Brasil – que é um dos raros países em que o duplo grau ainda é endeusado –, confere-se importância e dignidade ao juiz do primeiro grau. Nos Estados Unidos, o juiz do primeiro grau goza de grande prestígio. O *trial-judge*, ao menos em nível federal, é considerado um magistrado que nada deve aos juízes das cortes superiores em termos de conhecimento e experiência<sup>(24)</sup>. O sistema do *common law*, por confiar no juiz, confere-lhe poder para julgar sozinho inúmeras demandas. Basta

lembrar que, como regra, o *appeal* somente é admitido em hipóteses de erro de direito, consoante a ideia de limitar os poderes do juiz no *review*(25).

Portanto, se é completamente contraditório sustentar a intocabilidade do duplo grau e, ao mesmo tempo, o poder de o juiz do primeiro grau decidir em desacordo com os tribunais superiores, não é necessário afirmar o duplo grau para respeitar os precedentes. Na verdade, a relativização do duplo grau e a obediência aos precedentes são elementos presentes no sistema que realmente respeita os seus juizes.

23

A ideia de submissão do juiz à lei tornou despiciendo o respeito aos precedentes, mas a admissão, não revelada às claras, de que o juiz pode negar a lei, além de ter criado um sistema de cassação das decisões judiciais, abriu oportunidade à mitificação do duplo grau. Todavia, a glorificação do duplo grau não foi capaz de permitir ver a contradição em se permitir ao juiz do primeiro grau contrariar as decisões dos tribunais superiores. Enquanto isso, no sistema em que não houve necessidade de limitar o poder do juiz, tornou-se natural o respeito aos precedentes para se garantir a previsibilidade que se esperava obter, no *civil law*, mediante a submissão do juiz aos ditados do legislador. O direito estadunidense, além de respeitar precedentes, deu ao juiz do primeiro grau real poder para decidir as questões de fato, tornando o *appeal* cabível apenas diante de erros de direito. Assim, o *common law* incorpora, coerente com a sua própria tradição de confiança na magistratura, além do respeito aos precedentes, a valorização do juiz do primeiro grau. O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância dele estar livre para decidir, mas sim da circunstância dele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar.

## 5. Tutela da segurança jurídica e da confiança

O Estado tem dever de tutelar o direito fundamental à segurança. Possui dever de tutelar a segurança mediante prestações fáticas e normativas. São inúmeras as normas infraconstitucionais e várias as prestações fáticas com que o Estado tutela a segurança – vista em sentido genérico – de direito geral à segurança.

A segurança jurídica também é tutelada mediante várias normas e prestações fáticas estatais. Visível é a norma constitucional que afirma a inviolabilidade da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal), embora existam na Constituição outras normas que, mesmo indiretamente, tutelam a segurança jurídica, como as que garantem o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. No Código de Processo Civil, igualmente, encontram-se regras de tutela à segurança, como as que, por exemplo, tratam da preclusão, impedindo a decisão de questão já decidida ou a prática de ato processual fora do tempo. Além disso, a assistência

jurídica, por exemplo, pode ser vista como uma prestação fática para a tutela da segurança jurídica, já que o advogado gratuito pode ser indispensável para o jurisdicionado poder ter os seus direitos protegidos em Juízo.

De qualquer forma, para que exista segurança jurídica há que se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade, como antes visto. Como escreve Canotilho, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas, “a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos”(26).

A previsibilidade obviamente depende da confiança(27). Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público.

A tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se de que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobrevir, ao menos como ordenamento “jurídico”(28). A doutrina vê na norma que garante a coisa julgada exemplo de tutela da confiança. Canotilho, aliás, ao relacionar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança aos atos normativos, jurisdicionais e administrativos, fala em “proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos”, em “inalterabilidade do caso julgado” e em “tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos”(29), deixando de atinar para outra forma de tutela da confiança em relação aos atos jurisdicionais.

Não há dúvida de que a coisa julgada é imprescindível à tutela da confiança nos atos do poder público. A coisa julgada dá ao jurisdicionado a segurança de que o seu direito não poderá mais ser contestado e de que o litígio que envolveu o seu direito não voltará a ser decidido. Contudo, a coisa julgada, embora imprescindível, não é suficiente para dar tutela à confiança e garantir a previsibilidade diante dos atos jurisdicionais. Mesmo os ordenamentos de *civil law*, especialmente aqueles que dão ênfase ao controle difuso de constitucionalidade, não podem dispensar o esquema dos



precedentes vinculantes para garantir a segurança jurídica e dar tutela à confiança(30).

A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes.

## **6. A coisa julgada e o precedente vinculante diante da tutela da segurança jurídica e da confiança**

As funções da coisa julgada e do precedente vinculante à luz da segurança jurídica e da tutela da confiança são distintas. O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais.

Diante da coisa julgada, não há que se falar em previsibilidade ou em continuidade de um modo de compreender – e, portanto, de afirmar – o ordenamento jurídico. A confiança que a coisa julgada confere ao jurisdicionado nada tem a ver com a expectativa de uma decisão em determinado sentido. A coisa julgada tutela a confiança do cidadão no ato estatal que decidiu o *seu caso*, assegurando que o benefício outorgado por esse ato jamais lhe será retirado.

A coisa julgada, em tal perspectiva, também é uma garantia contra a retroatividade das decisões de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. O fato de o Supremo Tribunal Federal afirmar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma em que a decisão se baseou não gera, por mera consequência lógica, o desfazimento da coisa julgada. Esta não pode desaparecer em virtude de uma nova compreensão judicial dos fundamentos da decisão, mas apenas pode ser desconstituída em hipóteses extremas, em que vícios graves abrem oportunidade à sua rescisão (artigo 485, Código de Processo Civil).

A coisa julgada é imprescindível à afirmação do poder estatal. O discurso realizado no processo, para poder ser qualificado de discurso jurídico, ou seja, de discurso do poder acerca do direito, tem que ter um termo final a partir do qual se torne definitivo e imutável. De lado os atos jurisdicionais não preocupados com a definição dos litígios, a coisa julgada é atributo do processo jurisdicional.

De outra parte, o precedente vinculante permite ao jurisdicionado prever as consequências jurídicas dos seus atos e condutas, tendo o efeito de permitir confiança nas decisões já tomadas – então vistas como critérios para definir o seu comportamento – e nas decisões que podem vir a ser proferidas – compreendidas como decisões que podem atingir as suas esferas jurídicas.

Como é óbvio, mesmo olhando-se apenas para o passado, a confiança gerada pelo precedente vinculante nada tem a ver com a confiança proporcionada pela coisa julgada. Em um caso, a confiança é na orientação advinda da jurisdição; no outro, a confiança é na imutabilidade do ato do poder jurisdicional

## **7. Precedente e coisa julgada *erga omnes***

Mais próxima da segurança gerada pelo precedente está aquela advinda da coisa julgada *erga omnes*, peculiar às decisões de procedência proferidas nas ações voltadas à tutela de direitos difusos (artigo 103, inciso I, Código de Defesa do Consumidor).

Essa espécie de coisa julgada protege benefícios conferidos pela decisão a todos os membros da sociedade, titulares que são dos direitos difusos. Melhor explicando: como os direitos difusos são pertencentes, de forma generalizada, aos membros da sociedade, e, portanto, não podem ser divididos nem atribuídos isoladamente a pessoas ou grupos determinados, a legitimidade para as ações dirigidas à sua tutela é deferida a certos entes, vistos pelo legislador como capazes de representar os interesses dos membros da sociedade (artigos 81 e 82, Código de Defesa do Consumidor). Julgado precedente o pedido de tutela jurisdicional, afirma o artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que a sentença produz coisa julgada *erga omnes*.

Nesse caso, o benefício outorgado pela sentença se estende a todos os titulares do direito difuso até então em litígio. Isso quer dizer a coisa julgada dá a todos os membros da sociedade a garantia de que a tutela do direito difuso, tal como definida pela sentença, não será alterada no futuro. Tratando-se de tutela inibitória de direito difuso, a coisa julgada garante a todos os titulares que o direito não será violado. Assim, qualquer um deles, na forma individual, poderá fazer valer a coisa julgada, impedindo a violação do direito.

Porém, a garantia de estabilidade de tutela inibitória de direito difuso obviamente não se confunde com a garantia de que o direito será tutelado em conformidade com o precedente. A coisa julgada, como técnica de proteção da segurança jurídica, tem mais força do que o respeito aos precedentes. O precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, enquanto a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto. Ao contrário do que ocorre em relação à coisa julgada, a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, na medida em que os precedentes podem ser revogados. O

Judiciário pode deixar de interpretar a lei em determinado sentido, mas a interpretação da lei, cristalizada em sentença acobertada pela coisa julgada, jamais poderá ser alterada de modo a roubar o benefício outorgado àquele que obteve a tutela jurisdicional do direito.

Noutra perspectiva, a coisa julgada *erga omnes* tutela a segurança jurídica do cidadão em virtude de o direito lhe pertencer, ao passo que o precedente protege a segurança jurídica do cidadão como mero jurisdicionado, ou melhor, como sujeito às decisões do Poder Judiciário.

## **8. Os efeitos prospectivos (*prospective overruling*) das decisões revogadoras de precedentes nos Estados Unidos**

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele enunciada - vigente até o momento da decisão revogadora - estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios - cujos processos devem estar em curso.

Ou seja, as decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que a fixou, bem como a todas aquelas que lhes são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.

Porém, a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente. Nessas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança - especialmente na sua feição de garante da previsibilidade - e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público<sup>(31)</sup>.

Eisenberg enfatiza que "the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance"<sup>(32)</sup>. Há aí, antes de tudo, plena consciência de que a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados, é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto. Mas, para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se

fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificável”.

Há casos em que o precedente pode deixar de corresponder aos valores que o inspiraram ou se tornar inconsistente e, ainda assim, não se mostrar razoável que a sua revogação atinja situações passadas, em virtude de a confiança justificável, então caracterizada, sobrepor-se à ideia de fazer a revogação valer para trás.

Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do overruling ou com o overruling com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos. O prospective overruling pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do overruling cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou do overruling cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso.

Note-se que, na primeira hipótese, como o overruling tem efeitos somente a partir de certa data, as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente. De outro lado, a admissão da retroatividade em relação apenas a um caso ou somente ao caso sob julgamento, faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.

Esta última situação é exemplificada através do caso *Molitor v. Kaneland Community*. Trata-se de caso em que a Corte de Illinois revogou o precedente da “imunidade municipal”, responsabilizando o município pelos danos sofridos por Thomas Molitor em acidente de ônibus escolar. Nessa hipótese, decidiu-se que a nova regra não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas – o caso sob julgamento. Contudo, mais tarde a Corte percebeu que teria que aplicar a nova regra a outras sete crianças – três delas irmãos de Thomas -, que também estavam no ônibus que se acidentara, em virtude de ter reconhecido que todas as crianças que viajavam no ônibus deveriam ser tratadas de igual forma<sup>(33)</sup>.

Por sua vez, a primeira hipótese, acima referida, é exemplificada mediante *Spaniel v. Mounds View School District n. 621*, em que a Corte de Minnessota revogou o precedente que conferia imunidade às unidades municipais, como cidades e distritos estudantis, recusando-se a aplicar a nova regra ao caso sob julgamento e declarando que os seus efeitos deveriam ficar contidos até o final da próxima legislatura de Minnessota<sup>(34)</sup>.

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em “prospective prospective overruling”. Ademais, como esclarece Eisenberg, alude-se a “pure prospective overruling” para demonstrar o que ocorre

quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia “prospective overruling” para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão<sup>(35)</sup>.

Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li v. Yellow Cab Co.*, a Suprema Corte da Califórnia revogou o precedente da “contributory negligence” pela regra da “comparative negligence”, deixando claro que a nova regra não seria aplicável aos casos com julgamento em curso. Em *Whitinsville Plaza*, relacionou-se a técnica do overruling prospectivo com a técnica da sinalização<sup>(36)</sup>. Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em que houvesse ocorrido a sinalização. De fato, quando antes se estudou a técnica da sinalização, viu-se a similaridade dessa técnica com o overruling prospectivo<sup>(37)</sup>. Se mediante a técnica da sinalização, conquanto se deixe de revogar o precedente, adverte-se para a sua provável e próxima revogação, pouca diferença existiria em substituir tal técnica pela revogação imediata do precedente com efeitos prospectivos a partir de certa data futura. Portanto, quando se revoga o precedente, e sinalização anterior foi feita, é coerente admitir a irretroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora ou até data em que se supõe que o sinal foi absorvido na comunidade jurídica.

Há um caso, sublinhado por Eisenberg, em que o prospective overruling possui grande importância para a consistência de resultados. Trata-se da hipótese em que a Corte possui motivos para acreditar que o overruling será revertido pelo legislativo, que dará melhor regulação à situação. Como a regra judicial criada com o overruling, em princípio, governa as relações que lhe são pretéritas, a menos que a decisão revogadora declare que os seus efeitos dirão respeito apenas ao futuro, nesta última hipótese o overruling poderá atingir as situações intermediárias entre o overruling e a regra legislativa ou ter os seus efeitos contidos até a data em que se presume que o legislativo terá criado a regra. Ao se declarar que a revogação vai produzir efeitos após a possível criação legislativa da regra, os efeitos do overruling somente serão produzidos caso o legislativo não atue. Foi o que aconteceu em Massachusetts, *Whitney v City of Worcester*, em que a Corte, utilizando a técnica da sinalização como substituto funcional do prospective overruling, afirmou a sua intenção de abrogar o precedente da imunidade municipal no primeiro caso por ela decidido após a conclusão daquela que seria a próxima sessão do Legislativo, caso este não houvesse atuado de modo a revogar o precedente<sup>(38)</sup>.

Nesse caso, é certo, não houve propriamente overruling com efeitos prospectivos, mas manutenção do precedente mediante a técnica da sinalização, anunciando-se a intenção de se proceder à revogação em caso de não atuação do legislativo. Note-se, porém, que existe maior efetividade em revogar desde logo o precedente, contendo-se os seus efeitos, pois nesta hipótese não haverá sequer como temer que o precedente continue a produzir efeitos, diante de uma eventual inação da Corte em imediatamente decidir como prometera ao fazer a sinalização.

De outra parte, o prospective overruling pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas feições de pure prospective overruling e de prospective prospective overruling. Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do prospective overruling pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes<sup>(39)</sup>.

Ademais, o uso indiscriminado do pure prospective overruling e do prospective prospective overruling elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na ratio decidendi do precedente. Quando se atribui efeito prospectivo à nova regra, impedindo-se a sua incidência em relação ao caso sob julgamento, resta eliminada qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por decisões que, embora obviamente não tenham enfrentado de forma direta a questão resolvida no precedente, afirmaram soluções com ele inconsistentes. Desse modo, a investigação e análise do advogado sequer seria necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, assim, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do prospective overruling, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não retroatividade dos efeitos do overruling, e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, dessa forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.

Deixe-se claro, por fim, que a doutrina de common law frisa que, em regra, a revogação deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, é que se admite dar efeitos prospectivos ao overruling. E isso sem enfatizar-se que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade<sup>(40)</sup>.

## **9. Os efeitos prospectivos das decisões que revogam precedentes no Brasil**

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação dos efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade não apenas em sede de controle concentrado<sup>(41)</sup>, mas também difuso. Quando se considera a modulação de efeitos no controle difuso, é possível perceber, com maior facilidade, a distinção entre atribuir efeitos prospectivos à decisão que fulmina lei

inconstitucional e à decisão que revoga precedente de natureza constitucional.

Não há dúvida que as decisões proferidas em recurso extraordinário produzem eficácia vinculante em relação aos seus motivos determinantes, assim como as decisões prolatadas em controle concentrado. Como é óbvio, para se admitir a eficácia vinculante no controle difuso não é preciso argumentar que a eficácia vinculante é viável no controle concentrado. Da mesma forma, a circunstância de ser possível atribuir efeito prospectivo à decisão de procedência na ação direta de inconstitucionalidade nada tem a ver com a viabilidade de se atribuir efeitos prospectivos à decisão proferida em sede de recurso extraordinário. Ou melhor, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é consequência lógica da possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

31

Atribuir eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão é o mesmo que conferir autoridade aos fundamentos da decisão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Esses ficam vinculados ou obrigados em face dos fundamentos da decisão, ou seja, diante da *ratio decidendi* do precedente. De modo que a técnica da obrigatoriedade do respeito aos fundamentos determinantes é utilizada para atribuir força ou autoridade aos precedentes judiciais, e não, obviamente, para simplesmente reafirmar a teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Da mesma forma, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é tributária da possibilidade de se modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle concentrado. Ou seja, o poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle difuso deriva exclusivamente dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada e não da necessidade de harmonizar a aplicação dos princípios da nulidade do ato inconstitucional e da segurança jurídica.

Aliás, a declaração de inconstitucionalidade, proferida em recurso extraordinário, embora possa ter eficácia vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário, não elimina a norma do ordenamento jurídico, que resta, por assim dizer, em estado latente. É certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma seja um dia contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional norma que já afirmou constitucional. Trata-se do mesmo “processo” em que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte “ressuscita” a lei que era vista como *dead Law*, por já ter sido declarada inconstitucional.

Na verdade, em sede de controle difuso o Supremo Tribunal Federal sempre tem a possibilidade de - a partir de critérios rígidos - negar os fundamentos determinantes das suas decisões, sejam elas de inconstitucionalidade, sejam de constitucionalidade. Porém, como a

revogação de um precedente institui nova regra, a ser observada pelos demais órgãos judiciários, é pouco mais do que evidente a possibilidade de se violentar a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio tribunal. Quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade, seja de constitucionalidade.

Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei n. 9.868/99(42), é indiscutível que essa possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que significa que, ainda que se entendesse que tal norma se aplica apenas ao controle concentrado, não haveria como negar a possibilidade de se modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário(43).

Frise-se, porém, que a necessidade de modulação em controle difuso decorre da preocupação em não atingir as situações que se formaram com base no precedente e não da imprescindibilidade em proteger as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional.

Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Daí não se ter percebido, com maior nitidez, a imprescindibilidade da adoção dessa técnica em sede de controle difuso.

O mais importante, entretanto, é que certamente não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia, na academia e nos tribunais, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade da sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nessa situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto que, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutela-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", aptas a justificar efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça também tem o dever de trabalhar com a técnica da modulação de efeitos. No julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 738.689, o Superior Tribunal de Justiça perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal(44). Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/99 faça referência expressa apenas às decisões de



inconstitucionalidade. Ora, a limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico - e, assim, irradiadores de confiança justificada -, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica é à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não podem servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais.

Aliás, mesmo que o art. 27 não existisse, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria limitar, quando necessário, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bastando argumentar com base na Constituição Federal. Uma norma, afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes - ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica - no Superior Tribunal de Justiça, jamais poderia ser vista como resultado de "livre opção" do legislador infraconstitucional. Tal norma é imprescindível para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. O que significa dizer que a inexistência dessa norma configura "falta de lei", devendo, por isso, necessariamente ser suprida pelo Poder Judiciário diante dos casos concretos. Como o Judiciário não pode prestar adequada tutela jurisdicional sem limitar os efeitos da decisão que revoga precedente - deixa de lado jurisprudência pacífica ou, o que é o mesmo, inaugura nova compreensão de dada situação jurídica -, não há como subordinar a sua decisão, de limitação dos efeitos retroativos, à existência de lei. Na realidade, a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos tribunais superiores<sup>(45)</sup>.

Não é correto supor que, para a proteção da confiança, basta apenas limitar os efeitos retroativos da decisão, sem dissociar os atos que foram e não foram praticados com base em confiança justificada. Portanto, pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/99 tenha se referido apenas à limitação dos efeitos retroativos, sem dizer que os atos praticados no passado podem ser diferenciados. Ora, é da essência da limitação de efeitos em nome da proteção da confiança a discriminação de atos que não foram praticados com base em confiança justificada, e que, assim, não devem ser ressaltados dos efeitos retroativos da decisão.

Ademais, excetuar alguns atos e sujeitos dos efeitos retroativos de uma decisão não significa dar efeitos prospectivos à lei que se declarou revogada, ainda que tal decisão tenha reconhecido que, na época da prática dos atos, a lei não deveria produzir efeitos. Ora, se, no momento em que os atos foram praticados, o Poder Judiciário afirmava que a lei estava em

vigor, inegavelmente existia “norma jurídica” para orientar os jurisdicionados. Se essa norma é revogada por norma posteriormente emanada do próprio Poder Judiciário, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada. De modo que, limitar os efeitos de decisão, para preservar atos praticados com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador, mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário.

Frise-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela irretroatividade de decisão revogadora de precedente. Há caso exemplar que merece ser lembrado. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n. 83.255/SP, alterou a regra judicial a respeito do prazo recursal para o Ministério Público, que desde então passou a ser contado a partir da data da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça acompanhou a nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

Naturalmente, porém, surgiu o problema relacionado com os recursos que haviam sido interpostos à época em que prevalecia o entendimento anterior. Nos recursos especiais que se basearam na alteração do entendimento acerca da contagem do prazo recursal, o Superior Tribunal de Justiça preservou a tempestividade dos recursos que se fundaram na regra judicial - ou no entendimento jurisprudencial - que ainda prevalecia quando da interposição, não admitindo a retroatividade do novo entendimento para descaracterizar a tempestividade recursal. Veja-se, nesse sentido, julgado da 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 83.255/SP (informativo n.º 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o ‘ciente’ lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, *como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial*. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria,

simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. 5. Ordem denegada”(46).

Essa decisão merece um único reparo. Pouco importa se a parte recorrente representa e defende o interesse público. Não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou em jurisprudência pacífica.

35

A sua importância, entretanto, transcende esse ponto, pois demonstra que um tribunal cuja missão é a de atribuir unidade ao direito federal deve estar consciente de que a revogação de um precedente - ou de um entendimento jurisprudencial - tem significado muito mais amplo ao de uma simples decisão judicial(47). A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”. Lembre-se de que nem todo precedente gera confiança, capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente derivam da confiança que se depositou no precedente.

Assim, tomando-se como exemplo o caso do “prazo do Ministério Público”, caberia perguntar se, à época da interposição do recurso, existiam manifestações jurisprudenciais e da doutrina no sentido de que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos na dependência da instituição ou firmando o entendimento de que não seria razoável subordinar o início do prazo à boa vontade do Ministério Público. Se o Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem expressamente decidir que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos no Ministério Público, já tinha sinalizado para esse entendimento ou já havia decidido com base em distinção inconsistente - considerando, por exemplo, que o prazo do Ministério Público, para a indicação de testemunhas ou de quesitos periciais, deveria ser contado a partir da entrada dos autos na instituição ou que o prazo para a interposição de recurso, no processo civil, deveria obedecer a tal lógica, a autoridade do precedente, assim com a confiança que nele poderia ser depositada, estariam abaladas.

Observe-se, no entanto, que a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos tribunais superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolida sequer está à discricção do Superior Tribunal de Justiça. Esse tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver.

## 10. A impossibilidade de a decisão de inconstitucionalidade atingir a coisa julgada à luz do significado da decisão jurisdicional no Estado Constitucional

Ainda que a decisão de inconstitucionalidade declare a nulidade da lei e não a nulidade da decisão que aplicou a lei, há quem argumente que a declaração da nulidade da lei fulmina, por mera consequência lógica, a validade da decisão baseada na lei declarada inconstitucional(48).

36

Esse raciocínio está ancorado na ideia de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade da lei. A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que “atuou a vontade da lei” posteriormente declarada inconstitucional.

Lembre-se de que Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”(49). Ora, essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal está na lei e que, dessa forma, a jurisdição somente se manifesta a partir da revelação da vontade do legislador.

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se de que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença)(50).

Chiovenda é um claro adepto da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar(51).

De modo que não se pode confundir *aplicação da norma geral* ao caso concreto com *criação da norma individual* do caso concreto. Quando se sustenta, na linha da lição de Kelsen, que o juiz cria a norma individual, admite-se que o direito é o conjunto das normas gerais e das normas individuais e, por consequência, que o direito também é criado pelo juiz(52).

Porém, mesmo a criação da norma individual, no sentido kelseniano, não significa que o juiz, ao criar a norma concreta, possa fazer outra coisa que não aplicar a norma geral. Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito<sup>(53)</sup>. Nessa linha, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual<sup>(54)</sup>.

Sabe-se que a teoria de Kelsen afirma a ideia de que toda norma tem como base uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, posta no ápice do ordenamento. De modo que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes<sup>(55)</sup>.

No Estado Constitucional brasileiro, em que o juiz tem o dever de interpretar a lei de acordo com a Constituição e de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto, certamente não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, na linha proposta por Chiovenda, ou mesmo se limita a criar a norma concreta, nos termos da teoria de Kelsen e das doutrinas de Carnelutti<sup>(56)</sup> e Calamandrei<sup>(57)</sup>.

Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral<sup>(58)</sup>. Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle da constitucionalidade.

A decisão transitada em julgado, assim, não pode ser invalidada como se constituísse mera declaração ou aplicação da lei, mais tarde pronunciada inconstitucional. A decisão judicial é o resultado da interpretação de um juiz dotado de dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, e, portanto, não pode ser pensada como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

Como escreve Proto Pisani, é possível dizer que a coisa julgada material opera como *lex specialis*, separando a disciplina do direito feito valer em juízo da norma geral e abstrata, daí decorrendo a inoperatividade do *ius superveniens* retroativo sobre a *fattispecie* concreta de que deriva o direito objeto da coisa julgada, e ainda a inoperatividade da superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata sobre a qual se decidiu.

A sentença que produziu coisa julgada material, por constituir uma norma elaborada por um juiz que tem o dever de realizar o controle difuso da constitucionalidade, não pode ser invalidada por ter se fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional. Note-se que isso equivaleria à nulificação do *juízo de constitucionalidade*, e não apenas à nulificação da *lei*

declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição.

Proteger a coisa julgada não significa permitir que, no plano substantivo, um ato inconstitucional produza efeitos. Recorde-se de que o direito português também consagra o controle difuso da constitucionalidade. Bem por isso, a Constituição da República portuguesa afirma, no seu art. 282, 3, que, diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, “ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”. Como esclarece Miguel Galvão Teles, essa norma não está admitindo que um ato inconstitucional produza efeitos, mas apenas salvaguardando “juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade, diferentes do juízo que veio a prevalecer na decisão com efeito geral”(60). Argumenta Galvão Teles que “o respeito dos casos julgados não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo da constitucionalidade. Para a jurisdição, o direito substantivo converte-se sempre numa *incógnita* e a autonomia de cada decisão torna possível que essa incógnita seja resolvida de maneiras diferentes. O n. 3 do art. 282 respeita apenas ao âmbito da eficácia geral da decisão de inconstitucionalidade”(61).

Paulo Otero, autor de um polêmico livro sobre a “coisa julgada inconstitucional”, sustenta que o princípio da imodificabilidade do caso julgado “foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária”(62). Assim, a primeira parte do n. 3 do art. 282 da Constituição da República portuguesa seria uma exceção à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, constituindo uma derrogação do “princípio de que a validade de todos os atos do poder público depende da sua conformidade com a Constituição (= princípio da constitucionalidade), permitindo que passem a ser válidos casos julgados inconstitucionais, desde que à data da respectiva decisão judicial a norma aplicada não tivesse sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”(63).

É difícil admitir a conclusão de que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada para decisões “conformes com o direito”. Na verdade, e isso é pacífico no plano da doutrina processual, a proteção à coisa julgada nada tem a ver com a circunstância de a decisão estar ou não em conformidade com o direito, aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. A imodificabilidade da coisa julgada é característica da própria coisa julgada, instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança(64).

Além disso, a previsão da primeira parte do n. 3 do art. 282 da Constituição portuguesa não pode ser vista como uma norma indispensável à validade da coisa julgada inconstitucional, como se a decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não tivesse validade em si, enquanto decisão firmada por juiz que, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, proferiu decisão válida e produtora de efeitos jurídicos<sup>(65)</sup>. É evidente que a decisão fundada em lei mais tarde declarada inconstitucional é decisão válida, produtora de efeitos jurídicos, como expressão do poder em que o juiz é investido no sistema que adota o controle difuso da constitucionalidade. Portanto, ao contrário do que imagina Paulo Otero, o n. 3 do art. 282 não constitucionaliza o inconstitucional, mas ressalva as interpretações judiciais – legitimamente proferidas pelo juiz ordinário – distintas da decisão de declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, a admissão do raciocínio de Otero obrigaria aceitar a ideia de que o juiz e o tribunal, embora tenham o dever-poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade, sempre têm a sua decisão condicionada a um evento imprevisível. Como é óbvio, exatamente porque não há como pensar em uma decisão provisoriamente estável – o que seria uma contradição em termos –, não se pode raciocinar como se fosse possível conceber uma coisa julgada subordinada a uma não decisão de inconstitucionalidade. Aliás, caso isso fosse possível, o controle difuso da constitucionalidade certamente seria uma ilusão, para não dizer que seria uma excrescência, pois a decisão tomada no caso concreto ou estaria de acordo com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal, e assim teria validade, ou não estaria, e portanto seria nula. A qualidade e a efetividade do sistema difuso estariam na capacidade de o juiz ordinário “adivinhar” a interpretação futura do Supremo Tribunal Federal.

Porém, a fragilidade da construção de Paulo Otero fica ainda mais clara quando se analisa a sua objeção à doutrina de Miguel Galvão Teles – no presente texto antes transcrita –, para quem o n. 3 do art. 282 reconhece “efeitos a uma lei que determinado *juízo teve por constitucional*”. Ao tentar rebater este argumento, escreve Paulo Otero: “Desde logo, toda a construção de Miguel Galvão Teles tem como pressuposto que a decisão inconstitucional que transitou em julgado tenha sido objeto de uma apreciação de constitucionalidade. Ora, pode bem suceder que sejam ressalvados casos julgados onde nunca foi suscitada ou levantada qualquer questão de inconstitucionalidade da norma aplicada, de tal modo que não se possa dizer que o art. 282, n. 3, esteja a ‘salvaguardar juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade’”<sup>(66)</sup>.

A rejeição da doutrina de Galvão Teles, feita por Paulo Otero, centra-se sobre um ponto que, bem vistas as coisas, apenas confirma a tese que pretendeu desacreditar. Note-se que Paulo Otero, na passagem em que impugnou a tese de Galvão Teles, não nega a importância da ressalva das interpretações constitucionais diferentes da afirmada na decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei com força geral, mas afirma que pode haver coisa julgada em que, apesar de ter sido aplicada a lei

posteriormente declarada inconstitucional, não tenha sido "*suscitada ou levantada qualquer questão de inconstitucionalidade da norma aplicada*" (67).

A circunstância de a questão de inconstitucionalidade não ter sido suscitada ou levantada não torna a decisão produtora de coisa julgada, proferida na via incidental, indiferente à questão constitucional, como se o juiz ordinário não tivesse o dever de controlar a constitucionalidade da lei, independentemente de arguição da parte. Ora, é inquestionável, em um sistema de controle difuso, o *dever de o juiz controlar, de ofício, a constitucionalidade da lei*. Trata-se de noção assente desde as origens do *judicial review no Rule of Law* estadunidense(68), que se encontra à base da conformação do Estado Constitucional brasileiro(69). Assim, a decisão que aplicou uma lei inconstitucional, mesmo que sem juízo explícito acerca da questão constitucional, impede que a questão constitucional possa vir a ser suscitada para infirmar a decisão conferida ao litígio. Isso é impossível à luz da eficácia preclusiva da coisa julgada material, e, portanto, da técnica garantidora da estabilidade das decisões judiciais. Frise-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada é afirmada no art. 489 do Código de Processo Civil português, de onde a doutrina lusitana extrai a máxima segundo a qual "o caso julgado cobre o deduzido e o dedutível" (70).

Mas o que mais causa impacto é que, no raciocínio de Paulo Otero, não há contestação da importância da ressalva das interpretações constitucionais diversas, mas apenas alegação de que poderia eventualmente ocorrer a preservação da coisa julgada sem que houvesse sido feita qualquer interpretação acerca da questão de inconstitucionalidade. Acontece que a razão de ser do raciocínio de que a decisão proferida na via incidental deve prevalecer, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade com força geral obrigatória, está no dever-poder judicial para o controle difuso da constitucionalidade e na circunstância de que o exercício deste poder gera uma interpretação judicial legítima, que deve ser preservada.

Tudo isso quer dizer que a declaração de inconstitucionalidade, proferida na ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal, é o resultado de uma ação voltada ao controle da constitucionalidade da lei, e, assim, não pode nulificar as decisões que versaram explicitamente sobre a constitucionalidade da lei ou simplesmente a aplicaram, uma vez que a decisão no caso concreto, por ser o reflexo do dever-poder judicial de controle difuso da constitucionalidade, é legítima em si, independentemente da sua substância, exceto quando aplica lei flagrantemente inconstitucional (caso em que cabe ação rescisória) ou aplica lei ou adota interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal.

Além disto, como a decisão não mais se limita a declarar ou a aplicar a lei, como acontecia à época do Estado Legislativo, mas constitui a norma jurídica do caso concreto, fruto do dever judicial de interpretar a lei de acordo com os direitos fundamentais e de realizar o controle da



constitucionalidade na via incidental, não há como supor que a declaração de inconstitucionalidade da lei possa gerar, por mera consequência, a inconstitucionalidade da coisa julgada<sup>(71)</sup>. Ora, essa conclusão seria tributária da ideia de que o juiz é a boca da lei, nos termos do ditado de Montesquieu<sup>(72)</sup>. Sucede que, como ressalta Rui Medeiros, não é isso que se passa na ordem jurídica contemporânea, pois “cabe aos tribunais não apenas um poder decorrente do Legislativo (o de continuar em concreto os comandos destes), mas um poder próprio, *ius proprium*. Daí que, quando se aceita a validade da sentença injusta, a conclusão se funde no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza”<sup>(73)</sup>.

\* Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

(1) Ingo Sarlet liga a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57, p. 11).

(2) Ver CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss.

(3) “Ad esempio colui che, trovandosi nelle condizioni previste dall’ordinamento, compia regolarmente la serie di atti che la legge prescrive per la conclusione del negozio di compravendita in qualità di acquirente, può prevedere, in un ordinamento datato di effettività, che verrà riconosciuto come proprietario della merce, e che in caso di contestazione tale qualità gli verrà riconosciuta in giudizio: l’univocità della qualificazione giuridica della sua situazione, come si vede, è strettamente connessa con la prevedibilità delle reazioni del venditore, dei terzi e dell’eventuale giudice nei confronti del suo comportamento a proposito, per esempio, del pagamento. Pertanto la prevedibilità, unitamente alla qualificazione univoca delle situazioni, finisce per essere premessa indispensabile perchè si determini e sussista nella comunità il sentimento di sicurezza circa la soddisfazione effettiva della fondamentale esigenza di giustizia, ossia che il diritto prevalga sul torto. Quale sicurezza potrebbe sussistere, infatti, se fosse incerta la qualificazione delle situazioni in cui tali criteri dovrebbero operare, o se fossero imprevedibili le conseguenze giuridiche di un’azione?” (CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 32-33).

(4) CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 34.

(5) Como escreve Jürgen Habermas, “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação não questionadas para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a ‘conceitos-chave’ duvidosos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 313).

(6) Segundo Massimo Corsale, “se la codificazione fosse essenziale per la certezza come prevedibilità, quest’ultima non potrebbe realizzarsi in ordinamenti basati sul diritto

consuetudinário, o judiciário, o comunque non basati sul diritto legale. Ordinamenti di questo tipo sono sempre esistiti, e non sempre hanno corrisposto a fasi primitive di organizzazione sociale: i due macroscopici esempi del diritto romano e del *common law* ne fanno fede” (CORSALE, Massimo. Op. cit., p. 36).

(7) Ibid., p. 34.

(8) Ibid., p. 40.

(9) Anote-se que é possível distinguir certeza de previsibilidade, frisando-se que a previsibilidade implica apenas um certo grau de certeza e nunca uma certeza absoluta. Reconhecimento disso, aliás, está implícito na idéia de que o respeito aos precedentes não ignora a circunstância de que estes podem ser revogados. Ver CAMINKER, Evan H. Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking. *Texas Law Review*, 1994, v. 73, p. 1-82.

(10) Sobre a mesma patologia, porém no âmbito da Corte de Cassação italiana, discorreu Fernando Santosuosso (Juiz da Corte Constitucional) em importante Congresso realizado em Florença: “Però bisogna fare un esame di coscienza, perché si è giunti a questa, non voglio dire generale, ma diffusa ribellione agli orientamenti della Cassazione? Non tanto forse per impreparazione delle nuove generazioni di avvocati e magistrati, quanto perché anche la Cassazione non ha dato il buon esempio. Ieri Mirabelli citava il numero dei contrasti fra sentenze della Cassazione, 120 contrasti pendenti innanzi alla Cassazione, il che significa che le sezioni semplici sono frequentemente in contrasto fra loro, o addirittura la stessa sezione. Perfino la mia sezione, la sezione lavoro, che lavora ogni giorno con due aule, potrebbe essere in contrasto con se stessa lo stesso giorno. E perfino l’organo chiamato a risolvere i contrasti, quello che Walter Vigiani chiamava il ‘Supremissimo Collegissimo’ e cioè le sezioni unite, talvolta, ha detto Mirabelli, per 18 volte è in contrasto con se stesso. Quindi questo sarà il mio primo auspicio, che la cassazione abbia maggiore rispetto di se stessa, e che si cambi giurisprudenza quase mai in procedura, perché voi sapete che il rito, le aspettative degli avvocati e delle parti è che le regole del gioco restino il più possibile ferme, ma anche in diritto sostanziale si cambi giurisprudenza soltanto quando veramente ci siano nuovi argomenti, nuove situazioni sociali” (SANTOSUOSSO, Fernando. L’incertezza del diritto nell’attività giurisprudenziale. In: *La Certezza del Diritto: Un valore da ritrovare: Atti* (Firenze, 2-3 ottobre 1992). Milano: Giuffrè, 1993, p. 96 e ss).

(11) Ver BENDITT, Theodore M. The rule of precedent, In *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 89 e ss.

(12) GOODHART, Arthur L. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, 1934, v. 50, p. 40 e ss.

(13) De acordo com a ‘ética do legalismo’, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the Rule of Law*, New York, Oxford, 2005, p. 9).

(14) MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193 e ss.

(15) Também é possível distinguir estabilidade de certeza e previsibilidade. Como dito em nota anterior, a previsibilidade abre oportunidade para graus de certeza, tanto é que, ainda que o sistema de precedentes garanta a previsibilidade, um determinado precedente pode estar prestes a ser revogado. Do mesmo modo, um sistema pode ser momentaneamente instável, em vista de reiteradas revogações de precedentes, ainda que dotado da previsibilidade inerente ao respeito aos precedentes.

(16) Ver CALAMANDREI, Piero, La Cassazione civile, I, Storia e legislazione, Torino, 1920, p. 426 e ss; TARUFFO, Michele. Il vertice ambiguo, Saggi sulla Cassazione civile, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 29 e ss.

(17) A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só disse que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12). “Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10); “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12); “as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus

cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções (Título II, art. 12). (Lei Revolucionária de agosto de 1790). Ver CAPPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 272.

(18) MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, 3ª. ed., Stanford, Stanford Press, 2007, p. 39 e ss.

(19) Se todas as sentenças que dizem respeito a matéria de fato e são marcadas pela oralidade devem ser submetidas ao tribunal, o juiz de primeiro grau, lamentavelmente, pode ser confundido com um instrutor. Um duplo juízo sobre a matéria de fato constitui sinal de afronta à oralidade e, principalmente, de desconfiança no juiz de primeiro grau. É nesta perspectiva que se anuncia que o duplo grau produz a desvalorização do juiz de primeira instância.

(20) Ver PIZZORUSSO, Alessandro. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali. *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 33 e ss; CAPPELETTI, Mauro. *Doppio grado di giurisdizione: Parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell' iconoclastia?* Giurisprudenza italiana, 1969, p. 81 e ss.

(21) CAPPELETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologias, sociedad* (trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf). Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 278.

(22) Id.

(23) Id.

(24) VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 156.

(25) Ver CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, may/1976, p. 1.281-1.315; CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 15.

(26) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 257.

(27) De acordo com Ingo Sarlet, “um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 11).

(28) V. CORSALE, Massimo. *Op. cit.*, p. 40.

(29) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 257.

(30) Sobre a incidência do princípio da confiança na esfera jurisdicional, em especial a relação entre a proteção da confiança e a estabilidade das decisões judiciais, ver BLANCO, Federico Castillo. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 362 e ss.

(31) Diz Robert Summers que “a aplicação retroativa de uma decisão revogadora de precedente pode contrariar relevante confiança no precedente revogado e tratar partes em posições similares de modo muito diferente” No original: “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently”. (Robert Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, Dartmouth, 1997, p. 397-398).

(32) A maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança (Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 131).

(33) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 128-129.

(34) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 128.

(35) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 127-128.

(36) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 128.

(37) Lembre-se que a Corte, em *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, afirmou que já havia sinalizado para a revogação do precedente firmado em Norcross no caso Ouellette, e, com base nisto, outorgou efeitos retroativos ao overruling, declarando que deveriam ser apanhados todos os negócios realizados após Ouellette. O overruling ditado em *Whitinsville*

retroagiu até a decisão proferida em Ouellette porque a Corte entendeu que, a partir desta data, poder-se-ia racionalmente confiar na expectativa de que, na próxima ocasião adequada, a Corte iria revogar as decisões tomadas em Shade e em Norcross. Verifica-se aí nítida aproximação entre a técnica da sinalização e a do overruling com efeitos prospectivos.

(38) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 131.

(39) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 131.

(40) Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 132.

(41) Na ADI n. 3615, a Corte julgou procedente a ação direta atribuindo à decisão de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*. Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DA PARAÍBA. REDEFINIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DO CONDE. DESMEMBRAMENTO DE PARTE DE MUNICÍPIO E INCORPORAÇÃO DA ÁREA SEPARADA AO TERRITÓRIO DA MUNICIPALIDADE LIMÍTROFE, TUDO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES DE AMBAS AS LOCALIDADES. OFENSA AO ART. 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja, o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da Constituição Federal substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/96. Precedentes: ADI 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e ADI 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, Informativo STF 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADI 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinadas e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. Precedente: ADI 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99" (STF, ADI n. 3615, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 09.03.2007). É importante registrar parte do voto da Ministra Relatora, Ellen Gracie: "Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação *ex nunc* dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade" (STF, ADI n. 3615, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 09.03.2007).

(42) Lei n. 9.868/99, Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

(43) Ver Ana Paula Ávila, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

(44) Restou consignado na ementa do acórdão que julgou este caso o seguinte: "Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob

pena de usurpação da atividade legislativa, promover a 'modulação temporal' da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados" (STJ, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL n. 738.689, 1ª. Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22/10/2007).

(45) "Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27, da Lei 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas. (...) Sempre com apoio no princípio da segurança jurídica, estamos convencidos de que também no controle difuso de constitucionalidade, o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia 'ex tunc'. (...) Assentadas estas premissas, podemos avançar em nosso raciocínio indagando: e os demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE) podem, à míngua de uma lei formal expressa, manter os efeitos da antiga e arraigada jurisprudência, quer em relação à causa agora julgada em sentido oposto, quer às demais, que ainda tramitam, quer, finalmente, a todas as pessoas que estavam a pautar sua conduta de acordo com aquilo que, sem nenhuma hesitação, o próprio Poder Judiciário considerava correto e adequado? Agora respondemos que sim, em que pese a inexistência de autorização em meio técnico-processual expresso. Sempre o auto-aplicável princípio constitucional da segurança jurídica impõe o período de transição que estamos a aludir..." (Roque Antonio Carrazza, *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudências – Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas*, in *Efeito "ex nunc" e as decisões do STJ*, São Paulo, Manole, 2009, p. 67-68).

(46) STJ, HC 28.598/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01/08/2005.

(47) A própria Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de declarar que este Tribunal "foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso *com a justiça e a segurança*" (STJ, AgRG nos EResp 228432, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.2002).

(48) Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, passim.

(49) Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1943, v. 2, p. 55.

(50) Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990, p. 165; ver Ulises Schmill Ordóñez, *Observaciones a "inconstitucionalidad y derogación"*, Revista *Discusiones*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2001, p. 79-83; Carlos Santiago Nino, *El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen*, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 7-40.

(51) Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, texto apresentado ao XII Seminário Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Unam, p. 8.

(52) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, 1934, p. 3-5, 197, 237; em senso crítico, Horst Dreier, *Hans Kelsen (1881-1973) – Jurist des Jahrhunderts? Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, Siebeck, 1993, p. 705-733.

(53) Cf. Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, cit., p. 10.

(54) "Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar uma outra norma; o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito" (Hans Kelsen, *Teoria geral do estado*, Coimbra, Armênio Amado, 1945, p. 105); ver, também, Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle*, *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204.

(55) Hans Kelsen, *Teoria geral do estado*, cit., p. 109 e ss. "El tribunal tiene que declarar la existencia de tal norma del mismo modo que está obligado a establecer la existencia del acto violatorio. Pero no solo los tribunales: todos los órganos jurídicos se encuentran en la necesidad de decidir si la norma que 'prima facie' les exige ejecución es una norma

pertenciente al orden jurídico. Para ello, colocándose en el punto de vista interno o inmanente al derecho, tiene que determinar si la norma respectiva es una norma existente y regular, si ha sido creada con arreglo a los procedimientos y con los contenidos establecidos por las normas condicionantes (superiores)” (Ulises Schmill Ordóñez, Observaciones..., cit., p. 109); “La norma básica de Kelsen establece la obligatoriedad de un sistema jurídico; su identidad está determinada por un criterio que toma en cuenta el hecho de que la misma norma básica es presupuesta cuando adscribimos obligatoriedad a todas las normas del sistema. De cualquier manera, como criterio de identidad el anterior es vacuo, ya que el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede ser establecido, en el contexto de la teoría de Kelsen, antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico. (...) Si se dan por correctas las objeciones precedentes, sería el caso de preguntarse cuáles son los obstáculos que Kelsen pretende superar integrando a su teoría la hipótesis de autorización abierta que hemos examinado. Es obvio que el concepto de validez que la teoría pura parece formular, en forma explícita, implica trivialmente que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescriptas por normas de nivel superior. Por otra parte, esa supuesta definición kelseniana de ‘validez’ es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma dependa de la declaración en uno u otro sentido por un órgano competente” (Carlos Nino, El concepto..., cit., p. 14 e 35).

(56) As concepções de “justa composição da lide”, de Carnelutti, e de “atuação da vontade concreta do direito”, de Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes. Para Carnelutti, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária, e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que estas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista).

(57) Dizia Calamandrei que “a lei abstrata se individualiza por obra do juiz” (Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Morano, 1970, p. 156). Isto ocorreria após o término do processo, quando a sentença não pudesse mais ser discutida, ocasião em que não se admitiria mais nem falta de certeza nem conflito sobre a relação jurídica julgada. Eis a lição do mestre italiano: “Assim como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (*dura lex sed lex*), assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (*lex specialis*). Em um certo ponto, já não é legalmente possível examinar se a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é a que o juiz proclama como tal. Mas com isto não se quer dizer que a passagem à coisa julgada crie o direito: a sentença (ou a coisa julgada material ou declaração de certeza), no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito” (Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 158).

(58) Não é mais possível supor que as decisões judiciais são produzidas a partir de simples atos de subsunção. V. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4. ed., Petrópolis, Vozes, 2002, v. 1, p. 490.

(59) Andrea Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 390.

(60) Miguel Galvão Teles, Inconstitucionalidade pretérita, Nos dez anos da Constituição, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 329. V., ainda, Miguel Galvão Teles, Temporalidade jurídica e Constituição, *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Ed., 2000, p. 226. e ss.

(61) Miguel Galvão Teles, Inconstitucionalidade pretérita, cit., p. 329.

(62) Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 120.

(63) Idem, p. 89.

(64) Observa João Calvão da Silva, aludindo ao art. 282, n. 3, da Constituição portuguesa, que “a eficácia retroativa atribuída à declaração de inconstitucionalidade não é absoluta. Exigências práticas sobretudo de certeza e segurança da vida intersubjetiva, da vida dos

interesses reais do tráfico que o direito tem por missão servir, a isso se opõem, ditando limites à eficácia no tempo da sentença constitucional que declarar a ilegitimidade de uma norma. O grande limite à retroatividade é o do *caso julgado*, cuja proteção é, pode dizer-se, comum a todos os ordenamentos jurídicos, com um coro unânime de apoio na doutrina e na jurisprudência" (João Calvão da Silva, *Estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 211). Demonstra Canotilho, "quando a Constituição [portuguesa] (art. 282.º, 3) estabelece a ressalva dos casos julgados, isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *reversíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado. (...) Em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito" (J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1.004).

(65) Como deixa claro João Calvão da Silva, "o respeito expresso pelo caso julgado na Constituição [portuguesa] é, pois, conforme aos princípios gerais. Por isso, ainda que o mesmo não fosse consagrado na Lei Fundamental, igual resultado seria atingido através do recurso às regras gerais do caso julgado e sua razão de ser" (João Calvão da Silva, *Estudos de direito civil e processo civil*, cit., p. 212).

(66) Paulo Otero, Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, cit., p. 86.

(67) Idem, ibidem.

(68) Ronald Rotunda, *Modern constitutional law – Cases and notes*, 6. ed., St. Paul, West Group, 2000, p. 9.

(69) Hermes Zaneti Jr., *Processo constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 11-12.

(70) V. João de Castro Mendes, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa, Ática, 1968, p. 176 e ss.

(71) "Storicamente la caratteristica del giudicato sostanziale è stata da sempre colta in queste due principi: a) il giudicato copre il dedotto e il deducibile; b) il giudicato prevale rispetto allo ius superveniens retroattivo (e, oggi, alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla cui base è stato giudicato" (Andrea Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile...*, cit., *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 389).

(72) Para explicar como funciona uma Constituição na qual o poder controla o poder, Montesquieu deve indicar os poderes; deve estabelecer quais e quantos são os poderes que, em uma Constituição voltada a garantir a liberdade do cidadão, são predispostos de modo a propiciar um mútuo controle. Neste momento, ele enuncia uma tese extremamente importante na história das doutrinas jurídicas: os poderes não são diversos nos diferentes Estados, mas são sempre e somente três. São eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. O poder "executivo das coisas que dependem do direito civil" também é chamado de "poder de julgar"; é neste momento, aliás, que a expressão "poder de julgar", ou "poder judiciário", se incorpora ao vocabulário jurídico-político. O "poder de julgar" é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de "direitos novos". *Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do "poder de julgar". Não é por razões diversas que Montesquieu acaba por afirmar que o "poder de julgar" é, "de qualquer modo, um poder nulo"* (cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 287-291).

(72) Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Ed., 1999, p. 551-552.

[Voltar ao Sumário](#)

## Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo



Luís Roberto Barroso \*

### I. INTRODUÇÃO

#### Parte I

##### *A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO*

#### II. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

#### III. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

#### IV. O ATIVISMO JUDICIAL

#### V. CRÍTICAS À EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA BRASILEIRA

1. Crítica político-ideológica
2. Crítica quanto à capacidade institucional
3. Crítica quanto à limitação do debate

#### VI. IMPORTÂNCIA E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

#### Parte II

##### *DIREITO E POLÍTICA: A CONCEPÇÃO TRADICIONAL*

#### I. NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

#### II. CONSTITUIÇÃO E PODERES CONSTITUÍDOS

#### III. A PRETENSÃO DE AUTONOMIA DO JUDICIÁRIO E DO DIREITO EM RELAÇÃO À POLÍTICA

1. Independência do Judiciário
2. Vinculação ao direito posto e à dogmática jurídica
3. Limites da separação entre direito e política

#### Parte III

##### *DIREITO E POLÍTICA: O MODELO REAL*

#### I. OS LAÇOS INEVITÁVEIS: A LEI E SUA INTERPRETAÇÃO COMO ATOS DE VONTADE

#### II. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUAS COMPLEXIDADES: O ENCONTRO NÃO MARCADO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

1. A linguagem aberta dos textos jurídicos
2. Os desacordos morais razoáveis
3. As colisões de normas constitucionais
4. A interpretação constitucional e seus métodos



### III. O JUIZ E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS: INFLUÊNCIAS POLÍTICAS EM UM JULGAMENTO

1. Valores e ideologia do juiz
2. Interação com outros atores políticos e institucionais
  - 2.1. Preservação ou expansão do poder da Corte
  - 2.2. Relações com outros Poderes, órgãos e entidades estatais
3. Perspectiva de cumprimento efetivo da decisão
4. Circunstâncias internas dos órgãos colegiados
5. A opinião pública

### IV. A AUTONOMIA RELATIVA DO DIREITO EM RELAÇÃO À POLÍTICA E A FATORES EXTRAJUDICIAIS

## Conclusão

### **ENTRE A RAZÃO E A VONTADE**

#### **I. INTRODUÇÃO**

O estudo que se segue está dividido em três partes. Na primeira, narra-se a ascensão institucional do Judiciário nos últimos anos, no Brasil e no mundo. São apresentados, assim, os fenômenos da jurisdição constitucional, da judicialização e do ativismo judicial, bem como as críticas à expansão do Judiciário na vida brasileira. O tópico se encerra com a demonstração da importância e dos limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. A segunda parte é dedicada à concepção tradicional das relações entre direito e política, fundada na separação plena entre os dois domínios<sup>(1)</sup>. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, instituindo o Estado de direito, os poderes constituídos e fazendo a distinção entre legislar, administrar e julgar. A atuação de juízes e tribunais é preservada do contágio político por meio da independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e por sua vinculação ao direito, que constitui um mundo autônomo, tanto do ponto de vista normativo quanto doutrinário. Essa visão, inspirada pelo formalismo jurídico, apresenta inúmeras insuficiências teóricas e enfrenta boa quantidade de objeções, em uma era marcada pela complexidade da interpretação jurídica e por forte interação do Judiciário com outros atores políticos relevantes.

A terceira parte introduz uma questão relativamente nova no debate jurídico brasileiro: o modelo *real* das relações entre direito e política. Uma análise sobre o que de fato ocorre no exercício da prestação jurisdicional e na interpretação das normas jurídicas, e não um discurso convencional sobre como elas deveriam ser. Trata-se de uma especulação acerca dos elementos e circunstâncias que motivam e influenciam um juiz, para além da boa aplicação do direito. Com isso, procura-se superar a persistente negação com que os juristas tradicionalmente lidam com o tema, proclamando uma independência que não é desse mundo. Na construção do argumento, examinam-se algumas hipóteses que produzem os chamados *casos difíceis*, que exigem a atuação criativa de juízes e tribunais; e faz-se, igualmente, uma reflexão acerca dos diferentes métodos de interpretação e

sua utilização em função do resultado a que se quer chegar. Por fim, são identificados diversos fatores extrajurídicos relevantes, capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento, como os valores pessoais do juiz, as relações do Judiciário com outros atores políticos e a opinião pública, entre outros.

Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com sua crença na existência de um muro divisório entre ambos, o presente estudo irá demonstrar o que já se afigurava intuitivo: no mundo real, não vigora nem a equiparação nem a separação plena. Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações<sup>(2)</sup>. Em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do direito. Nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade. Vale dizer: o que se *quer* é balizado pelo que se *pode* e pelo que se *deve* fazer.

## Parte I

### A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO<sup>(3)</sup>

#### II. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito<sup>(4)</sup>. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da

União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

### **III. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS<sup>(5)</sup>**

*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico<sup>(8)</sup>. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas<sup>(7)</sup>, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster – com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade<sup>(8)</sup>. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá<sup>(9)</sup>, Estados Unidos<sup>(10)</sup>, Israel<sup>(11)</sup>, Turquia<sup>(12)</sup>, Hungria<sup>(13)</sup> e Coreia<sup>(14)</sup>, entre muitos outros. No início de 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês e outra da Suprema Corte americana produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes<sup>(15)</sup>. Na América Latina<sup>(16)</sup>, o caso da Colômbia é um dos mais significativos<sup>(17)</sup>.

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas<sup>(18)</sup>. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do

debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>(19)</sup>.

Uma observação final relevante dentro desse tópico. No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

#### **IV. O ATIVISMO JUDICIAL**

*Ativismo judicial* é uma expressão cunhada nos Estados Unidos<sup>(20)</sup> e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre

1954 e 1969(21). Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais(22). Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial(23). A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial(24). Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora(25) – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Entre elas, se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e esse é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes(26). A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.

## V. CRÍTICAS À EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA BRASILEIRA

Diversas objeções têm sido opostas, ao longo do tempo, à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos. Identificam-se aqui três delas. Tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica, e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação(27).

54

### 1. Crítica político-ideológica

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepujarem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*(28). A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais(29). Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária(30).

### 2. Crítica quanto à capacidade institucional

Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica(31), a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos(32). *Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico(33). Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça(34), sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas

decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público<sup>(35)</sup>.

### 3. Crítica quanto à limitação do debate

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica<sup>(36)</sup>. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais<sup>(37)</sup>. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão<sup>(38)</sup>. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes<sup>(39)</sup>.

## VI. IMPORTÂNCIA E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral<sup>(40)</sup>. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”<sup>(41)</sup>. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo<sup>(42)</sup>. As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder<sup>(43)</sup>. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia<sup>(44)</sup>.

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo

administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política<sup>(45)</sup>. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.

## Parte II

### **DIREITO E POLÍTICA: A CONCEPÇÃO TRADICIONAL**

#### **I. NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA**

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito<sup>(46)</sup>. No plano de sua *criação*, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das majorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas<sup>(47)</sup>. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.

Já no plano da *aplicação* do direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Isso inclui limitações ao próprio legislador, que não pode editar leis retroativas, destinadas a atingir situações concretas<sup>(48)</sup>. Essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas<sup>(49)</sup>. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível<sup>(50)</sup>. Mais recentemente, autores diversos têm procurado resgatar o formalismo jurídico, em uma versão requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial<sup>(51)</sup>.

#### **II. CONSTITUIÇÃO E PODERES CONSTITUÍDOS**



A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à *rule of law*. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas<sup>(52)</sup>. Dois deles recebem atribuições essencialmente políticas: o Legislativo e o Executivo. Ao Legislativo toca, precipuamente, a criação do direito positivo<sup>(53)</sup>. Já o Executivo, no sistema presidencialista brasileiro, concentra as funções de chefe de Estado e de chefe de governo, conduzindo com razoável proeminência a política interna e externa. Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora.

Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são eleitos. Como regra geral, juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público. O acesso aos tribunais do segundo grau se dá por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio tribunal<sup>(54)</sup>. No tocante aos tribunais superiores, a investidura de seus membros sofre maior influência política, mas, ainda assim, está sujeita a parâmetros constitucionais<sup>(55)</sup>. A atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do direito a situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre partes. Ao decidir a controvérsia – esse o entendimento tradicional –, o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei. Desempenharia, assim, uma função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política<sup>(56)</sup>. Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese – isto é, de discussão acerca da validade abstrata de uma lei –, o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política majoritária do Legislativo.

#### **IV. A PRETENSÃO DE AUTONOMIA DO JUDICIÁRIO E DO DIREITO EM RELAÇÃO À POLÍTICA**

A maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, isto é, por agentes públicos que não são eleitos. Quando os órgãos judiciais resolvem disputas entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, decretando um divórcio ou o despejo de um imóvel, não há muita polêmica sobre a legitimidade do poder que exerce. A Constituição confere a ele competência para solucionar os litígios em geral, e é disso que se trata. A questão ganha em complexidade, todavia, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo.

Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis. Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.

## 1. Independência do Judiciário

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários, um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um *governo de leis*, e não de homens. De leis, e não de juízes, fique bem entendido<sup>(57)</sup>. Para assegurar que assim seja, a Constituição brasileira, por exemplo, confere à magistratura garantias institucionais – que incluem autonomia administrativa e financeira – e funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração<sup>(58)</sup>. Naturalmente, para resguardar a harmonia com outros Poderes, o Judiciário está sujeito a *checks and balances* – e, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça. Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum Poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas<sup>(59)</sup>.

## 2. Vinculação ao direito posto e à dogmática jurídica

O mundo do direito tem suas fronteiras demarcadas pela Constituição e seus caminhos determinados pelas leis. Além disso, tem valores, categorias e procedimentos próprios, que pautam e limitam a atuação dos agentes jurídicos, sejam juízes, advogados, sejam membros do Ministério Público. Pois bem: juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias

ou caprichosas. Seus limites são a vontade majoritária e os valores compartilhados. Na imagem recorrente, juizes de direito são como árbitros desportivos: cabe-lhes valorar fatos, assinalar faltas, validar gols ou pontos, marcar o tempo regulamentar, enfim, assegurar que todos cumpram as regras e que o jogo seja justo. Mas não lhes cabe formular as regras(60). A metáfora já teve mais prestígio, mas é possível aceitar, para não antecipar a discussão do próximo tópico, que ela seja válida para qualificar a rotina da atividade judicial, embora não as grandes questões constitucionais.

Não está em questão, portanto, que as escolhas políticas devem ser feitas, como regra geral, pelos órgãos eleitos, isto é, pelo Congresso e pelo presidente da República. Os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal. Dois autores contemporâneos utilizaram expressões que se tornaram emblemáticas para demarcar o papel das cortes constitucionais. Ronald Dworkin referiu-se a “fórum de princípios”. Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios – morais ou políticos – e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social(61). Já John Rawls explorou a ideia de “razão pública”. Em uma democracia pluralista, a razão pública consiste na justificação das decisões políticas sobre questões constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, como os direitos fundamentais. Ela expressa os argumentos que pessoas com formação política e moral diversa podem acatar, o que exclui, portanto, o emprego de doutrinas abrangentes, como as de caráter religioso ou ideológico(62). Em suma: questões de princípio devem ser decididas, em última instância, por cortes constitucionais, com base em argumentos de razão pública.

### **3. Limites da separação entre direito e política**

Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa(63). Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juizes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa *supremacia judicial* quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática(64).

**Parte III****DIREITO E POLÍTICA: O MODELO REAL****I. OS LAÇOS INEVITÁVEIS: A LEI E SUA INTERPRETAÇÃO COMO ATOS DE VONTADE**

No mundo romano-germânico, é comum fazer-se referência ao direito como uma ciência. A afirmação pode ser aceita, ainda que com reserva, se o termo ciência for tomado no sentido de um conjunto organizado de conhecimentos, que guarda uma lógica interna e tem princípios, conceitos e categorias específicos, unificados em uma terminologia própria. Mas é intuitiva a distinção a ser feita em relação às ciências da natureza. Essas últimas são domínios que lidam com fenômenos que se ordenam independentemente da vontade humana, seja o legislador, o público em geral, seja o intérprete. São ciências que se destinam a explicar o que lá já está. Sem pretender subestimar complexidades epistemológicas, são domínios em que o anseio científico por objetividade e comprovação imparcial se realiza mais intensamente. Já o direito se insere no campo das ciências sociais e tem, sobretudo, uma pretensão prescritiva: ele procura moldar a vida de acordo com suas normas. E normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando a determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisarão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos.

Como consequência, tanto a criação quanto a aplicação do direito dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador, seja o intérprete. A legislação, como ato de vontade humana, expressará os interesses dominantes – ou, se se preferir, o interesse público, tal como compreendido pela maioria, em um dado momento e lugar. E a jurisdição, que é a interpretação final do direito aplicável, expressará, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas. Diante de tais premissas, é possível extrair uma conclusão parcial bastante óbvia, ainda que frequentemente encoberta: o mantra repetido pela comunidade jurídica mais tradicional de que o direito é diverso da política exige um complemento. É distinto, sim, e por certo; mas não é isolado dela. Suas órbitas se cruzam e, nos momentos mais dramáticos, se chocam, produzindo vítimas de um ou dos dois lados: a justiça e a segurança jurídica, que movem o direito; ou a soberania popular e a legitimidade democrática, que devem conduzir a política. A seguir se exploram diferentes aspectos dessa relação. Alguns deles são ligados à teoria do direito e da interpretação, e outros às circunstâncias dos juízes e órgãos julgadores.

**II. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUAS COMPLEXIDADES: O ENCONTRO NÃO MARCADO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA****1. A linguagem aberta dos textos jurídicos**

A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem

determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsia. Embora nem sempre as coisas sejam simples como parecem, há pouca dúvida do que signifique município, orçamento ou previdência complementar. Mas a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Calamidade pública, relevância e urgência ou crime político são conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade. O fenômeno se repete com maior intensidade quando se trate de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa ou solidariedade social. Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.

## **2. Os desacordos morais razoáveis**

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável<sup>(65)</sup>. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas.

## **3. As colisões de normas constitucionais**

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Essas colisões podem se dar, em primeiro lugar, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio ambiente ou entre livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Também é possível a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vir (no caso, imagine-se, de uma passeata que

bloqueie integralmente uma via de trânsito essencial). Por fim, é possível cogitar de colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como o caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro. Em todos esses exemplos, à vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica.

Todas essas hipóteses referidas acima – ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas – recaem em uma categoria geral que tem sido referida como casos difíceis (*hard cases*)(66) . Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção. O proprietário de um imóvel urbano deve pagar imposto predial. A Constituição não permite ao chefe do Executivo um terceiro mandato. Já os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma. Pode um artista, em nome do direito de privacidade, impedir a divulgação de sua biografia, escrita por um pesquisador? Pode o autor de uma ação de investigação de paternidade exigir que o indigitado pai se submeta coativamente a exame de DNA? Em ambos os casos, que envolvem questões constitucionais – privacidade, liberdade de expressão, direitos da personalidade, liberdade individual – a solução para a disputa não é encontrável pré-pronta no sistema jurídico: ela precisa ser desenvolvida justificadamente pelo intérprete.

#### **4. A interpretação constitucional e seus métodos**

Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida esta premissa – a de que o juiz, ao menos em certos casos, precisa recorrer a elementos extrajurídicos –, ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação. Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou expresso, prestando maior deferência ao legislador ordinário(67). Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação(68). Seu método ou filosofia

judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões(69). E aí surge uma nova variável: o resultado baseado não no princípio, mas no fim, no resultado(70).

Nesse ponto, impossível não registrar a tentação de se abrir espaço para o debate acerca de uma das principais correntes filosóficas do direito contemporâneo: o *pragmatismo jurídico*, com seu elemento constitutivo essencial, que é o consequencialismo. Para essa concepção, as consequências e resultados práticos das decisões judiciais, assim em relação ao caso concreto como ao sistema como um todo, devem ser o fator decisivo na atuação dos juízes e tribunais(71). O pragmatismo jurídico afasta-se do debate filosófico em geral, seja moral, seja político – inclusive o que mobilizou jusnaturalistas e positivistas em torno da resposta à pergunta “o que é o direito?” – e se alinha a um empreendimento teórico distinto, cuja indagação central é: “como os juízes devem decidir?”(72) Não é o caso, aqui, de se objetar que uma coisa não exclui a outra. A realidade incontornável, na circunstância presente, é que o desvio que conduz ao debate sobre o pragmatismo jurídico não poderá ser feito no âmbito deste trabalho. E isso não apenas por afastá-lo do seu eixo central, como também pela complexidade da tarefa de qualificar o que seja pragmatismo jurídico e de sistematizar as diferentes correntes que reivindicam o rótulo.

### **III. O JUIZ E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS: INFLUÊNCIAS POLÍTICAS EM UM JULGAMENTO**(73)

No modelo idealizado, o direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam: na independência do Judiciário e na vinculação do juiz ao sistema jurídico. A independência se manifesta, como assinalado, em garantias institucionais – como a autonomia administrativa e financeira – e garantias funcionais dos juízes, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Como regra geral, a investidura e a ascensão na carreira da magistratura se dá por critérios técnicos ou por avaliações *interna corporis*. Nos casos em que há participação política na nomeação de magistrados para tribunais, ela se esgota após a posse, pois a permanência vitalícia do magistrado no cargo já não dependerá de qualquer novo juízo político. A autonomia e especificidade do universo jurídico, por sua vez, consistem em um conjunto de doutrinas, categorias e princípios próprios, manejados por juristas em geral – aí incluídos juízes, advogados, membros do Ministério Público e demais participantes do processo jurídico e judicial – que não se confundem com os da política. Trata-se de um discurso e de um código de relação diferenciados. Julgar é distinto de legislar e de administrar. Juízes não criam o direito nem definem as ações administrativas. Seu papel é aplicar a Constituição e as leis, valendo-se de um conjunto de institutos consolidados de longa data, sendo que a jurisprudência desempenha, crescentemente, um papel limitador dessa atuação, pela vinculação aos precedentes. Direito e política, nessa visão, constituem mundos apartados.

Há um modelo oposto a esse, que se poderia denominar de modelo cético, que descrê da autonomia do direito em relação à política e aos

fenômenos sociais em geral. Esse é o ponto de vista professado por movimentos teóricos de expressão, como o realismo jurídico, a teoria crítica e boa parte das ciências sociais contemporâneas. Todos eles procuram descrever o mundo jurídico e as decisões judiciais como são, e não como deveriam ser. Afirmam, assim, que a crença na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não passam de mitos. Não é verdade que o direito seja um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas. Essa é uma fantasia do formalismo jurídico. Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Todo *caso difícil* pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquela que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo.

O modelo real, como não é difícil de intuir, terá uma dose razoável de cada uma das visões extremas descritas acima. O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Entre eles, incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional. Por longo tempo, a teoria do direito procurou negar esse fato, a despeito das muitas evidências. Pois bem: a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada<sup>(74)</sup>. Cuida-se de entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito<sup>(75)</sup>. Pois é justamente este o objetivo do presente tópico: analisar alguns desses elementos metajurídicos que influenciam ou podem influenciar as decisões judiciais. Confira-se a sistematização a seguir.

### **1. Valores e ideologia do juiz**

Como assinalado, o realismo jurídico, um dos mais importantes movimentos teóricos do direito no século XX, contribuiu decisivamente para a superação do formalismo jurídico e da crença de que a atividade judicial seria mecânica, acrítica e unívoca. Enfatizando que o direito tem ambiguidades e contradições, o realismo sustentava que a lei não é o único – e, em muitos casos, sequer o mais importante – fator a influenciar uma decisão judicial. Em uma multiplicidade de hipóteses, é o juiz que faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos<sup>(76)</sup>. Em linha análoga, mas dando proeminência absoluta ao elemento político, a teoria crítica<sup>(77)</sup>, no mundo romano-germânico, e os



*critical legal studies*, nos Estados Unidos, sustentaram que decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade(78). Tanto o realismo quanto a teoria crítica refluíram drasticamente nas últimas décadas, mas deixaram uma marca indelével no pensamento jurídico contemporâneo(79). Mais recentemente, um conjunto de estudos empíricos, oriundos, sobretudo, da ciência política, recolocaram no centro do debate jurídico o tema dos valores, preferências e ideologia do juiz na determinação do resultado de casos judiciais(80).

Há, de fato, quem sustente ser mais fácil saber um voto ou uma decisão pelo nome do juiz do que pela tese jurídica aplicável(81). Essa visão cética acarreta duas consequências negativas: deslegitima a função judicial e libera os juízes para fazerem o que quiserem(82). Há uma razão subjetiva e outra objetiva que se pode opor a esse ponto de vista. A primeira: é possível assumir, como regra geral, que juízes verdadeiramente vocacionados têm como motivação primária e principal a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes(83). Não se deve minimizar esse sentido de dever que move as pessoas de bem em uma sociedade civilizada. Em segundo lugar, o direito – a Constituição, as leis, a jurisprudência, os elementos e métodos de interpretação – sempre desempenhará uma função limitadora. O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador. Por exemplo: o desejo de punir uma determinada conduta não é capaz de superar a ocorrência de prescrição. O ímpeto de conhecer e julgar uma causa não muda a regra sobre legitimação ativa ou sobre prejudicialidade(84). De modo que o sentimento pessoal de cumprir o próprio dever e a força vinculante do direito são elementos decisivos na atuação judicial. Mas há que se reconhecer que não são únicos.

Com efeito, a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam o que sempre foi possível intuir: os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos. Por exemplo: na apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a posição contrária à lei que as autorizava foi liderada por ministro ligado historicamente ao pensamento e à militância católica, sendo certo que a Igreja se opõe às investigações científicas dessa natureza. Nos Estados Unidos, fez parte da estratégia conservadora, iniciada com a posse de Ronald Reagan, em 1981, nomear para a Suprema Corte ministros que pudessem reverter decisões judiciais consideradas progressistas, em temas como ações afirmativas, aborto e direitos dos acusados em processos criminais. Inúmeras pesquisas, no Brasil e nos Estados Unidos, confirmam que as preferências políticas dos juízes constituem uma das variáveis mais relevantes para as decisões judiciais, notadamente nos casos difíceis. É de se registrar que o processo psicológico que conduz a uma decisão pode ser consciente ou inconsciente.

Note-se que no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, o carimbo político é menos relevante ou, no mínimo, menos visível, na medida em que

a maior parte dos cargos no Judiciário são preenchidos mediante concurso público e promoções internas<sup>(91)</sup>. Mas não é esse o caso das nomeações para o Supremo Tribunal Federal, em que os parâmetros constitucionais são vagos – reputação ilibada e notável saber jurídico – e a escolha pessoal do presidente da República é o fator mais importante, sem embargo da aprovação pelo Senado Federal. Na literatura norte-americana, tem sido destacada a importância do gênero e da raça na determinação de certos padrões decisórios do juiz. No caso brasileiro, em tribunais superiores, em geral, e no STF, em particular, a origem profissional do ministro imprime características perceptíveis na sua atuação judicial: ministros que vêm da magistratura, do Ministério Público, da advocacia privada, da advocacia pública ou da academia tendem a refletir, no exercício da jurisdição, a influência de experiências pretéritas<sup>(92)</sup>. Note-se, todavia, em desfecho do tópico, que eventuais preferências políticas do juiz são contidas não apenas por sua subordinação aos sentidos mínimos das normas constitucionais e legais, como também por fatores extrajudiciais, dentre os quais se podem destacar: a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública.

## **2. Interação com outros atores políticos e institucionais**

Como se vem enfatizando até aqui, decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos. Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural. Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Entre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais. E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento.

### **2.1. Preservação ou expansão do poder da Corte**

O primeiro impulso natural do poder é a autoconservação. É intuitivo, assim, que um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade, quer pelo acolhimento de reclamações<sup>(93)</sup>, quer pela reafirmação de sua jurisprudência. Alguns exemplos comprovam o argumento. Após haver cancelado a Súmula nº 394, excluindo do *foro privilegiado* os agentes públicos que deixassem o exercício da função<sup>(94)</sup>, o STF invalidou lei editada pelo Congresso Nacional que restabelecia a orientação anterior. O acórdão considerou haver usurpação de sua função de intérprete final da Constituição<sup>(95)</sup>. Em outro caso, o STF considerou inconstitucional dispositivo legal que impedia a progressão de regime em

caso de crime hediondo(96). Decisão do juiz de direito de Rio Branco, no Acre, deixou de aplicar a nova orientação, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade fora incidental e não produzia efeitos vinculantes. A Corte reagiu, e não apenas desautorizou o pronunciamento específico do magistrado estadual, como deu início a uma discussão de mais largo alcance sobre a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* à sua decisão de inconstitucionalidade, mesmo que no controle incidental, retirando do Senado a atribuição de suspender a lei considerada inválida(97). Um terceiro e último exemplo: após haver concedido *habeas corpus* a um banqueiro, preso temporariamente ao final de uma polêmica operação policial, o STF considerou afronta à Corte a decretação, horas depois, de nova prisão, dessa vez de natureza preventiva, ordenada pelo mesmo juiz, e concedeu um segundo *habeas corpus*(98) .

O segundo impulso natural do poder é a expansão(99). No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e de legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas, tal como identificado o fenômeno em tópico anterior(100). Exemplos emblemáticos e sempre lembrados são os dos julgamentos da fidelidade partidária – em que o STF criou, por interpretação do princípio democrático, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar(101)– e do nepotismo, em que a Corte, com base na interpretação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, estabeleceu a vedação do nepotismo nos três Poderes(102). Ações como as que tratam da legitimidade da interrupção da gestação em caso de feto anencefálico(103) e da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas(104) também envolvem uma atuação quase normativa do Supremo Tribunal Federal. Tudo sem mencionar a mudança jurisprudencial em tema de mandado de injunção(105) e o progressivo questionamento que se vem fazendo, no âmbito da própria Corte, acerca da jurisprudência tradicional de que o STF somente possa funcionar como legislador negativo(106).

Em 2009, o STF solucionou uma disputa constitucional – e de espaço político – entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em favor da expansão do poder deste último. De fato, acórdão da 2ª. Turma do STF, por diferença de um voto, legitimou decisão do STJ de devolver lista sêxtupla enviada pela OAB, sem motivação objetiva, sob o fundamento de que nenhum dos nomes obteve quórum para figurar na lista tríplex a ser encaminhada ao presidente da República(107) . A decisão, de certa forma, está em desacordo com precedente do próprio STF(108) e esvazia a competência do órgão de representação dos advogados, cuja lista, doravante, estará sujeita a ingerência do STJ. A matéria não chegou ao Plenário do STF, onde o resultado, possivelmente, teria sido diverso.

## **2.2. Relações com outros Poderes, órgãos e entidades estatais**

As manifestações processuais e extraprocessuais de outros Poderes, órgãos e entidades estatais são elementos relevantes do contexto institucional em que produzidas as decisões judiciais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Em tema de ações diretas de inconstitucionalidade, as ações movidas pelo procurador-geral da República têm o maior índice de acolhimento entre todos os legitimados(109). O parecer da Procuradoria-Geral da República – isto é, seu pronunciamento nos casos em que não é parte – é visto como expressão do interesse público primário que deve ser preservado na questão. A despeito da ausência de pesquisas empíricas, é possível intuir que um percentual muito significativo das decisões do STF acompanha a manifestação do Ministério Público Federal(110). Já a atuação da Advocacia-Geral da União expressará o interesse ou o ponto de vista do Poder Executivo, especialmente do presidente da República. Em questões que envolvem a Fazenda Pública, estudos empíricos certamente demonstrariam uma atuação favorável ao Erário, revelada emblematicamente em questões de vulto, como as relativas ao FGTS, à Cofins ou ao IPI alíquota zero, por exemplo(111). Em todas elas, a Corte alterou ou a sua própria jurisprudência ou a do Superior Tribunal de Justiça, dando ganho de causa à União(112). A cultura política dominante ainda considera aceitável que ministros de Estado visitem pessoalmente os ministros do Supremo Tribunal Federal, por vezes após iniciados os julgamentos, para pedirem decisões favoráveis ao ponto de vista em que têm interesse(113).

Também o Congresso Nacional apresenta defesa em processos nos quais seja parte e, especialmente, em ações diretas contra leis federais. Sendo a ação direta de inconstitucionalidade contra lei estadual, também participam do processo a Assembleia Legislativa e o governador do Estado. Note-se que o peso político do estado pode fazer diferença em relação à deferência com a legislação estadual. Por exemplo: após inúmeras decisões considerando inconstitucionais leis estaduais que proibiam o uso do amianto, o STF deixou de conceder medida cautelar para suspender lei do estado de São Paulo que dispunha no mesmo sentido, revisitando tema que se encontrava já pacificado na Corte(114).

### **3. Perspectiva de cumprimento efetivo da decisão**

Tribunais, como os titulares de poder em geral, não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas. E, portanto, essa é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitada. Tribunais não têm tropas nem a chave do cofre(115). Em muitas situações, precisarão do Executivo, do Congresso ou mesmo da aceitação social para que suas deliberações sejam cumpridas. Há exemplos, em diferentes partes do mundo, de decisões que não se tornaram efetivas. Na Itália, aliás, o primeiro-presidente do Tribunal Constitucional renunciou precisamente por essa razão(116). Na Alemanha, a decisão no célebre caso do crucifixo foi generalizadamente desrespeitada(117). Nos Estados Unidos, a dessegregação imposta por *Brown v. Board of Education*, em decisão de 1954, levou mais de uma década para começar a ser efetivamente cumprida(118). A decisão no caso *Chada* foi ignorada pelo Congresso(119). No Brasil, há precedentes em que o

STF fixou prazo para a atuação do legislador, sem que tivesse sido obedecido(120). Em tema de intervenção federal, a despeito do manifesto descumprimento por estados da Federação do dever constitucional de pagar precatórios, a Corte igualmente optou por linha jurisprudencial que não desmoralizasse suas decisões, diante das dificuldades financeiras dos entes estatais(121). Outro exemplo emblemático, nesse domínio, foi a decisão proferida em 1955, quando da tentativa do vice-presidente Café Filho de retornar à presidência(122).

#### **4. Circunstâncias internas dos órgãos colegiados**

Inúmeros fatores extrajurídicos influenciam as decisões de um órgão colegiado(123). No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um *hearing*, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juízes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora(124). Em parte como consequência desse modelo de votação pública, o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários(125). Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final.

Nada obstante isso, um colegiado nunca será a mera soma de vontades individuais, mesmo em um sistema como o brasileiro. Não é incomum um ministro curvar-se à posição da maioria, ao ver seu ponto de vista derrotado. Por vezes, os julgadores poderão procurar, mediante concessões em relação à própria convicção, produzir um resultado de consenso(126). Alinhamentos internos, em função da liderança intelectual ou pessoal de um ministro, podem afetar posições. Por vezes, até mesmo um desentendimento pessoal poderá produzir impacto sobre a votação. Ainda quando possa ocorrer em qualquer tribunal do mundo, seria menos aceitável, eticamente, a troca de apoios em casos diversos: um ministro acompanhando o outro em determinada votação, em troca de reciprocidade – em típica apropriação da linguagem político-partidária(127). Também podem influenciar decisivamente o resultado de um julgamento o relator sorteado, a ordem de votação efetivamente seguida ou mesmo um pedido de vista. Por igual, o método de seleção de casos a serem conhecidos e a elaboração da própria pauta de julgamentos envolve escolhas políticas acerca da agenda da corte a cada tempo(128).

#### **5. A opinião pública**

O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e

deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude<sup>(129)</sup>. O quadro, hoje, é totalmente diverso<sup>(130)</sup>. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão<sup>(131)</sup>.

A relação entre órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das majorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social<sup>(132)</sup>. Três exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que representaram revisão de entendimentos anteriores que não correspondiam às demandas sociais: a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função (cancelamento da Súmula nº 394); a proibição do nepotismo, conduta que por longo tempo foi social e juridicamente aceita; e a imposição de fidelidade partidária, penalizando o “troca-troca” de partidos após as eleições<sup>(133)</sup>. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, na década de 1930, após se opor tenazmente às políticas sociais do *New Deal*, terminou por se alinhar com as iniciativas de Roosevelt, que tinham amplo apoio popular. Mais recentemente, passou-se o mesmo em relação à descriminalização das relações homossexuais<sup>(134)</sup>.

Todavia, existe nesse domínio uma fina sutileza. Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim<sup>(135)</sup>. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas

isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajudicial relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais<sup>(136)</sup>. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade<sup>(137)</sup>.

#### **IV. A AUTONOMIA RELATIVA DO DIREITO EM RELAÇÃO À POLÍTICA E A FATORES EXTRAJUDICIAIS**

Na literatura jurídica norte-americana, os autores costumam identificar modelos diversos de comportamento judicial, dentre os quais se destacam o legalista, o ideológico e o estratégico<sup>(138)</sup>. O modelo legalista corresponde à concepção mais tradicional, próxima ao formalismo jurídico, crente na objetividade do direito e na neutralidade do intérprete. O modelo ideológico coloca ênfase nas preferências políticas pessoais do juiz como fator determinante das decisões judiciais. O modelo estratégico, por sua vez, leva em conta pretensões de juízes e tribunais de conservação e expansão de seu poder, conjugada com a preocupação de ver suas decisões cumpridas e, no limite, assegurar a própria sobrevivência. O presente trabalho desenvolveu-se sobre a crença de que nenhum dos três modelos prevalece em sua pureza: a vida real é feita da combinação dos três. Sem embargo das influências políticas e das opções estratégicas, o direito conservará sempre uma autonomia parcial<sup>(139)</sup>.

Ainda quando não possa oferecer todas as soluções pré-prontas em seus enunciados normativos, conceitos e precedentes, o direito limita as possibilidades legítimas de solução. De fato, deverão elas caber nas alternativas de sentido e de propósitos dos textos, assim como harmonizar-se com o sistema jurídico como um todo. De parte isso, os argumentos utilizáveis em um processo judicial na construção de qualquer decisão precisam ser assimiláveis pelo direito, não somente por serem de razão pública, mas por seguirem a lógica jurídica, e não a de qualquer outro domínio<sup>(140)</sup>. Ademais, a racionalidade e a razoabilidade de qualquer decisão estará sujeita, no mínimo, à revisão por um segundo grau de jurisdição, assim como ao controle social, que hoje é feito em sítios jurídicos na *internet*, em fóruns de debates e, crescentemente, na imprensa geral. Vale dizer: a atuação judicial é limitada pelas possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento, pelo tipo de argumentação jurídica utilizável e pelo controle de razoabilidade e de racionalidade que restringem as influências extrajudiciais de natureza ideológica ou estratégica. Mas não as inibem inteiramente. Reconhecer isso não diminui o direito, mas antes permite que ele se relacione com a política de maneira transparente, e não escamoteada.

#### **Conclusão**

#### **ENTRE A RAZÃO E A VONTADE**

Examinando cada uma das partes em que se dividiu o presente trabalho, é possível enunciar, em proposições objetivas, três ideias básicas:

1. Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstando-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

2. Na concepção tradicional e idealizada, direito e política integram mundos apartados, que não devem se comunicar. Para realizar tal propósito, o Judiciário é dotado de garantias que visam a assegurar sua independência e os órgãos judiciais são vinculados ao direito posto. Vale dizer: limitar-se-iam a aplicar a Constituição e as leis, produtos da vontade do constituinte e do legislador, sem exercer vontade política própria nem atividade criativa. Essa pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar. As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos – ao menos neles –, a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega.

3. Embora não possa oferecer soluções pré-prontas em muitas situações, o direito limita as possibilidades legítimas de solução que podem ser construídas pelos intérpretes judiciais. Com isso, contém-se parcialmente o exercício de escolhas voluntaristas e arbitrárias. De parte disso, inúmeros outros fatores influenciam a atuação de juízes e tribunais, como a interação com outros atores políticos e institucionais, preocupações com o cumprimento das decisões judiciais, circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública, entre outros. Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer esse fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.



\* Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UnB e da Universidade de Wrocław, Polônia. Mestre em direito pela Universidade de Yale. Doutor e livre-docente pela UERJ.

Parte da pesquisa para este trabalho foi realizada na Universidade de Harvard – na Faculdade de Direito e na Kennedy School of Government. Sou grato à instituição e, especialmente, ao Professor Filipe Campante, pela acolhida que me deram como pesquisador visitante, nos meses de julho de 2009 e janeiro de 2010. E à Renata Campante e ao Paulo Barroto, pela amizade, atenção e muitas dicas que tornaram a pesquisa e a vida mais fáceis. Sou grato, também, a Ana Paula de Barcellos e a Thiago Magalhães Pires, pela leitura atenta e comentários importantes. E a Daniel Sarmento por uma boa sugestão, que ficará para a próxima.

(1) É da tradição da doutrina brasileira grafar a palavra direito com letra maiúscula, em certos contextos. Neste trabalho, todavia, em que o termo é empregado em sua relação com a política, o uso da maiúscula poderia passar a impressão de uma hierarquização entre os dois domínios, o que não é minha intenção. Restaria a alternativa de grafar política com maiúscula. Mas também não me pareceu ser o caso.

(2) O termo “política” é utilizado neste trabalho em uma acepção ampla, que transcende uma conotação partidária ou de luta pelo poder. Na acepção aqui empregada, “política” abrange qualquer influência extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento.

(3) A Parte I deste trabalho, especialmente os capítulos II e III, beneficia-se da pesquisa e de algumas passagens de texto anterior de minha autoria, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, publicado na Revista de direito do Estado 13: 71, 2009.

(4) V. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14-17; e Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 2005, p. 21-41.

(5) Sobre o tema, v. o trabalho pioneiro de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. V. tb., Giselle Cittadino, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes*. In: Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002. Vejam-se, ainda: Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, *Dezessete anos de judicialização da política*, *Tempo Social* 19:39, 2007; Ernani Carvalho, *Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política*, *Análise Social* 44:315, 2009, e Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, *Revista de Sociologia Política* 23:115, 2004; Rogério Bastos Arantes, *Judiciário: entre a justiça e a política*, In: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/9/9d/Arantes.pdf>, e *Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil*. In: Rachel Sieder, Line Schjolden e Alan Angell, *The judicialization of politics in Latin America*, 2005, p. 231-62; Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, *Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito – um problema da teoria constitucional da democracia*, *Revista Jurídica da FIC* 7:9, 2006; Luciano da Ros, *Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo*, *Direito, Estado e Sociedade* 31:86, 2007; e Thais Florencio de Aguiar, *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*, *Ponto e Vírgula* 2:142, 2007.

(6) V. Alec Stone Sweet, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, 2000, p. 35-36 e 130. A visão prevalecte nas democracias parlamentares tradicionais de ser necessário evitar um “governo de juizes”, reservando ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo, já não corresponde à prática política atual. Tal compreensão da separação de Poderes encontra-se em “crise profunda” na Europa continental.

(7) Para uma análise das condições para o surgimento e consolidação da judicialização, v. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 117.

(8) V. Ran Hirschl, *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*, *Fordham Law Review* 75:721, 2006-2007, p. 721. A referência envolve países como Canadá, Israel, Nova Zelândia e o próprio Reino Unido.

(9) Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5.

- (10) Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*.
- (11) Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino.
- (12) Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico.
- (13) Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade.
- (14) Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*.
- (15) Na França, foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do governo. V. *Le Monde*, 12 jan. 2010, [http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons\\_1290457\\_823448.html](http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons_1290457_823448.html). Nos Estados Unidos, a decisão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, invalidando os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais, foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama. V. *New York Times*, 24 jan. 2010, p. A-20.
- (16) Sobre o fenômeno na América Latina, v. Rachel Sieder, Line Schjolden e Alan Angell, *The judicialization of politics in Latin America*, 2005.
- (17) De acordo com Rodrigo Uprimny Yepes, *Judicialization of politics in Colombia*, *International Journal on Human Rights* 6:49, 2007, p. 50, algumas das mais importantes hipóteses de judicialização da política na Colômbia envolveram: a) luta contra a corrupção e para mudança das práticas políticas; b) contenção do abuso das autoridades governamentais, especialmente em relação à declaração do estado de emergência ou estado de exceção; c) proteção das minorias, assim como a autonomia individual; d) proteção das populações estigmatizadas ou aqueles em situação de fraqueza política; e e) interferência com políticas econômicas, em virtude da proteção judicial de direitos sociais.
- (18) V. Rodrigo Uprimny Yepes, *Judicialization of politics in Colombia*, *International Journal on Human Rights* 6:49, mimeografado, 2007, p. 57. V. tb. José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. In: *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria dos direitos*, 2009, p. 44: “Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controversos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões”.
- (19) V. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>.
- (20) A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”.
- (21) Sobre o tema, em língua portuguesa, v. Luís Roberto Barroso, *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos*. In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, p. 144 e s.

(O legado de Warren: ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais). Para uma interessante biografia de Warren, bem como um denso relato do período, v. Jim Newton, *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, 2006.

(22) Alguns exemplos representativos: considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (*Roe v. Wade*).

(23) Jim Newton, *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, 2006, p. 405.

(24) V. Randy E. Barnett, Constitutional clichês, *Capital University Law Review* 36:493, 2007, p. 495: "Normalmente, no entanto, 'ativismo judicial' é empregado para criticar uma prática judicial que deve ser evitada pelos juízes e que merece a oposição do público". Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1463 e s. afirma que não se trata de um conceito monolítico e aponta cinco sentidos em que o termo tem sido empregado no debate americano, no geral com uma conotação negativa: a) declaração de inconstitucionalidade de atos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais; b) ignorar precedentes aplicáveis; c) legislação pelo Judiciário; d) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e e) julgamentos em função dos resultados.

(25) Como assinalado no texto, a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren. É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado. Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a desempenhar. V. Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist, The scientific study of judicial activism, *Minnesota Law Review* 91:1752, 2006-2007, p. 1753 e 1757-8; Cass Sunstein, Tilting the scales rightward, *New York Times*, 26 abr. 2001 ("um notável período de ativismo judicial direitista") e Erwin Chemerinsky, Perspective on Justice: and federal law got narrower, narrower, *Los Angeles Times*, 18 mai. 2000 ("ativismo judicial agressivo e conservador").

(26) Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

(27) V. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 70 e 77: "Em primeiro lugar, temos que observar que as qualidades morais são de tal modo constituídas que são destruídas pelo excesso e pela deficiência.(...) [O] excesso e a deficiência são uma marca do vício e a observância da mediania uma marca da virtude...".

(28) Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16-23: "A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial".

(29) Um dos principais representantes dessa corrente é Jeremy Waldron, autor de *Law and disagreement*, 1999, e *The core of the case against judicial review*, *Yale Law Journal* 115:1346, 2006. Sua tese central é a de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja “disfuncional”, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do processo judicial.

(30) V. Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, 2004. Após analisar as experiências de Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul, o autor conclui que o aumento do poder judicial por via da constitucionalização é, no geral, “um pacto estratégico entre três partes: as elites políticas hegemônicas (e crescentemente ameaçadas) que pretendem proteger suas preferências políticas contra as vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que comungam da crença no livre mercado e da antipatia em relação ao governo; e cortes supremas que buscam fortalecer seu poder simbólico e sua posição institucional” (p. 214). Nos Estados Unidos, em linha análoga, uma corrente de pensamento referida como “constitucionalismo popular” também critica a ideia de supremacia judicial. V., dentre muitos, Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, 1999, p. 177, onde escreveu: “Os liberais (progressistas) de hoje parecem ter um profundo medo do processo eleitoral. Cultivam um entusiasmo no controle judicial que não se justifica, diante das experiências recentes. Tudo porque têm medo do que o povo pode fazer”.

(31) A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, DJ, 12 mai.2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

(32) V. Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Public Law and Legal Theory Working Paper* No. 28, 2002: “Ao chamarmos atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, estamos sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídicas” (p. 2). Sobre o tema, v. tb. Adrian Vermeule, *Foreword: system effects and the constitution*, *Harvard Law Review* 123:4, 2009.

(33) Por exemplo: em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

(34) Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, *Revista de direito do Estado* 3:17, 2006, p. 34. Também sobre o tema, v. Daniel Sarmiento, *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008, p. 317: “[U]ma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização...”.

(35) Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.

(36) V. Jeremy Waldron, *The core case against judicial review*, *The Yale Law Journal* 115:1346, p. 133: “A judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação” (tradução livre e ligeiramente editada).

(37) Rodrigo Uprimny Yepes, *Judicialization of politics in Colombia*, *International Journal on Human Rights* 6:49, 2007, p. 63: “O uso de argumentos jurídicos para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução para muitos problemas políticos não exige engajamento democrático, mas em vez disso juizes e agentes públicos providenciais”.

(38) Exemplo emblemático de debate apaixonado foi o que envolveu o processo de extradição do ex-militante da esquerda italiana Cesare Battisti. Na ocasião, assinalou o Ministro Eros Grau: “Parece que não há condições no tribunal de um ouvir o outro, dada a

paixão que tem presidido o julgamento deste caso". Sobre o ponto, v. Felipe Recondo e Mariângela Galluci, Caso Battisti expõe crise no STF. In: *Estado de São Paulo*, 22.11.2009.

(39) Em 22 abr.2009, diferentes visões sobre a relação Judiciário, mídia e sociedade levaram a uma ríspida discussão entre os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. V. <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/04/22/na-integra-bate-boca-entre-joaquim-barbosa-mendes-179585.asp>.

(40) V. Dieter Grimm, Jurisdição constitucional e democracia, *Revista de Direito do Estado* 4:3, 2006, p. 9: "A jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. (...) [Há] suficientes provas históricas de que um estado democrático pode dispensar o controle de constitucionalidade. (...) Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como o Reino Unido e a Holanda, que não adotam o controle de constitucionalidade". Sobre o tema, inclusive com uma reflexão acerca da posição de Dieter Grimm aplicada ao Brasil, v. Thiago Magalhães Pires, Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil, *Revista de direito do Estado* 12:181, 2009, p. 194 e s.

(41) Eduardo Bastos de Mendonça, *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*, p. 10. Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor. Para uma defesa do ponto de vista de que as cortes constitucionais deve servir como "instâncias de fortalecimento da representação política", v. Thamy Pogrebinski, Entre judicialização e representação. O papel político do Supremo Tribunal Federal e o experimentalismo democrático brasileiro, mimeografado, 2009.

(42) Um dos principais críticos da *judicial review*, isto é, à possibilidade de cortes de justiça declararem a inconstitucionalidade de atos normativos, Jeremy Waldron, no entanto, reconhece que ela pode ser necessária para enfrentar patologias específicas, em um ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes. V. Jeremy Waldron, The core case against judicial review, *The Yale Law Journal* 115:1346, p. 1359 e s.

(43) Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 89-90.

(44) Para uma crítica da visão do Judiciário como instância de proteção das minorias e de defesa das regras democráticas, v. Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo, *Direito, Estado e Sociedade* 31:86, 2007, p. 100-1, onde averbou: "Pode-se afirmar que tribunais são instituições que operam rigorosamente dentro dos limites que a dinâmica das outras forças políticas e institucionais lhes impõem, raramente decidindo fora do círculo de preferências dos atores políticos. A idéia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos acadêmicos, pode ser considerada ingênua".

(45) Na jurisprudência norte-americana, o caso *Chevron* é o grande precedente da teoria da deferência administrativa em relação à interpretação razoável dada pela Administração. De fato, em *Chevron USA Inc. vs. National Resources Defense Council Inc.* (467 U.S. 837 (1984) ficou estabelecido que, havendo ambiguidade ou delegação legislativa para a agência, o Judiciário somente deve intervir se a Administração (no caso, uma agência reguladora) tiver atuado *contra legem* ou de maneira irrazoável.

(46) V. Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004, p. 7.

(47) V. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 3.

(48) Dieter Grimm, *Constituição e política*, 2006, p. 13.

(49) O termo *formalismo* é empregado aqui para identificar posições que exerceram grande influência em todo o mundo, como a da Escola da Exegese, na França, a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e o Formalismo Jurídico, nos Estados Unidos, cuja marca essencial era a da concepção mecanicista do direito, com ênfase na lógica formal e grande desconfiança em relação à interpretação judicial.

(50) Para Brian Z. Tamahana, *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, 2010, a existência do formalismo jurídico, com as características que lhe são atribuídas, não corresponde à realidade histórica. Segundo ele, ao menos nos Estados Unidos, essa foi uma invenção de alguns realistas jurídicos, que se apresentaram para combater uma concepção que jamais existiu, ao menos não com tais características:

autonomia e completude do direito, soluções únicas e interpretação mecânica. A tese refoge ao conhecimento convencional e certamente suscitará polêmica.

(51) V. Frederick Schauer, *Formalism: legal, constitutional, judicial*. In: Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 428-36; e Noel Struchiner, *Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico*. In: Daniel Sarmiento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 463-82. Sobre as ambiguidades do termo formalismo, v. Martin Stone, verbete “*formalismo*”. In: Jules Coleman e Scott Shapiro (Eds), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, 2002, p. 166-205.

(52) O poder constituinte, titularizado pelo povo, elabora a Constituição. A Constituição tem por propósito submeter a política ao direito, impondo a ela regras procedimentais e determinados valores substantivos. Isso não significa, todavia, quer a judicialização plena quer a supressão da política, mas a mera existência de limites, de uma “moldura”, como referido por Dieter Grimm, que acrescentou: “[U]ma política totalmente judicializada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração” (*Constituição e política*, 2006, p. 10).

(53) Note-se que no âmbito da atuação política do Legislativo inclui-se, com destaque, a fiscalização do governo e da administração pública. Importante ressaltar, igualmente, que nos países presidencialistas – e no Brasil, especialmente –, o chefe do Executivo tem participação destacada no processo legislativo, seja pela iniciativa seja pelo poder de sanção ou veto. Sobre o tema, v. Clèmerson Merlin Clève, *A atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 99-118.

(54) Salvo no tocante ao chamado quinto constitucional, em que há participação do chefe do Executivo na designação de advogados e membros do Ministério Público para o tribunal (CF, art. 94).

(55) Nos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar –, a indicação de seus ministros é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (exceto no caso do TSE). Ainda assim, existem balizamentos constitucionais, que incluem, conforme o caso, exigências de notório saber jurídico e reputação ilibada, idade e origem funcional. V. CF, arts. 101, 104, 119, 111-A e 123.

(56) Sobre a interpretação jurídica como mera função técnica de conhecimento, v. Michel Troper, verbete “*Interpretation*”. In: Denis Alland e Stéphane Rials *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 843.

(57) Registre-se a aguda observação de Dieter Grimm, ex-juiz da Corte Constitucional alemã: “A garantia constitucional de independência judicial protege os juizes da política, mas não protege o sistema constitucional e a sociedade de juizes que, por razões distintas da pressão política direta, estão dispostos a desobedecer ou distorcer a lei (Dieter Grimm, *Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics*. In: Bogdan Iancu (ed.), *The law/politics distinction in contemporary public law adjudication*, 2009, p. 26).

(58) V. Constituição Federal, arts. 95 e 99. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça*, *Interesse Público* 30:13, 2005.

(59) Em texto escrito anteriormente à criação do Conselho Nacional de Justiça, e tendo como pano de fundo disputas politizadas ligadas à privatização e aos planos econômicos, escreveu Carlos Santiso, *Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability*. In: Siri Gloppen, Roberto Gargarella e Elin Skaar, *Democratization and the judiciary*, 2004, p. 172 e 177: “Excessiva independência tende a gerar incentivos perversos e insular o Judiciário do contexto político e econômico mais amplo, convertendo-o em uma instituição autárquica, incapaz de responder às demandas sociais. (...) Independência sem responsabilidade política (*accountability*) pode ser parte do problema e não da solução”.

(60) Em uma das audiências que antecederam sua confirmação como Presidente da Suprema Corte americana, em setembro de 2005, John G. Roberts Jr. voltou a empregar essa metáfora frequente: “Juizes são como árbitros desportivos (*umpires*). Eles não fazem as regras; eles as aplicam. O papel de um árbitro, assim como o de um juiz, é muito importante. Eles asseguram que todos joguem de acordo com as regras. Mas é um papel limitado”. A passagem está reproduzida em *Week in review*, *New York Times*, 12 jul. 2009.

V. a íntegra do depoimento em <http://www.gpoaccess.gov/congress/senate/judiciary/sh109-158/55-56.pdf>.

(61) V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 69-71. “A fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo”. Por exemplo: a igualdade racial, a igualdade de gênero, a orientação sexual, os direitos reprodutivos, o direito do acusado ao devido processo legal, entre outras, são questões de princípio, e não de política.

(62) John Rawls, *Political liberalism*, 1996, p. 212 e s., especialmente p. 231-40. Nas suas próprias palavras: “(A razão pública) se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública”. Para uma crítica da visão de Rawls, v. Jeremy Waldron, *Public reason and ‘justification’ in the courtroom*, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1: 108, 2007.

(63) V. Eduardo Mendonça, *A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política*, *Revista de direito do Estado* 13:211, 2009, p. 212.

(64) Sobre o conceito de legitimidade e sua evolução, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2008, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, p. 33-47.

(65) Sobre o tema, na literatura mais recente, v. Christopher McMahon, *Reasonable disagreement: a theory of political morality*, 2009; e Folke Tersman, *Moral disagreement*, 2006.

(66) Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 81 e s.; e Aharon Barak, *The judge in a democracy*, 2006, p. xiii e s.

(67) Cass Sunstein, *Radicals in robes*, 2005, identifica quatro abordagens no debate constitucional: perfeccionismo, majoritarismo, minimalismo e fundamentalismo. O perfeccionismo, adotado por muitos juristas progressistas, quer fazer da Constituição “o melhor que ela possa ser”. O majoritarismo pretende diminuir o papel da Suprema Corte e favorecer o processo político democrático, cujo centro de gravidade estaria no Legislativo. O minimalismo é cético acerca de teorias interpretativas e acredita em decisões menos abrangentes, focadas no caso concreto e não em proposições amplas. O fundamentalismo procura interpretar a Constituição dando-lhe o sentido que tinha quando foi ratificada. Para uma dura crítica ao minimalismo defendido por Sunstein, v. Ronald Dworkin, *Looking for Cass Sunstein*, *The New York Review of Books* 56, 30 abr. 2009 (também disponível em <http://www.nybooks.com/articles/22636>).

(68) Sobre o ponto, v. Alexandre Garrido da Silva, *Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*, *Revista de direito do Estado* 12:107, p. 139: “É importante destacar que não há um magistrado que em sua prática jurisdicional seja sempre minimalista ou perfeccionista. Nos casos da fidelidade partidária, da cláusula de barreira e da inelegibilidade, por exemplo, o Min. Eros Grau assumiu um posicionamento nitidamente minimalista e formalista, ao passo que no caso do amianto aproximou-se, conforme foi visto, do modelo perfeccionista”.

(69) Para essa visão cética, v. Richard A. Posner, *How judges think*, 2008, p. 13, onde registrou que as filosofias judiciais “são ou racionalizações para decisões tomadas por outros fundamentos ou armas retóricas”.

(70) V., ainda uma vez, Alexandre Garrido da Silva, *Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*, *Revista de Direito do Estado* 12:107, p. 139: “Frequentemente, os juízes tendem a fazer um uso estratégico dos modelos anteriormente descritos tendo em vista fins previamente escolhidos, ou seja, optam pragmaticamente pelo modelo mais adequado para a resolução do problema enfrentado no caso concreto”. Sobre o consequencialismo – isto é, o processo decisório fundado no resultado –, v. Diego Werneck Arguelles, *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista das decisões judiciais, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mimeografado, 2006.*

(71) Sobre o pragmatismo filosófico, v. Richard Rorty, *Consequences of pragmatism*, 1982. Sobre o pragmatismo jurídico, no debate norte-americano, vejamos-se, dentre muitos: Richard

Posner, *Law, pragmatism and democracy*, 2003; e Jules Coleman, *The practice of principle: in defence of a pragmatic approach to legal theory*, 2001. Em língua portuguesa, v. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009; Thamy Pogrebinschi, *Pragmatismo: teoria social e política*, 2005; e Cláudio Pereira de Souza Neto, A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: Maia, Melo, Cittadino e Pogrebinschi (orgs.), *Perspectivas atuais da filosofia do direito*, 2005.

(72) Sobre esse ponto específico, v. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 175 e 187.

(73) As ideias que se seguem beneficiaram-se, intensamente, das formulações contidas em Barry Friedman, *The politics of judicial review*, *Texas Law Review* 84:257, 2005.

(74) V. Barry Friedman, *The politics of judicial review*, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 267 e p. 269, onde averbou: "Se, como os juristas vêm crescentemente reconhecendo, direito e política não podem ser mantidos separados, ainda precisamos de uma teoria que possa integrá-los, sem abrir mão dos compromissos com o Estado de direito que esta sociedade tanto preza".

(75) Sobre a ideia de direito como integridade, v. Ronald Dworkin, *O império do direito*, 1999, p. 271-331.

(76) Sobre o tema, v. William W. Fisher III et. Al (eds.), *American Legal realism*, 1993, 164-5; Oliver Wendel Holmes, Jr., *The path of the law*, *Harvard Law Review* 10:457, 1897; Karl Llewellyn, *Some realism about realism – responding to Dean Pound*, *Harvard Law Review* 44: 1222, 1931; e Jerome Frank, *What courts do in fact*, *Illinois Law Review* 26:645, 1932. Para uma análise da incorporação de ideias do realismo jurídico americano no Brasil, sua "assimilação antropofágica", v. Paulo Macedo Garcia Neto, *A influência do realismo jurídico americano no direito constitucional brasileiro*, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Reinaldo Lima Lopes.

(77) V. Michel Miaille, *Introdução crítica ao direito*, 1989; Carlos Maria Cárcova, *Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política*, 1993; e Luiz Fernando Coelho, *Teoria crítica do direito*, 1991.

(78) V. Duncan Kennedy, *Legal education and the reproduction of hierarchy*, *Journal of Legal Education* 32:591, 1982; Mark Tushnet, *Critical legal studies: a political history*, *Yale Law Journal* 100:1515, 1991.

(79) V. Jeremy Waldron, *Public reason and 'justification' in the courtroom*, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1:107, 2007, p. 127: "A maioria dos juristas contemporâneos não aceita a visão crítica do realismo jurídico".

(80) V. Cass Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006; e Thomas J. Miles e Cass Sunstein, *The new legal realism. Public Law and Legal Theory Working Paper n° 191*, dezembro de 2007. V. [sítio http://ssrn.com/abstract\\_id=1070283](http://ssrn.com/abstract_id=1070283), acesso em 16 ago. 2009.

(81) Robert H. Bork, *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*, 2003, p. 9.

(82) Michael Dorf, *No litmus test: Law versus politics in the twentieth century*, 2006, xix.

(83) Barry Friedman, *The politics of judicial review*. *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 270.

(84) Foi o que ocorreu, por exemplo, em ação direta de inconstitucionalidade em que se questionava lei que, supostamente, impediria o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar. O Ministro Relator, claramente contrariado, viu-se na contingência de extinguir a ação, pois a superveniência do novo Código Civil revogou a lei impugnada (STF, DJ 9 fev. 2006, ADI 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática). O mesmo se passou em *habeas corpus* no qual se discutia a legitimidade da interrupção da gestação na hipótese de feto anencefálico. O Relator chegou a divulgar o seu voto favorável ao direito de escolha da mulher, mas a ocorrência do parto, seguido do óbito, anteriormente ao julgamento, impediu a sua realização (STF, DJ 25 jun.2004, HC 84.025-6/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

(85) A referência é ao saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, falecido em setembro de 2009.



(86) Na Adin nº 3.510, na qual se questionou a constitucionalidade do dispositivo legal que autorizava as pesquisas, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, representada pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, foi admitida como *amicus curiae* e pediu a procedência da ação.

(87) Robert Post. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007, p. 9: “É bem documentado que o Departamento de Justiça, durante o Governo Reagan, de maneira pré-ordenada e bem-sucedida utilizou as nomeações de juízes para alterar as práticas então predominantes em termos de interpretação constitucional”.

(88) Alexandre Garrido da Silva, Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas, *Revista de Direito do Estado* 12:107, 2008.

(89) Theodore W. Ruger, Pauline T. Kim, Andrew D. Martin e Kevin M. Quinn, The Supreme Court Forecasting Project: legal and political science approaches to predicting Supreme Court decisionmaking, *Columbia Law Review* 104:1150, 2004.

(90) Ao produzir uma decisão, o juiz atua dentro de um universo cognitivo próprio, que inclui sua formação moral e intelectual, suas experiências passadas, sua visão de mundo e suas crenças. Tais fatores podem levá-lo, inconscientemente, a desejar um resultado e procurar realizá-lo. Tal fenômeno é diverso do que se manifesta na vontade consciente e deliberada de produzir determinado resultado, ainda que não seja o que se considera juridicamente melhor, com o propósito de agradar a quem quer que seja ou para a satisfação de sentimento pessoal. Nessa segunda hipótese, como intuitivo, a conduta não será legítima. Sobre o ponto, v. Brian Z. Tamanaha, *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, 2010, p. 187-8.

(91) Nos EUA, os juízes federais são indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. No plano estadual, muitos são eleitos e outros são nomeados.

(92) Um exemplo, colhido na composição atual do STF: Ministros que têm sua origem funcional no Ministério Público – como os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie – têm uma visão mais rígida em matéria penal do que os que vêm da advocacia privada ou da academia, como Carlos Ayres Britto e Eros Grau.

(93) A reclamação é o remédio jurídico previsto na Constituição e regulamentado pela Lei nº 8.038/90, pela Lei nº 11.417/06 e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é a preservação da competência da Corte, a garantia da autoridade de suas decisões e a observância do entendimento consolidado em súmula vinculante (CF/88, arts. 102, I, I, e 103-A, § 3º).

(94) Súmula n. 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. O cancelamento se deu em decisão proferida em 1999. V. STF, DJ 9 nov. 2001, QO no Inq 687/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

(95) STF, DJ 19 dez. 2006, ADIn 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

(96) STF, DJ 1 set. 2006, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão constante do sítio do STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=01/09/2006&numProcesso=82959&siglaClasse=HC&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=27&codMateria=1>).

(97) STF, Rcl nº 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes. Em setembro de 2009, o processo se encontrava com vista para o Ministro Ricardo Lewandowski. Havia votado favoravelmente ao caráter vinculante da decisão do STF, mesmo que em controle incidental de constitucionalidade, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Divergiram, no particular, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

(98) Med. Caut. no HC 95.009-4 – São Paulo, Rel. Min. Eros Grau. A decisão concessiva de ambos os *habeas corpus* foram do Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, em razão do recesso de julho.

(99) V. Tom Ginsburg, *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*, 2003. Em resenha sobre diferentes livros versando o tema da judicialização, Shannon Roesler, em *Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority*, *Law and Social Inquiry* 32:557, assim descreveu a posição de Ginsburg: “Os juízes são atores estratégicos que buscam aumentar seu poder em vez de interpretar e aplicar normas de acordo com a intenção ou os interesses originais dos agentes eleitos que

as elaboraram. (...) Uma das premissas dessa abordagem é que os juízes vão buscar aumentar o poder de um tribunal, mesmo que divirjam entre si quanto ao direito substantivo" (tradução livre, texto ligeiramente editado).

(100) Nesse sentido, v. também Forum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do direito, *Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do direito*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de direito, 2009, p. 54: "A hipótese assumida na investigação reconhece, por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, sim um 'ativismo', mas de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional". Pesquisa "A judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil", conduzida por Alexandre Garrido da Silva et. al.

(101) STF *DJ* 17 out. 2008, MS nº 26602/DF, Rel. Min. Eros Grau; *DJ* 19 dez. 2008, MS nº 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e *DJ* 3 out. 2008, MS nº 26604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

(102) STF, *DJ* 18 dez.2009, ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto; e *DJ* 24 out.2009. RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

(103) STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

(104) STF, ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Britto.

(105) STF, *DJ* 6 nov. 2007, MI nº 670, Rel. Min. Maurício Corrêa; *DJ* 31 out.2008, MI nº 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; *DJ* 31 out.2008, MI nº 712, Rel. Min. Eros Grau.

(106) V. voto do Min. Gilmar Mendes em STF, ADIn nº 3.510, Rel. Min. Carlos Britto: "Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional".

(107) Decisão do STJ: *DJ* 22 out. 2008, MS nº 13532-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti. Decisão do STF: *DJ* 4 dez. 2009, RMS 27920-DF, Rel. Min. Eros Grau.

(108) STF, *DJ* 19 dez.2006, MS 25624/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

(109) V. Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, Dezessete anos de judicialização da política, *Tempo Social* 19:38, p. 43, 48 e 79, de onde se colheram os dados a seguir. Entre 1988 e 2005, foram ajuizadas 1.713 Adins. Destas, 810 foram ajuizadas pelo PGR (22,2% do total). De acordo com a pesquisa, o PGR "teve nada menos que 68,5% das liminares de Adins julgadas deferidas ou parcialmente deferidas". No mesmo sentido, Ernani Carvalho, Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política, *Análise Social* 44:315, p. 327.

(110) Recente pesquisa empreendida pelo autor revelou que em cem pedidos de extradição, apenas três resultaram em decisões que não acompanharam a manifestação do Ministério Público.

(111) V., a propósito, Fábio Martins de Andrade, O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, mimeografado, 2010. Tese de doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

(112) No caso do FGTS, deixou de considerar o tema do direito adquirido como infraconstitucional. No da Cofins, mudou a orientação sumulada pelo STJ, mesmo depois de haver recusado conhecimento a diversos recursos extraordinários na matéria, e sequer modulou os efeitos, como seria próprio em razão da alteração da jurisprudência. No IPI alíquota zero, considerou que uma decisão do Plenário por 9 a 1, decisão de uma das turmas e mais de 5 dezenas de decisões monocráticas não firmavam jurisprudência. Em seguida, mudou a orientação, igualmente sem modular efeitos.

(113) V. Blog do Noblat, 6 ago. 2009: "O ministro das Comunicações, Helio Costa, empenhou-se na defesa dos interesses econômicos da ECT. Na terça-feira, após classificar de desastre a eventual abertura do mercado de cartas comerciais à iniciativa privada, ele foi ao STF para conversar a portas fechadas com Ayres Brito e Gilmar Mendes, presidente da Corte". In: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/08/06/decisao-do-stf-mantem-monopolio-dos-correios-211690.asp>.

(114) STF, *Inf.* STF nº 477 e 509, ADI nº 3937 MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. O relator votou na linha do entendimento tradicional, expresso em decisões como as das ADIs nºs. 2656/SP e 2396/MS. Mas o Min. Eros Grau deu início à dissidência, suscitando a inconstitucionalidade da própria lei federal que cuida da matéria.

(115) Shannon Roesler, *Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority*, *Law and Social Inquiry* 32:557: "(...) [T]ribunais não possuem as garantias convencionais do poder, vale dizer, dinheiro e poder militar". Por isso mesmo, Alexander Hamilton se referiu ao Judiciário como "the least dangerous branch" (o poder menos perigoso), no *Federalista* nº 78. V. Barry Friedman, *The politics of judicial review*, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 260.

(116) Criada pela Constituição de 1948, a instalação efetiva da Corte Constitucional somente se deu oito anos depois, em 1956. Pouco tempo após, seu Presidente, Enrico de Nicola, renunciou ao cargo, indignado com a recalcitrância do governo democrata-cristão em dar cumprimento às decisões do tribunal. V. *Revista Time*, 1º out. 1956, "Italy: effective resignation". In: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,862380,00.html>, acesso em 23 jan. 2010. V. tb. Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 7.

(117) A decisão declarou inconstitucional uma lei da Bavária que previa a exibição de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas de ensino fundamental. V. BVerfGE 93, I. Sob protestos e manifestações que mobilizaram milhares de pessoas, os crucifixos terminaram não sendo efetivamente retirados. V. Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*, 2005, p. 2-4.

(118) V. Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education: case, culture, and the constitution*, 2003, p. 183.

(119) *INS v. Chadda*, 462 U.S. 919, 1983. Nessa decisão, a Suprema Corte considerou inconstitucional o chamado *legislative veto*, procedimento pelo qual uma das Casas do Congresso poderia suspender decisões de agências reguladoras que estivessem atuando por delegação legislativa. A Corte entendeu que a providência somente poderia ser tomada mediante lei, que inclui a manifestação das duas Casas e a possibilidade de veto pelo Presidente. Não obstante isso, inúmeras leis foram aprovadas, prevendo o veto legislativo por apenas uma das Casas do Congresso. V. Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 5 e s.

(120) V. STF, DJ 3 ago. 2007, Adin 2240, Rel. Min. Eros Grau, No julgamento do Mandado de Injunção nº 725, o STF determinara que o Congresso Nacional, no prazo de 18 meses, editasse a lei complementar federal referida no § 4º do art. 18 da Constituição, o que não aconteceu.

(121) O STF adotou a orientação de que somente autorizaria a intervenção federal o descumprimento doloso do dever de pagar precatórios. A omissão na inclusão das verbas correspondentes em orçamento e a falta de recursos são, assim, elementos suficientes para afastar a intervenção. Nesse sentido, v., por todos, STF, DJ 25 abr. 2008, IF 5050 AgR/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie.

(122) Vice-presidente no segundo governo de Getúlio Vargas, Café Filho assumiu a presidência após o suicídio de Vargas, em 1954. Dela afastou-se, por motivo de saúde, tendo sido substituído por Carlos Luz. Após a eleição de Juscelino, em 1955, o Marechal Henrique Lott liderou um "contragolpe preventivo" para assegurar a posse do presidente eleito, destituindo Carlos Luz. Quando Café Filho, já recuperado, tenta voltar à presidência por via de ação impetrada no STF, a Corte adia o julgamento até o fim do Estado de sítio, o que somente se daria por ocasião da posse de Juscelino, quando o mandado de segurança já estaria prejudicado. Interessante registro histórico é o do voto vencido do Ministro Nelson Hungria, que lavrou: "Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. (...) O impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurreicionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica. Não conheço do pedido de segurança". V. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2009, p. 29-30.

(123) Sobre o tema, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado* *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, v. 1, n. 3, 2005, p. 79 e s.

(124) A despeito de críticas e de um ou outro inconveniente que se pode apontar, a transmissão ao vivo deu visibilidade, transparência e legitimidade democrática à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

(125) Na Suprema Corte americana, coube a John Marshall a transformação do modelo agregativo ou *seriatim* para o modelo de discussão prévia, com vistas à produção de consenso. V. William E. Nelson, *The province of the Judiciary*, *John Marshall Law Review* 37:325, 2004, p. 345. V. tb. Barry Friedman, *The politics of judicial review*, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 284: “No modelo agregativo, as decisões colegiadas simplesmente cumulam as visões dos membros do tribunal. No modelo deliberativo, os julgadores devem interagir de modo a que cada um considere os pontos de vista do outro, produzindo-se, dessa forma, melhores decisões”.

(126) Com efeito, pesquisa realizada nos EUA concluiu que juízes federais atuando em colegiados de três membros são afetados pela forma como votam os colegas: se um juiz nomeado por Presidente republicano atua com dois nomeados por Presidente democrata, seus votos mostram padrões liberais, enquanto um juiz nomeado por um democrata vota em linha mais conservadora quando atua com dois nomeados por Presidente republicano. Em qualquer dos casos, os padrões tornam-se mais moderados se há, no órgão, juízes nomeados por Presidentes de partidos diversos. O resultado da pesquisa é relatado por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, 2009, p. 55.

(127) Sobre comportamentos estratégicos no âmbito de órgãos colegiados, v. Evan H. Caminker, *Sincere and strategic: voting norms on multibember courts*, *Michigan Law Review* 97:2297, 1999; Robert Post, *The Supreme Court opinion as institutional practice: dissent, legal scholarship and decisionmaking in the Taft Court*, *Minnesota Law Review* 85:1267, 2001; e V. Barry Friedman, *The politics of judicial review*, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 287.

(128) A repercussão geral, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19.12.2006, produziu significativa redução do volume de processos julgados pelo STF. O número, todavia, ainda é muito superior ao máximo possível tolerável. A pauta das sessões plenárias é elaborada pelo presidente da Corte, que seleciona, com razoável grau de discricção, as prioridades. A própria ordem de inserção de um processo na pauta pode ter repercussão sobre o resultado do julgamento. José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, v. 1, n. 3, 2005, p. 82.

(129) Sobre este ponto, v. Luís Roberto Barroso, *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In: *Temas de direito constitucional*, tomo I, 2002, p. 69 e s.

(130) Sobre o modo como os juízes veem a si mesmos e à sua função, v. pesquisa realizada em 2005 “Magistrados brasileiros: caracterização e opiniões”, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, sob a coordenação de Maria Tereza Sadeck. In: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Sobre a mudança de perfil da magistratura, pela incorporação das mulheres e de magistrados cuja origem está em família mais humildes, v. entrevista dada pela pesquisadora à revista eletrônica *Consultor Jurídico*, 8 fev. 2009.

(131) Robert Post e Reva Siegel, *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007, p. 373.

(132) Barry Friedman, *The politics of judicial review*, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 321-2.

(133) Exemplo inverso, em que o STF não seguiu a opinião pública dominante, envolveu a questão da elegibilidade de candidatos que tivessem “ficha-suja”, isto é, tivessem sofrido condenações judiciais, ainda que não transitadas em julgado. A Corte entendeu que só a lei complementar, prevista no § 9º do art. 14 da Constituição, poderia instituir outros casos de inelegibilidade. *Inf. STF nº 514*, ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello.

(134) Em *Bowers v. Hardwick*, julgado em 1986, a Suprema Corte considerou constitucional lei estadual que criminalizava a sodomia. Em 2003, ao julgar *Lawrence v. Texas*, considerou inconstitucional tal criminalização. A Ministra Sandra O’Connor, que votou com a maioria nos dois casos – isto é, mudou de opinião de um caso para o outro –, observou em seu livro *The majesty of the law: reflections of a Supreme Court Justice*, 2003, p. 166: “Mudanças reais, quando chegam, derivam principalmente de mudanças de atitude na população em geral. É rara a vitória jurídica – no tribunal ou no legislativo – que não seja a consequência de um novo consenso social. Tribunais, em particular, são notadamente instituições reativas”.

(135) V., a propósito, uma vez mais, o depoimento de Sandra O'Connor, Public trust as a dimension of equal justice: some suggestions to increase public trust, *The Supreme Court Review* 36:10, 1999, p. 13: "Nós não possuímos forças armadas para dar cumprimento a nossas decisões, nós dependemos da confiança do público na correção das nossas decisões. Por essa razão, devemos estar atentos à opinião e à atitude públicas em relação ao nosso sistema de justiça, e é por isso que precisamos tentar manter e construir esta confiança".

(136) Na sustentação oral, no julgamento da ADI nº 3.510-DF, este foi um dos pontos destacados: o fato de que as entidades da sociedade civil, maciçamente, e a opinião pública, em percentuais bastante elevados, apoiavam a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. V. o vídeo em [http://www.lrbarroso.com.br/pt/videos/celula\\_tronco\\_1.html](http://www.lrbarroso.com.br/pt/videos/celula_tronco_1.html).

(137) A sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular. De parte disso, a opinião pública, manipulada ou não, sofre variações, por vezes abruptas, em curto espaço de tempo. Será preciso, assim, distinguir, com as dificuldades previsíveis, entre clamor público, paixões do momento e opinião sedimentada. Ted Roosevelt, antigo presidente norte-americano, referiu-se à distinção entre "vontade popular permanente" e "opinião pública do momento. Sobre esse último ponto, v. Barry Friedman, *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*, 2009, p. 382.

(138) V. Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, 2002; Lee Epstein e Jack Knight, *The choices justices make*, 1998; Richard Posner, *How judges think?*, 2008, p. 19-56, identifica "nove teorias de comportamento judicial": ideológica, estratégica, organizacional, econômica, psicológica, sociológica, pragmática, fenomenológica e legalista. V. tb. Cass Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006; e Richard Posner, *How judges think*, 2008.

(139) Este é, também, o ponto de vista de Michael Dorf, em *No litmus test: Law versus politics in the twentieth century*, 2006, xix. O autor defende uma posição intermediária entre os extremos representados pelo realismo e pelo formalismo. Em suas palavras: "Os realistas prestam um serviço importante ao corrigirem a visão exageradamente mecânica que os formalistas têm do direito. Mas vão longe demais ao sugerirem que não há nada de especificamente *jurídico* na metodologia de decisão empregada pelos tribunais e outros atores jurídicos".

(140) A lógica jurídica, como intuitivo, é diferente da econômica, da histórica ou da psicanalítica. Por exemplo: um juiz não poderá se recusar a aplicar uma regra que exacerbe a proteção do inquilino em um contrato de aluguel, sob o fundamento de que a teoria econômica já provou que o protecionismo produz efeito negativo sobre os interesses dos inquilinos em geral, por diminuir a oferta de imóveis e aumentar o preço da locação. Cabe-lhe aplicar a norma mesmo que discorde da lógica econômica subjacente a ela.

[Voltar ao Sumário](#)

## A prova ilícita por derivação e suas exceções



Marcio Luiz Coelho de Freitas \*

86

Em sede de jurisdição penal, a reconstrução dos fatos imputados ao réu é provavelmente a atividade mais relevante desempenhada no processo. Como afirma Franco Cordero, “os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formularem hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico”(1). Não obstante atualmente haver praticamente um consenso no âmbito não só do Direito, mas também da Filosofia e da Hermenêutica acerca da ideia de que a verdade é inalcançável (posto que somente conseguimos obter versões da verdade) e que por meio do processo judicial não se pode pretender chegar à chamada “verdade real”, mas tão somente à verdade formal, construída a partir do que foi colhido na instrução, o fato é que a busca da verdade sobre os fatos discutidos nos autos sempre foi tida como um imperativo de justiça. Com efeito, como afirma Leonardo Greco,

Em todos os tempos, a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.

É claro que na História da Humanidade, em muitas épocas o conceito de verdade, como *adequatio intellectus ad rem*, foi questionado pelos filósofos, ou foi considerado inacessível ou foi sobrepujado pelo Estado autoritário ou pelo positivismo, mas sempre, na teoria das provas, a verdade ou a certeza dos fatos ressurgem como uma função importante. Jeremias Bentham, escrevendo no início do século XIX, após o impacto do racionalismo cartesiano e do idealismo kantiano, ironiza os filósofos, que duvidam da própria realidade do mundo físico, dizendo que os que os seguirem piamente correrão o risco de não se afastarem de um carro que avança ou de um rio à sua frente, e, assim, “destrozaréis o ahogaréis um gran filósofo(2).

Tem-se, pois, que mesmo a despeito de se reconhecer as dificuldades imanentes à busca pela verdade no processo, o Direito não pode abdicar dessa finalidade, que deve sempre figurar como horizonte de sentido a guiar toda a atuação dos operadores do direito. Com efeito, render-se ao relativismo exagerado, próprio das teorias pós-modernas, seria reconhecer que o Direito não pode validamente ter uma pretensão de correção, tal

como defendida por Alexy e Dworkin, o que acabaria por deitar por terra todos os avanços do movimento neoconstitucionalista.

A atividade probatória exercida no âmbito de um processo penal que se pretenda democrático, pois, deve conciliar a pretensão de realização da justiça, fundada na maior aproximação possível da verdade histórica, com o respeito aos direitos fundamentais do investigado/acusado. Como ensina Muñoz Conde,

(...) o Processo Penal de um Estado de Direito deve não somente manter um equilíbrio entre a busca da verdade e a dignidade dos acusados, mas deve entender a verdade mesma não como uma verdade absoluta, mas sim como o dever de fundamentar uma condenação somente sobre aquilo que indubitável e intersubjetivamente pode ser dado como provado. O resto é puro facismo e volta aos tempos da inquisição, dos quais se supõe já havermos felizmente saído(3).

É de se notar, entretanto, que a afirmação de que a busca da verdade deve ser um guia a orientar a atuação dos operadores do Direito não implica que se possa admitir tudo e qualquer coisa em nome da busca da verdade. Com efeito, em nosso regime jurídico-constitucional toda atividade estatal deve necessariamente ser realizada atendendo aos princípios e regras constitucionais que conferem direitos fundamentais aos indivíduos e que, por óbvio, não podem ser desconsiderados em nome da pretensa busca pela "verdade real". Não se pode desconhecer o fato de que, na precisa lição de Ferrajoli(4),

É evidente que esta pretendida 'verdade substancial', ao ser perseguida fora das regras e controles, e sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, se degenera em um juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o a cognição ética sobre aquilo em que se baseia o substantivismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do Processo penal.

A Constituição Federal traz limitações expressas à atividade persecutória estatal quando elege à condição de direitos fundamentais a intimidade (art. 5º, X), a inviolabilidade do domicílio (inciso XI), a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII) e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI). Da mesma forma, o pacto de São José da Costa Rica, que integra o ordenamento jurídico interno, prevê em seu art. 11º, que "1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação e 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.". Tais marcos, portanto, representam um limite à busca dos órgãos estatais por elementos que possibilitem a persecução penal, configurando

verdadeiros limites éticos à atividade probatória. Como afirma Maria Thereza Assis Moura(5),

No que concerne aos limites éticos, repousam eles na legitimidade moral da formação da prova, que respeite a privacidade ou a intimidade, enfim, a plena liberdade do homem e, sua vida íntima, daí porque o processo deve se desenvolver dentro de uma escrupulosa regra moral, que orienta a atividade do juiz e das partes em prol do valor essencial da dignidade da pessoa humana.

Assim, se o que se busca é a concretização de um Processo Penal democrático, compatível com os ditames do Estado de Direito, em que toda atividade estatal seja desenvolvida dentro de um conteúdo ético que lhe conceda legitimidade, torna-se imperioso definir quais os limites da ação probatória dos órgãos da persecução penal, definindo-se o que é a prova vedada e quais são os efeitos da declaração da ilicitude sobre o processo, especialmente no que concerne à eventual “contaminação” das provas decorrentes daquela tida como vedada.

As provas vedadas ou ilegais, ensina Maria Thereza Assis Moura(6), configuram o gênero do qual as provas ilegítimas e ilícitas são espécies. As provas ilegítimas são aquelas que a produção implica a violação de uma regra de direito processual (ex. juntada de documento fora de prazo, inquirição de testemunha proibida de depor etc.). As provas ilícitas, por seu turno, são aquelas produzidas com violação dos direitos fundamentais do indivíduo, cuja produção implique a agressão a um direito material ou constitucional, sendo a ilicitude sempre relacionada a um dado que está fora do processo (ex. gravação telefônica clandestina). A distinção é importante porque as provas ilícitas não podem em momento algum ser convalidadas ou repetidas, ao passo que as ilegítimas podem, em tese, ser repetidas, uma vez afastada a violação processual que ensejou sua ilegitimidade.

Neste ponto, releva notar que a Lei 11.690, buscando dar concreção à norma constitucional que determina a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, alterou o art. 157 do CPP, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão



judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Verifica-se, assim, que a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas não foi acolhida pelo legislador, que chamou de ilícitas ambas as modalidades. Em todo caso, tenho ainda ser importante a distinção, útil para balizar uma eventual decisão acerca da admissibilidade da repetição da prova. Em todo caso, verifica-se que houve uma aproximação em nosso direito positivo da regra de exclusão de provas adotada no direito americano, ao expressamente dispor o § 1º do art. 157 que também as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis, positivando assim a chamada teoria da árvore dos frutos envenenada.

Denomina-se teoria dos frutos da árvore envenenada a construção jurisprudencial americana que determina a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Tal teoria fundamenta-se no fato de que, como afirma Eugênio Pacelli(7),

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente."

De qualquer sorte, fato é que atualmente nosso regime jurídico-processual expressamente dispõe que como consequência da declaração da ilicitude de uma prova, forçosamente as provas dela derivadas deverão ser excluídas do processo (e, na forma do disposto no § 3º do art. 157, inutilizada por decisão judicial). Faz-se necessário, assim, buscar-se elementos que permitam uma melhor compreensão da amplitude dessa regra, e a forma com que ela vem sendo aplicada pela jurisprudência pátria.

Neste ponto, é de se ter claro que no direito americano, onde se originou a teoria dos frutos da árvore envenenada, a exclusão das provas ilícitas somente ocorre quando presentes seus três elementos fundamentais: a) uma ação ilegal de um policial ou de alguém atuando como se fora policial; b) uma prova obtida por tal pessoa e, finalmente, c) o nexos causal entre a ação ilegal e a obtenção da prova. Assim, ainda que efetivamente reste configurado um ato ilegal, se não ficar demonstrado que há um nexos causal entre tal ato e a obtenção da prova, não será o caso de sua exclusão. Com efeito, a primeira decisão em que a Suprema Corte americana adotou a tese (embora sem chamá-la por este nome) se deu no caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920. Posteriormente, quando do julgamento do caso *Nardone v. United States*, de 1939, a Corte expressamente se referiu à regra de exclusão das provas ilícitas usando a terminologia "*fruits of the poisonous tree*"(8), já cuidando expressamente da

exceção relativa à fonte independente. Cito trecho do julgado histórico(9) em que após fazer referência à decisão do caso *Silverthorn Lumber Co. v US*, a Corte afirma que:

*Na prática, a generalização dessa diretriz pode camuflar complexidades concretas. Argumentos sofisticados podem revelar umnexo de causalidade entre as provas obtidas por meio de interceptação telefônica ilegal e as provas obtidas licitamente pelos órgãos estatais. Por uma questão de bom senso, no entanto, a ligação pode se tornar tão tênue de forma a dissipar a mancha que macula a prova. Uma forma sensata de lidar com essa situação -- fair to the intendment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law -- deveria estar ao alcance de juízes experientes. O ônus da prova recai num primeiro momento sobre o acusado, que deve demonstrar que a gravação clandestina foi feita de modo ilegal. Uma vez que isto esteja estabelecido -- como ocorreu satisfatoriamente aqui -- o juiz deve dar oportunidade, embora restrita, do acusado demonstrar que uma porção substancial das acusações contra ele são frutos da árvore venenosa. Isto deixa uma ampla oportunidade para o aparato estatal convencer o juiz que a sua prova teve uma origem independente." (Tradução livre)*

Vale notar, ainda, que a doutrina dos frutos da árvore envenenada comporta quatro cláusulas principais de exclusão: a teoria da fonte independente (*Independent Source Doctrine*, criada pela Suprema Corte no caso *Segura and Colon v U.S.*, de 1984), a teoria da descoberta inevitável (*Inevitable Discovery Doctrine* - *Nix vs. Williams*, em 1984), a teoria da atenuação do nexo causal (*Attenuation doctrine* – *Wong Sun vs. US.*, em 1963) e a teoria da boa-fé (casos *U.S. vs. Leon* e *Mass. vs. Sheppard*)(10). Tais teorias, construídas sobre a análise de casos concretos, configuram hipóteses em que mesmo a despeito de haver sido reconhecida a ilicitude da prova antecedente, não foi determinada a exclusão das provas dela decorrentes.

A teoria da fonte independente permite a admissão de uma prova "contaminada" pela ilicitude quando houver elementos que demonstrem que essa prova também seria descoberta ou obtida a partir de uma outra fonte, que nenhuma relação guarde com aquela em que se verificou a violação aos direitos do investigados. Como afirma Jeffrey Jenkins, essa teoria "visa colocar a polícia na mesma situação em que estaria se a prova não houvesse sido obtida impropriamente. Isso equilibra o interesse da sociedade em impedir a polícia de agir ilegalmente e o interesse da sociedade em garantir a persecução penal"(11)(tradução livre).

Por seu turno, pela teoria da descoberta inevitável, admite-se a utilização de prova, ainda que presente eventual relação de dependência entre esta uma prova obtida (ou produzida) ilicitamente, quando se verifica que a autoridade policial, mediante a utilização dos métodos de investigação de que ordinariamente lança mão, poderia chegar à mesma evidência. É a hipótese prevista no § 2º do art. 157 (e ali chamada de descoberta inevitável). De se notar que os fundamentos de ambas as teorias são diferentes, mas guardam uma relação de proximidade muito

grande, tanto que a Suprema Corte Americana já se manifestou no sentido de que a teoria da descoberta inevitável pode ser vista como uma variação da teoria das fontes independentes (Murray vs US – 1988). De qualquer forma, mesmo a despeito da pequena confusão conceitual feita pelo legislador, ambas as teorias são perfeitamente aplicáveis no nosso ordenamento, a descoberta inevitável por estar expressamente prevista no § 2º do art. 157 e a fonte independente por dizer respeito à própria existência de nexos causal, requisito para a configuração da ilicitude por derivação expressamente previsto no § 1º do art. 157.

Ainda nessa linha de apreciação dos elementos constitutivos da ilicitude por derivação, tem-se a exceção consubstanciada na teoria da atenuação do nexos causal. Por tal teoria permite-se a utilização da prova derivada se sua obtenção tiver ocorrido de forma muito remota (em termos de nexos causal) com a ilicitude originária. Verifica-se, assim, uma “atenuação” da cadeia causal dos acontecimentos que justifica a permanência da prova. Para a aplicação dessa exceção, devem ser verificados três fatores: a) o tempo decorrido entre a ilegalidade e a obtenção da prova; b) a presença de circunstâncias que dividam a cadeia causal e c) a conduta ilegal flagrante proposital(12).

Por fim, no direito americano admite-se como exceção à regra de exclusão das provas ilícitas a teoria da boa-fé, que guarda íntima ligação com o fato de que toda a construção jurisprudencial das regras de exclusão das provas obtidas ilicitamente teve como fundamento declarado a atuação pedagógica do Judiciário, que assim agindo desestimularia a polícia de novamente cometer qualquer ilicitude nas investigações. Assim, uma vez que as regras de exclusão destinam-se precipuamente a evitar que as autoridades encarregadas da investigação criminal atuem de forma ilegal, nos casos em que ficar demonstrado, além de qualquer dúvida razoável, que a atuação da autoridade se deu de boa-fé, não haverá razão para a exclusão da prova.

Releva notar, entretanto, que a prática judicial brasileira, especialmente do STF, tem se aproximado muito mais da alemã, com a teoria da “*Beweisverbote*” da Corte Constitucional alemã do que da doutrina da exclusão norte-americana, o que faz com que a teoria da boa-fé deva ser vista com muitas reservas quando se tem em conta o regime jurídico-probatório brasileiro. É que enquanto nos EUA a teoria tem como fundamento a garantia procedimental do devido processo legal formal e mira a conformação da atividade policial (o que, como afirmado, explica a doutrina da boa-fé, pela qual se afasta a aplicação da regra de exclusão nos casos em que a polícia agiu acreditando legitimamente ter autorização judicial para atuar na busca das provas), na Alemanha o fundamento é a proteção dos direitos fundamentais em seu aspecto material, de sorte que se construiu uma extensa prática de avaliação concreta de proporcionalidade e ponderação.

Ora, num sistema em que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi alçada à condição de garantia fundamental, assim como a honra e a intimidade, é muito pouco provável que na análise de um caso concreto fosse possível, mesmo lançando-se mão da regra da proporcionalidade, afastar-se a ilicitude da prova em razão da boa-fé do agente policial. É que a Constituição criou as regras restritivas da atividade investigatória como forma de proteção aos direitos fundamentais do cidadão, de modo que o efeito pedagógico que tais decisões têm, em que pese serem uma consequência natural e bastante positiva, não é estruturante do sistema. Imagine-se, a título de exemplo, uma hipótese em que o juízo competente, ao deferir uma interceptação telefônica, comete um erro material na hora de expedir os ofícios às operadoras de telefonia e, em vez de determinar a quebra no número X determina a quebra do número Y, e que a autoridade policial, ao fazer a análise das escutas, constata a ocorrência de um crime. Nessa hipótese, em que pese ter a polícia agido absolutamente de boa-fé, essa prova não poderá ser validamente utilizada, porque foi colhida por meio ilícito, não podendo ser tal ilicitude afastada unicamente ante a boa-fé da autoridade policial.

De se notar, ainda, que não se está aqui defendendo a impossibilidade dos órgãos encarregados pela investigação penal tomarem medidas que acabem por, de certa forma, vulnerar a intimidade dos investigados, até porque a proteção à intimidade, como de resto todo e qualquer direito fundamental, não tem caráter absoluto, sendo possível resolver-se eventual colisão entre princípios mediante a aplicação da regra da proporcionalidade. Que se está afirmando aqui, ao refutar a aplicabilidade da teoria da boa-fé, é que, em nosso sistema, não há como validamente sustentar-se que a boa-fé da autoridade policial é suficiente para afastar a ilicitude da obtenção de uma prova.

Nesse aspecto, vale notar que o STF por várias vezes já se manifestou no sentido de que admite a aplicação da ponderação na verificação da exclusão das provas. Recentemente a Corte Suprema, já sob a vigência do instituto da repercussão geral, reafirmou não considerar ilícita a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, relativizando, assim, a proteção à intimidade deste num exercício de ponderação. Nesse sentido foi decidido na RG na QO no RE 583.937/RJ, rel. min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJE 17.12.2009

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Tem-se, pois, que no sistema jurídico-penal brasileiro a ponderação e a proporcionalidade são vetores constantemente considerados quando da apreciação da extensão das ilicitudes da prova. De qualquer sorte, mesmo

quando aplica a teoria das exclusões do direito americano, o STF sempre ressalva a possibilidade de temperamentos, especialmente no que concerne às provas derivadas. Nesse sentido, vale transcrever decisão proferida no HC 93050, relatada pelo min. CELSO DE MELLO:

(...) ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que

preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. - *grifamos*.

Assim, quando se tem em mente que as regras limitadoras da atividade investigatória do Estado têm por finalidade conferir a máxima eficácia aos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, compreende-se que o cumprimento de tais normas está intrinsecamente ligado à noção de eficiência e eficácia da jurisdição penal, que pressupõe não só que o processo transcorra num prazo razoável, mas também (e principalmente) que todos os atos processuais praticados sejam válidos, praticados dentro de um ambiente de amplo respeito às regras do jogo, à paridade de armas e à dignidade da pessoa do investigado/acusado. A violação dessas regras, além de configurar desperdício de tempo e de recursos públicos (humanos e materiais) que, por definição, são extremamente escassos, inevitavelmente levará ou à declaração da nulidade do feito ou à perpetuação de uma ilegalidade praticada "em nome da lei", situações com as quais não se pode concordar.

Com efeito, o processo penal constitui mais do que mera formalidade necessária ao exercício do contraditório e da ampla defesa, mais do que

mera condição para o exercício legítimo do poder de punir estatal. Na verdade, o processo penal constitui em si mesmo verdadeira garantia fundamental para o indivíduo, na medida em que é somente através dele que surge para Estado o poder de punir. A dizer, não há, em abstrato, algo que se possa denominar poder punitivo estatal que seja anterior ao Processo Penal, de vez que sem este não há sequer como pensar-se em aplicação da lei penal. O Processo Penal, assim, é em si mesmo expressão do direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa humana, e não mero meio pelo qual esses direitos são exercidos, de sorte que se torna ainda mais premente a necessidade que os operadores do Direito, em especial os juízes, responsáveis que são pela direção do Processo, sempre estejam voltados à busca pela maximização dos direitos e garantias fundamentais (que, ressalte-se, não se limitam aos direitos que conferem proteção à pessoa do acusado/investigado).

Aliás, sobre o tema, não se pode descuidar do fato de que a efetiva tutela jurisdicional na seara penal é, sem dúvida, também um princípio constitucionalmente assegurado (valendo notar que o art. 6º da Constituição expressamente dispõe ser a segurança um direito social), havendo na Constituição vários mandatos de criminalização de condutas (v.g. os incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV, do art. 5º da CF). Aliás, o fato de ser a ação penal privada subsidiária prevista no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, LIX) já demonstra a preocupação do constituinte com a proteção do interesse da sociedade na persecução penal, o que demonstra ser necessário que os operadores do Direito estejam sempre atentos para, dentro das regras de um processo democrático e fortemente ancorado na garantia dos direitos constitucionais, renovarem continuamente seu compromisso com a efetividade do processo e com o respeito aos direitos dos acusados, compromisso esse que tem nas regras relativas à admissibilidade das provas uma de suas mais importantes expressões.

### Obras consultadas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformação constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol I.

GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Ano IV, nº 4 e ano V, nº 5- 2003-2004, pp. 233-234.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editora Trotta, 3ª ed., 1998, p.44.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em <[www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)> Data de acesso: 22.07.2010.

ALAMEDA COUNTY DISTRICT ATTORNEY'S OFFICE. *Miranda Exceptions: When Miranda may be disregarded*. Point of View, California, Summer. 2005. Disponível em <[http://le.alcoda.org/publications/point\\_of\\_view/](http://le.alcoda.org/publications/point_of_view/)> Data de acesso: 22.07.2010.

96

West's Encyclopedia of American Law, edition 2. Copyright 2008 The Gale Group, Inc.

U.S. Supreme Court. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939)

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DELMANS-MARTY, Michelle (org.). *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 10a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIDAL, Hélvio Simões. *Provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos* (Fernwirkung der Beweisverbote). De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 11, 2008.

\* Juiz titular da 2ª. Vara do Amazonas, especializada em matéria criminal, membro do TRE/AM, professor de processo penal da Escola Superior da Magistratura do Amazonas e mestrando pela Universidade Estadual do Amazonas.



(1) Apud LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformação constitucional*. Vol. I . p. 523

(2) GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 233-234

(3) *“el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”* tradução livre. Munõz Conde, *Francisco Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.

(4) *“Es evidente que esta pretendida ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivism ético sobre el que se basea el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal”* (trad. livre) Ferrajoli, Luige. *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 44 .

(5) *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em <<www.ambito juridico.com.br.>> acessado em 22.07.2010

(6) Op. Cit.,

(7) *Curso de Processo Penal*, 10a ed. p. 310

(8) West's Encyclopedia of American Law, edition 2. Copyright 2008 The Gale Group, Inc.

(9) “In practice, this generalized statement may conceal concrete complexities. Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wiretapping and the Government's proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint. A sensible way of dealing with such a situation -- fair to the intendment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law -- ought to be within the reach of experienced trial judges. The burden is, of course, on the accused in the first instance to prove to the trial court's satisfaction that wiretapping was unlawfully employed. Once that is established -- as was plainly done here -- the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin.” Disponível em <<<http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>>>

(10) Cf. JENKINS, Jeffrey A. *American Courts- a procedural aproach* – Jones and Bartletts Publishers, LLC. Sudbury, MA: 2009

(11) Op. Cit, p. 286. “The independent source rule attempts to place police in the same position it would have been in if the evidence had not been improperly obtained. This balances society’s interest in deterring police from unlawful behavior against the interests of society in prosecuting crime”

(12) *Brown v. Illinois*, (1975), disponível em <<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=422&page=590>>>

[Voltar ao Sumário](#)

## Atos Jurisdicionais

### Justiça determina que a Câmara dos Deputados cumpra o teto constitucional

98

O juiz federal substituto da 9ª Vara Federal Alaôr Piacini deferiu pedido de liminar proposto pelo Ministério Público Federal (MPF), em ação civil pública, que visa compelir a Câmara dos Deputados a cumprir a disposição constitucional que fixa o teto remuneratório do serviço público, de modo a reter a remuneração dos seus servidores que esteja em desacordo com o previsto no artigo 37, inciso XI da Constituição Federal.

O MPF identificou, por meio do Inquérito Civil 1.16.000.003580/2008-37, que a Câmara dos Deputados cumpre o teto constitucional segundo os parâmetros fixados no Processo Administrativo 2.264/2004. Conforme este documento, no tocante à fonte única, aquela Casa Legislativa entende estarem incluídas no teto as parcelas remuneratórias e as vantagens de caráter pessoal, excluindo as parcelas relacionadas no inciso I da Lei 8.852/94, além daquelas de caráter eventual ou temporário.

A ré manifestou-se pelo indeferimento da medida antecipatória de tutela, pela extinção do feito diante da suposta impossibilidade jurídica e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Rejeitando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, bem como verificando a relevância jurídica e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, o magistrado, baseado na CF, traz o subsídio bruto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como parâmetro e acrescenta a regra de transição, contida no artigo 9º da EC 41, de 2003, que visa afastar a alegação de direito adquirido à remuneração superior ao teto estipulado na regra permanente. Menciona, ainda, o art. 17 das Disposições Transitórias, que prevê a redução do que exceder aos limites estabelecidos.

O MPF, por sua vez, apresentou precedente do STF que considera a extrapolação do teto como lesão à ordem pública, no caso da CD, de forma grave, por ter sido efetuada pela via administrativa. Daí a necessidade urgente de contenção do gasto exorbitante.

Portanto, o pedido liminar foi deferido, com determinação à Câmara dos Deputados para que insira as parcelas remuneratórias de caráter permanente e as de caráter eventual ou temporário no cálculo da remuneração ou dos proventos recebidos no mês pelos servidores e parlamentares, visando o ajustamento ao teto constitucional. Inserem-se também as parcelas que não se somam entre si e nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento. Determinou, além disso, a exclusão da incidência do teto remuneratório sobre as verbas de caráter indenizatório

previstas em lei, bem como sobre algumas de caráter permanente e outras de caráter eventual.

Número do processo 16153-45.2011.4.01.3400

Clique [aqui](#) para visualizar a íntegra da decisão.

99

Janídia Augusto Dias [texto]

Gilbson Alencar [edição]

[Voltar ao Sumário](#)

## Fisioterapeutas podem emitir atestados

O juiz federal da 7ª Vara Federal Novély Vilanova da Silva Reis indeferiu o pedido de antecipação de tutela em ação ordinária formulado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que visa suspender a eficácia de dispositivos da Resolução 385/2010 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO).

100

Os dispositivos atacados são os artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Resolução 385 /2010 do COFFITO, segundo os quais o fisioterapeuta é competente para emitir parecer, atestado ou laudo pericial em resposta às solicitações de seu paciente. O autor pede sua nulidade, de modo que o réu se abstenha de emitir qualquer laudo, parecer ou atestado de saúde.

Na decisão, o magistrado considerou o pedido do CFM improcedente, haja vista os fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais não exercerem atos médicos, como emissão de atestados médicos e outros atos profissionais de médico. Observa que não existe outra lei, além da Resolução CFM 1.627/2001, que defina "ato médico". Além da Resolução do COFFITO, o Decreto-Lei 938/1969 estabelece como privativas as atividades daqueles profissionais.

Número do processo 30568-33.2011.4.01.3400

Clique [aqui](#) para visualizar a íntegra da decisão.

Janídia Augusto Dias [texto]

Gilbson Alencar [edição]

[Voltar ao Sumário](#)

## Fabricantes de genéricos e similares devem respeitar a proteção paternária das descobertas

O juiz federal substituto na titularidade da 3ª Vara, Bruno César Bandeira Apolinário, julgou improcedentes os pedidos formulados pela empresa farmacêutica Eli Lilly do Brasil e outras contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em ação que busca, principalmente, fazer com que a ré se abstenha de conceder registros sanitários a medicamentos genéricos e similares pelo período de 10 anos, contados da concessão do Registro Sanitário 1.1260.0183; pede também que seja respeitado o período de exclusividade da autora sobre as informações privilegiadas contidas no seu dossiê relativo ao medicamento Effient (prasugrel), para tratamento de obstrução grave no sistema coronariano.

101

A autora justifica seu pedido com base na necessidade de preservar os direitos de propriedade intelectual da detentora original do registro resultantes das pesquisas realizadas para a criação do medicamento, para as quais investiu milhões de dólares.

A Anvisa levanta preliminar de defeito de representação devido à ausência de contrato social e de caução, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito e afirma que não violou os dados fornecidos pela autora.

Em julgamento antecipado, o juiz rejeita as preliminares de defeito de representação e a de inexistência de caução. Após análise do mérito, concluiu que a atuação da Anvisa não fere o disposto no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS ou Acordo ADPIC), assinado pelo Brasil em 1994, nem às Leis 9.279/96 e 10.603/2002, no tocante à proteção da propriedade intelectual da autora, agindo ela em estrita conformidade com as regras neles contidas.

Rejeita as alegações de concorrência desleal, caracterizada pela dispensa de apresentação dos mesmos dados confidenciais exigidos para o registro do produto de referência, bem como a configurada pela não exigência da renovação dos testes para a concessão do registro aos medicamentos genéricos. Não evidenciou divulgação de dados sigilosos nem a necessidade da realização de novos testes, haja vista razões de ordem lógica, humanitária e jurídica para não efetuar-los.

Considera que a política de genéricos, de finalidade social, expressa na Lei 9.787/99, exige a prova de bioequivalência para registro de medicamentos dessa categoria, sem ferir o Acordo TRIPS, o qual estabelece a proteção paternária das descobertas (exclusividade decenal em favor dos autores dos estudos que levaram à criação do produto). O próprio acordo internacional prevê uma proteção temporária dos direitos sobre o produto, não estando os signatários obrigados a estendê-la. É praxe da Anvisa

aguardar o término da proteção paternária para, só então, conceder o registro de medicamento genérico.

Conclui afirmando agir a Anvisa em harmonia com o TRIPS, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, tanto no que se refere ao respeito à propriedade intelectual dos descobridores dos medicamentos de referência quanto no atinente à finalidade social a que se destinam essas descobertas. Observa que o próprio acordo internacional defende a conciliação dos interesses econômicos aos da sociedade, traduzidos estes na facilitação do acesso aos medicamentos.

102

Número do processo 8235-24.2010.4.01.3400

Clique [aqui](#) para visualizar a íntegra da sentença.

Janídia Augusto Dias [texto]

Gilbson Alencar [edição]

[Voltar ao Sumário](#)

## Dívida do Grupo OK é convertida em renda da União

Em maio deste ano, a União requereu a conversão de depósitos à disposição judicial por parte do Grupo OK Construções e Incorporações S/A e Outro em renda sua. Sustentou, entre outros argumentos, que a dívida – de R\$ 923.891.228,67 (novecentos e vinte e três milhões oitocentos e noventa e um mil duzentos e vinte e oito reais e sessenta e sete centavos), atualizada até maio de 2011 - é definitiva, por ser fundada em título extrajudicial emanado pelo Tribunal de Contas da União; nenhum bem ou valor foi devolvido aos cofres públicos e que a conversão da dívida em renda para a União trará efeitos benéficos para a “moral coletiva”, ao despertar a confiança da população nas instituições públicas em virtude da concretização dos termos da decisão proferida pelo TCU nos Acórdãos 050/2002, 163/2001, 158/2002 e 301/2001, relacionados ao processo de Tomada de Contas Especial - TC 001.025/1998-8.

Já o Grupo OK indicou a localização e respectiva área construída dos imóveis penhorados para facilitar a avaliação e requereu informação sobre o saldo dos valores vinculados à execução depositados em juízo, no intuito de evitar o excesso de penhora.

Em petição posterior, a autora alega ser incabível a suspensão da execução, por terem sido opostos embargos de declaração ainda não apreciados na exceção de suspeição contra aquele juiz, julgada improcedente. Nem pelo pretendido, mas indeferido parcelamento de Dívida Ativa da União (DAU) seria suspensa a execução, visto que o título em questão não preenche outros requisitos para inscrição nela. Tampouco o réu está em condições de participar dos benefícios próprios dos programas de recuperação fiscal de que trata o Programa de Parcelamento Especial – PAES, disciplinado pelas Leis 10.684/2003 e 11.941/2009.

O juiz federal Ricardo Gonçalves da Rocha Castro, da 19ª Vara Federal, por sua vez, deferiu o pedido de conversão de depósitos à disposição judicial por parte do executado em renda da União. Acolheu a observação de que a apuração do débito decorre de Tomada de Contas do TCU devido a ilegalidades praticadas na licitação e contrato referentes à construção do Fórum da Justiça do Trabalho na cidade de São Paulo - SP. Uma sentença proveniente de uma medida cautelar de arresto aforada naquela vara converteu-se em penhora.

O deferimento da conversão foi fundamentado com base nas seguintes razões: a execução fundada em título extrajudicial é definitiva; os embargos à execução interpostos pelo executado foram recebidos no efeito apenas devolutivo, isto é, sem a suspensão da execução; os acórdãos do TCU se sujeitariam a controle jurisdicional se ocorresse irregularidade formal grave, o que não foi constatado nesse caso; a presente dívida não é passível nem de confissão nem de parcelamento.

Número do processo 2002.34.00.016926-3

Clique [aqui](#) para visualizar a íntegra da sentença.

Janídia Augusto Dias [texto]

Gilbson Alencar [edição]

[Voltar ao Sumário](#)



## Vitrine Histórica

### JEF Itinerante realizou audiências dentro de caminhões para atender a população do Gama

Há cinco anos, a cidade do Gama, localizada a 30 km de Brasília (DF), recebeu o Juizado Especial Federal (JEF) Itinerante. Entre os dias 29, 30 e 31 de agosto de 2006, pedidos de aposentadoria, auxílio doença, amparo assistencial, fundo de garantia, entre outros, foram objeto de audiências de instrução e julgamento.

105

De dentro de caminhões da Justiça Federal, que ficaram estacionados em frente à Administração do Gama, os magistrados Sabrina Ferreira Alvarez de Moura Azevedo, Marina Rocha Cavalcanti Barros, Renata Mesquita Ribeiro Moreno, Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas e Gustavo André Oliveira dos Santos atenderam os moradores da cidade. "O propósito do JEF Itinerante é levar justiça à população mais carente, uma parcela de nossa sociedade que muitas vezes desconhece seus direitos", afirmou, na época, a juíza federal Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas, então coordenadora do JEF/DF.

Além da estrutura móvel, também foram montadas secretarias de cada vara do Juizado Especial Federal dentro da Administração do Gama. De lá, os servidores prestavam informações processuais às partes. Ao final daquele itinerante, 201 processos foram sentenciados.

### Declarações de cidadãos do Gama obtidas durante o Juizado Itinerante de 2006

"Em pouco tempo, resolvi um problema que estava difícil de solucionar, graças a Deus. Estou muito feliz. Achei a idéia do JEF Itinerante ótima, e o atendimento é muito bom, não tenho do que reclamar" (*Antônio Manoel de Lima, lavrador, que, no dia 31 de agosto daquele ano, conseguiu sentença favorável para seu processo de aposentadoria rural*).

"Fiquei sabendo desta iniciativa da Justiça Federal pela televisão, então vim atrás dos meus direitos. Estou adorando o projeto, porque ele está resolvendo os problemas das pessoas. Para mim, até agora, está tudo bom" (*Maria Helena Costa e Souza, vendedora de panos de prato, que, na época, pleiteava comprovação de união estável para receber pensão por morte do companheiro*).

### Magistrados que atuaram no JEF Itinerante do Gama em 2006



Juíza Federal  
Gilda Maria  
Carneiro  
Sigmaringa  
Seixas



Juíza Federal  
Renata Mesquita  
Ribeiro Moreno



Juíza Federal  
Marina Rocha  
Cavalcanti  
Barros



Juíza Federal  
Sabrina Ferreira  
Alvarez de  
Moura Azevedo



Juiz Federal  
Gustavo André  
Oliveira dos  
Santos

Marcos Aurélio Alves [fotos]

Gilbson Alencar [texto]

[Voltar ao Sumário](#)

## Cultura

### Poema

#### O herói

Judas Isgorogota\*

107



"— Papai, o que é um herói?  
Eu pergunto porque tenho grande vontade  
De ser herói também ... "

(.....)

O homem que já sofrera as mais fundas angústias  
E as mais feias misérias  
Trabalhando a aridez de uma terra infecunda  
Para que não faltasse o pão no pequenino lar;

O homem que as mais humildes ilusões perdera  
No seu cotidiano e ingrato labutar;  
Aquele homem, ao ouvir a pergunta do filho:  
— "Papai, o que é um herói?"

Nada soube dizer, nada pode explicar...  
Tomou de uma peneira  
E cantando saiu, outra vez, a semear!

(In Recompensa e outros poemas, com adaptações)

Fonte: <http://www.revista.agulha.nom.br/ji07.html>

\* Judas Isgorogota (Lagoa da Canoa, Alagoas, 1921- 1979) é pseudônimo de Agnelo Rodrigues de Melo, poeta e jornalista. Iniciou nas letras em 1922, com Caretas de Maceió. Viveu na capital alagoana e, aos 23 anos, mudou-se para o Rio de Janeiro, seguindo depois para São Paulo, onde ganhou projeção internacional. Nesta cidade publica Divina Mentira e Recompensa, o que lhe rende menção honrosa da Academia Brasileira de Letras. Publicou 15 livros de poesias, uma novela e cinco poesias infantis. Destacam-se também: Desencanto, Fascinação, Pela mão das estrelas, Os que vêm de longe, Abkar e João Camacho. Teve parte de sua obra poética traduzida para vários idiomas (francês, inglês, alemão, espanhol, italiano, húngaro, árabe, checo e lituano).

Fontes:

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Judas\\_Isgorogota](http://pt.wikipedia.org/wiki/Judas_Isgorogota)

[http://www.antoniomiranda.com.br/poesia\\_brasis/sao\\_paulo/judas\\_isorogota.html](http://www.antoniomiranda.com.br/poesia_brasis/sao_paulo/judas_isorogota.html)

[Voltar ao Sumário](#)

## Artes Plásticas

### Barco

Ângela Ermínia Bresciani Colle Bettini de Albuquerque Lins\*

108



#### Referências do Quadro

**Artista:** Ângela Ermínia Bresciani Colle  
Bettini de Albuquerque Lins

**Título:** Barco

**Dimensões:** 59 X 79 cm..

[Voltar ao Sumário](#)

## Crônica

### A quem tiver carro

Fernando Sabino\*

109



O carro começou a ratear. Levei-o ao Pepe, ali na oficina da Rua Francisco Otaviano:

- Pepe, o carro está rateando.

Pepe piscou um olho:

- Entupimento na tubulação. Só pode ser.

Deixei o carro lá. À tarde fui buscar.

- Eu não dizia? Defeito na bomba de gasolina.

- Você dizia entupimento na tubulação.

- Botei um diafragma novo, mudei as válvulas. Estendeu-me a conta: de meter medo. Mas paguei.

- O carro não vai me deixar na mão? Tenho de fazer uma viagem.

- Pode ir sem susto, que agora está o fino.

Fui sem susto, a caminho de Itaquatiara. O fino! Nem bem chegara a Tribobó o carro engasgou, tossiu e morreu. Sorte a minha: mesmo em frente ao letreiro de "Gastão, o Eletricista".

- Que diafragma coisa nenhuma, quem lhe disse isso? - e Gastão, o Eletricista, um mulatão sorridente que consegui retirar das entranhas de um caminhão, ficou olhando o carro, mãos na cintura:

- O senhor mexeu na bomba à toa: é o dínamo que está esquentando.

Molhou uma flanela e envolveu o dínamo carinhosamente, como a uma criança.

- Se tornar a falhar é só molhar o bichinho. Vai por mim, que aqui no Tribobó quem entende disso sou eu.

Nem no Tribobó: o carro não pegava de jeito nenhum.

- Então esse dínamo já deu o prego, tem de trocar por outro. Não pega de jeito nenhum.

Para desmenti-lo, o motor subitamente começou a funcionar.

- Vai morrer de novo - augurou ele, - e voltou a aninhar-se no seu caminhão.

Resolvi regressar a Niterói. À entrada da cidade a profecia do capadócio se realizou: morreu de novo. Um chofer de caminhão me recomendou o mecânico Mundial, especialista em carburadores - ali mesmo, a dois quarteirões. Fui até lá e em pouco voltava seguido do Mundial, um velho compenetrado arrastando a perna e as idéias:

- Pelo jeito, é o carburador.

Olhou o interior do carro, deu uma risadinha irônica:

- É lógico que não pega! O dínamo está molhado!

Enxugou o dínamo com uma estopa: o carro pegou.

- Eu se fosse o senhor mandava fazer uma limpeza nesse carburador - insistiu ainda. - Vamos até lá na oficina...

Preferi ir embora. Perguntei quanto era.

- O senhor paga quanto quiser.

Já que eu insistia, houve por bem cobrar-me quanto ele quis.

Cheguei ao Rio e fui direto ao Haroldo, no Leblon, que me haviam dito ser um monstro no assunto:

- Carburador? - e o Haroldo não quis saber de conversa. - Isso é o platinado, vai por mim.

Cutucou o platinado com um ferrinho. Fui-me embora e o carro continuava se arrastando aos solavancos.

- O platinado está bom - me disse o Lourival, lá da Gávea. - Mas alguém andou mexendo aqui, o condensador não dá mais nada. O senhor tem de mudar o condensador.

Mudou o condensador e disse que não cobrava nada pelo serviço. Só pelo condensador.

No dia seguinte o carro se recusou a sair da garagem.

- Não é o diafragma, não é o carburador, não é o dínamo, não é o platinado, não é o condensador - queixei-me, deitando erudição na roda de amigos. Todos procuravam confortar-me:

- Então só pode ser a distribuição. O meu estava assim...

- Você já examinou a entrada de ar?

- Para mim você está com vela suja.

E recomendavam mecânicos de sua preferência:

- Tem uma oficina ali na rua Bambina, de um velho amigo meu.

- Lá em São Cristóvão, procure o Borracha, diga que fui eu que mandei.

- O Urubu, ali do "Posto 6", dá logo um jeito nisso.

Não procurei o Urubu, nem o Borracha, nem o Zé Pára-Lama, nem o Caolho dos Arcos, nem o Manquitola do Rio Comprido, nem o Manivela de Voluntários, nem o Belzebu dos Infernos, esqueci o automóvel e fui dormir. (...).

Mas pela manhã me lembrei de um curso que se anuncia aconselhando: "Aprenda a sujar as mãos para não limpar o bolso". Resolvi candidatar-me - e quem tiver ouvidos para ouvir, ouça, quem tiver carro para guiar, entenda. Fui à garagem, abri o capô, e fiquei a olhar intensamente o motor do carro, fria e silenciosa esfinge que me desafiava com seu mistério: decifra-me, ou devoro-te. Havia um fio solto, coloquei-o no lugar que me pareceu adequado. Mas não podia ser tão simples...

Era. Desde então, o carro passou a funcionar perfeitamente...

(In "A Companheira de Viagem", com adaptações)

Fonte: <http://www.revista.agulha.com.br/ji07.html>

\* Fernando Tavares Sabino (Belo Horizonte, 1923 - Rio de Janeiro, 2004) foi escritor e jornalista. Na adolescência, foi locutor de rádio e começou a colaborar regularmente com artigos, crônicas e contos em revistas da cidade, alcançando prêmios em concursos. Iniciou a faculdade de Direito no início da década de 40 e estreou no jornalismo como redator da "Folha de Minas". Em 1941, aos dezoito anos, publicou, no Rio de Janeiro, seu primeiro livro de contos Os grilos não cantam mais. Ao colaborar com o jornal "Correio da Manhã", conheceu Vinicius de Moraes. Formou-se em Direito em 1946. Lançou, no ano de 1956, O encontro marcado. Em 1957, decide viver exclusivamente como escritor e jornalista. Publica O homem nu em 1960. O grande mentecapto vem a ser publicado em 1979, rendendo-lhe o Prêmio Jabuti. Recebe, em 1999, o Prêmio Machado de Assis, da Academia Brasileira de Letras, pelo conjunto da obra. Falece no ano de 2004, em Ipanema, perto de completar 81 anos. A seu pedido, consta no epitáfio: "Aqui jaz Fernando Sabino, que nasceu homem e morreu menino!"

Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Fernando\\_Sabino](http://pt.wikipedia.org/wiki/Fernando_Sabino)

[Voltar ao Sumário](#)

## Artigo

### O caminho da humanização

Enildes Corrêa\*

“A pessoa ignorante é alguém que vai ignorando alguma coisa essencial. Ela é ignorante porque está ignorando a coisa mais fundamental na vida: ela está ignorando a si mesma. Ela está se mantendo ocupada com o não essencial. Perdeu a trilha do próprio eu. Esqueceu-se da sua realidade e tornou-se um com alguma coisa que ela não é”. Osho

Atualmente, muito se tem falado na necessidade de humanizar as organizações e a sociedade de modo geral. Humanizar quer dizer: elevar à altura do homem. Relativo ao homem: o corpo humano; a espécie humana. Sensível à piedade, compassivo: mostrar-se humano com seus semelhantes.

A lógica nos faz raciocinar que se é necessário humanizar, significa que algo está em desacordo com a natureza que nos qualifica como seres humanos. Então, há que se olhar e investigar na direção daquilo que está em oposição à condição essencial que nos caracteriza como Gente. Desse modo, as pessoas devem ser o centro de atenção de qualquer processo de humanização.

A humanização requer uma abordagem ampla e sensível. Fazem-se necessárias profundas mudanças na vida das instituições: valores, cultura, postura etc. As instituições são feitas de pessoas e as mudanças reais e consistentes acontecem somente, e tão somente, quando elas mudam. Mudar os procedimentos externos e administrativos sem que haja mudança de mentalidade dos indivíduos que as compõem produzirão apenas alterações superficiais.

Ao olhar e testemunhar fatos que revelam comportamentos desumanizados, ou seja, sem amizade e compaixão pelo próximo e por outras espécies de vida, em maior ou menor grau, onde quer que se apresentem, deparamo-nos com suas principais causas: a ignorância, a insensibilidade, o egoísmo e a ganância presentes na mente do homem. Essa miséria interior é tão triste quanto a exterior. Lamentavelmente, poucos a veem ou se dão conta da sua existência em si mesmos, o que impossibilita um processo de autoconhecimento e transformação.

Quantas vezes já nos fizemos esta pergunta: como é possível, por exemplo, os líderes políticos não se comoverem com as condições de vida cruéis e desiguais para a espécie humana? Eles salvam bancos, grandes empresas, mas não se empenham em salvar vidas em colapso. Mais de 900

milhões de pessoas passam fome no mundo. O homem foi à Lua, mas não cuidou da eliminação da fome no planeta em que vive...

Aqueles que agem de modo insensível e desamoroso revelam que em algum ponto de suas vidas, cortaram os laços e a conexão com o sagrado mundo interior. Por isso, a expressão que nos é muito comum ouvir: "falta alma àquela pessoa". A ignorância faz as pessoas se distanciarem da sua melhor parte e cometerem atos indignos e impróprios à condição humana; o melhor seria dizer: a nossa condição e natureza Divina.

112

Tudo é resultado da ação do homem no ambiente em que vive, seja a ordem, seja o caos. Então, como podemos falar em ações humanizadas sem passar, necessariamente, pela condição da qualidade de ser de cada indivíduo? Todavia, há resistências na aceitação dessa verdade.

Se o egoísmo, a ganância e o apego ao poder fossem dissolvidos e brotassem no coração da maioria dos seres humanos, o sentimento de amizade, a vontade de cooperar, o espírito de solidariedade e fraternidade, seguramente, não precisaríamos presenciar, em nenhum lugar, cenas desumanas que chocam os nossos olhos, as quais humilham e sacrificam os nossos semelhantes.

O caminho da humanização, em seu aspecto mais amplo e nobre, passa pela sensibilização, valorização e pelo redespertar de todos nós para a vida. Só o ser sensível, consciente, fraterno, compassivo, de fato conectado com a vida (interna e externa), poderá agir com humanidade e amor em seu coração. Dessa forma, espontaneamente, nossos atos serão pautados pela ética, pelo respeito e consideração por nós mesmos, pelo próximo e pelo meio em que vivemos. Nesse sentido, seria mais apropriado falarmos em divinização em vez de humanização. O Amor manifestado em nosso coração faz de todos nós um Templo de Deus.

Neste momento, como disse um amigo, a humanidade pede socorro, pois a desumanidade dos "humanos" está colocando em risco a vida sustentável na Terra. Seria de grande valia se todos compreendessem que no campo da energia somos um só, que não existe separação na nossa expressão mais sutil. O homem não é uma ilha. Osho nos diz: "Somos todos parte de uma única força vital – parte de uma única existência oceânica. Nas profundezas de nossas raízes somos um só. Não importa quem você esteja ferindo, no final das contas você está ferindo a si mesmo... A não violência resulta desta compreensão."

\* Administradora e Terapeuta Corporal Ayurveda. Prof. de Yoga. Ministra seminários vivenciais de Humanização da Convivência a organizações governamentais e privadas. Autora do livro *Vida em Palavras*. E-mail: omsaraas@terra.com.br

[Voltar ao Sumário](#)



## Agenda

### Atualização em Português Jurídico

Estão abertas, até o dia 09/11/2011, as inscrições para o curso de Atualização em Português Jurídico – 2º semestre de 2011, promovido pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal (Imag – DF), com o instrutor Marcelo Paiva.

O curso ocorrerá de 09/11 a 30/11, às quartas-feiras, de 19h30 às 22h30, e terá duração de 20 horas/aula.

Informações sobre valores e descontos pelo telefone 3037-3110 e no [www.imag-df.org.br](http://www.imag-df.org.br).

### 8º Concurso Brasiliense de Monografias Jurídicas

O Instituto Brasiliense de Direito Público promove o 8º Concurso Brasiliense de Monografias Jurídicas, com inscrições gratuitas abertas até 17/09/2011.

Podem participar estudantes de Direito de todo o Brasil ou bachareis recém-formados em Direito que tenham defendido monografia a partir de 30/06/2010.

Os prêmios destinados aos respectivos primeiro, segundo e terceiro colocados são de R\$ 5 mil, R\$ 3 mil e R\$ 2 mil.

A inscrição dos trabalhos, em duas vias, pode ser feita pessoalmente ou encaminhada por via postal. O formulário de inscrição encontra-se no [www.idp.edu.br](http://www.idp.edu.br) e deverá ser entregue junto da monografia. Outras informações, no site do instituto.

### V Jornada de Direito Civil

O Conselho da Justiça Federal (CJF), por meio do Centro de Estudos Judiciários, recebe, de 29 a 30/08/2011, proposta de enunciados a serem debatidos na V Jornada de Direito Civil, a realizar-se nos dias 8, 9 e 10/11/2011, na sede do CJF, por ocasião da comemoração dos dez anos do Código Civil.

O objetivo da Jornada de Direito Civil é reunir especialistas no tema para aprovação de enunciados que contenham entendimentos consensuais a respeito do Código Civil amplamente utilizados como fonte de referência no meio jurídico nacional.

As propostas poderão ser encaminhadas para o e-mail [eventos@cjf.jus.br](mailto:eventos@cjf.jus.br), em, no máximo, três por autor.

## **IX Seminário Internacional de Gestão Judicial e Acesso à Justiça**

Estão abertas inscrições para apresentação de trabalhos sobre experiências concretas inovadoras em gestão, processos de trabalho e acessibilidade à Justiça nas diversas instituições do sistema judicial.

A entrega dos trabalhos pode ser feita até 29/08/2011, nominalmente à coordenadora-geral do Centro de Estudos Judiciais das Américas (Ceja), Andréa Cabezón, pelo e-mail [andrea.cabazon@cejamericas.org](mailto:andrea.cabazon@cejamericas.org).

Os resultados serão divulgados até 15/09/2011. Os trabalhos selecionados serão apresentados durante o IX Seminário Internacional de Gestão Judicial e Acesso à Justiça, na cidade do México, no período de 19 a 21 de outubro.

## Notícias

### **SJDF recebe posse definitiva de prédios**

“Esse era um anseio antigo da Justiça Federal, que hoje se concretizou”, com essas palavras a diretora do foro da Seção Judiciária do DF, juíza federal Daniele Maranhão Costa (no centro da foto), recebeu do superintendente substituto da Superintendência do Patrimônio da União no Distrito Federal (SPU), Jofre Eduardo Filho, o Termo de Entrega e Regularização de Posse definitiva de prédios da Justiça Federal do DF. A regularização refere-se aos imóveis constituídos pelos Lotes n. 5-A e n. 8, o Edifício-Sede I (Bloco G) e o Anexo, Fórum Juiz José Bolivar de Souza.

115



O ato de entrega aconteceu no dia 8 de julho, no gabinete da magistrada. Também estiveram presentes ao ato a diretora da Secretaria Administrativa (Secad), Loíla Barbosa Aguiar de Almeida; Alice Cabiló de Barros, chefe substituta do Setor de Incorporação, Registro e Destinação da SPU, e Raimundo Lopes, servidor da SJDF que intermediou o contato com a SPU.

Flávia Maurício [texto]

[Voltar ao Sumário](#)

## I Semana da Conciliação do DF, em 2011, atinge mais de 80% de acordos

No período de 27 de junho a 1º de julho, o auditório da Seção Judiciária do DF (SJDF) foi palco para a I Semana da Conciliação do Distrito Federal de 2011, que resultou na realização de 228 audiências, com um percentual de acordos de 80,37%, em processos relacionados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

Durante cinco dias de mutirão, seis juízes federais da SJDF e cinco vindos de outros estados alcançaram resultados que superaram as expectativas de todos os participantes. Dos valores das dívidas apresentadas em juízo, as quais chegaram à casa dos R\$ 26 milhões, surgiram acordos que somaram aproximadamente R\$ 5 milhões e quinhentos mil.

O Núcleo de Conciliação da Seção Judiciária do DF tem como coordenadora a juíza federal titular da 16ª Vara Federal, Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas. Segundo a magistrada, é necessária uma “revisão de dogmas, pois conciliar é legal, não apenas porque traz maiores benefícios às partes e efetivamente às demandas judiciais, mas também tem justificativa na lei e na Constituição”. Gilda frisou que “os processos julgados são muito antigos, com casos de mutuários que estavam esperando resolver o problema da casa própria há cerca de 20 anos”.



Juíza federal Gilda Maria Sigmaringa Seixas, em audiência de conciliação

Participaram da I Semana da Conciliação do DF de 2011 os juízes federais Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas; Novély Vilanova da Silva Reis; Ana Paula Tremarin, coordenadora adjunta do Núcleo de Conciliação da SJDF; Clara da Mota Santos; Allyson Fontenele e Bruno César Bandeira Apolinário, todos da Seção Judiciária do DF. Além deles, também participaram do mutirão os juízes federais Marcelo Lobão (GO), Hind Ghassan Kayath (PA), Daniela Zarzar (PE), Rony Ferreira (PR) e Társis Augusto de Santana Lima (GO).

As ações pautadas para as audiências tramitavam, em grau de recurso, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e foram selecionadas pela Caixa Econômica Federal (CEF) e pela Empresa Gestora de Ativos (Emgea), após prévia identificação daquelas com maior possibilidade de acordo.

Segundo os organizadores da Semana da Conciliação, nas próximas etapas, o número de acordos pode subir, já que muitos mutuários que desistiram das audiências devem procurar a CEF para uma nova negociação.

## A abertura da Semana da Conciliação

A I Semana da Conciliação do DF de 2011 foi oficialmente aberta pela diretora do foro da SJDF, juíza federal Daniele Maranhão Costa, que destacou a importância das parcerias, nesse caso da CEF e da Emgea com a Justiça Federal, para a resolução dos conflitos que envolvem o SFH. O evento contou com a presença da corregedora nacional de justiça, ministra Eliana Calmon, que salientou “a boa tradição de conciliação no Distrito Federal”. Também estiveram presentes na abertura do evento o diretor-presidente da Emgea, Josemir Assis, e o representante da CEF, Williams de Paula Pereira, além de magistrados, servidores, advogados e convidados.



Ministra Eliana Calmon, na abertura da I Semana da Conciliação do DF

## Próximas Etapas

A Semana da Conciliação no Distrito Federal ainda terá mais duas etapas, até o final do ano. A próxima está marcada para o período de 19 a 23 de setembro, e a última, para o período de 28 de novembro a 02 de dezembro. Esta última etapa ocorre durante a Semana Nacional da Conciliação, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e que se realiza em todo o país.



Diretora do Foro da SJDF,  
Juíza federal Daniele  
Maranhão Costa



Williams Pereira,  
representante da Caixa  
Econômica Federal



Diretor-presidente da Emgea  
Josemir Assis

## Vantagens da Conciliação

A conciliação traz muitas vantagens, tais como economia de gastos, antecipação do encerramento do processo, ciência imediata do resultado da ação, realização do objetivo da parte sem o desgaste emocional de um processo longo, além da possibilidade de discutir diretamente a revisão do contrato, sob o manto de certeza e segurança do Judiciário.

“Na conciliação não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois aqui ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito”, ressalta a coordenadora da conciliação da Justiça Federal no DF, Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas.

## Os bastidores da conciliação

Para que um evento dessa natureza aconteça, há uma série de procedimentos que são realizados anteriormente, que vão desde o contato com as partes, o preparo das intimações até a organização da estrutura logística. Os preparativos englobam, também, o contato com outros órgãos de apoio à conciliação como, por exemplo, a Defensoria Pública da União (DPU), além dos encontros preparatórios com a CEF/Emgea e o recebimento dos processos vindos do TRF-1ª Região e das varas federais. A responsabilidade por esse trabalho é do Núcleo de Apoio ao Projeto de Conciliação da SJDF (NAP/SJDF). Para conhecer um pouco mais da atuação do NAP, a equipe da Revista Justiç@ entrevistou o servidor Eduardo Ignácio, da coordenação do Núcleo. Confira:

### Justiç@: Quem é a equipe do NAP?

**Eduardo:** O NAP não possui apenas uma equipe. É um conjunto que atua em sinergia! Esse conjunto é formado pelas juízas federais coordenadoras da conciliação, Gilda Maria Sigmaringa Seixas e Ana Paula Tremarin; pela diretora do foro da SJDF, juíza federal Daniele Maranhão Costa; pela diretora da Secretaria Administrativa, Loíla Barbosa Aguiar de Almeida, e por nós, que somos integrantes do Núcleo: eu [Eduardo Ignácio], Patrícia

Cristinne e Isabela de Andrade (estagiárias). Além disso, pelas equipes da Diretoria do Foro (Diref), da Secretaria Administrativa (Secad), do Núcleo de Administração de Serviços Gerais (Nuasg), Núcleo de Tecnologia da Informação (Nutec), da Central de Mandados (Ceman), da Seção de Comunicação Social (Secos), da Seção de Segurança, Vigilância e Transporte (Sevit) e pelas nossas varas federais. Também não poderia deixar de mencionar a equipe da Secretaria Executiva do Projeto de Conciliação do TRF -1ª Região (Secec), que está sob supervisão do servidor José Ronaldo Mascarenhas, responsável pelo apoio direto dado ao nosso núcleo, principalmente nessa fase de transição.



Equipe do NAP: Eduardo Ignácio, Patrícia Cristinne e Isabela de Andrade

## **Justiça@: Fale um pouco sobre essa fase de transição e sobre a criação do NAP.**

**Eduardo:** Ao falar da história do NAP, não poderia deixar de abordar um pouco da nossa história na Conciliação. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), por meio da Resolução nº 100-14 de 25 de maio de 2005, autorizou a implantação do Projeto de Conciliação, denominado Pro-Conci, a fim de buscar uma solução mais célere nos processos relacionados ao Sistema Financeiro de Habitação – SFH (aqueles que discutem os contratos de financiamento imobiliário) e que tramitam perante o Tribunal. Desde então, a nossa SJDF passou a contar com uma estrutura, ainda que pequena, para apoiar o Pro-Conci, denominado NAP (assim ocorreu com as Seções Judiciárias da Bahia e de Minas Gerais, na mesma época), do qual esteve à frente dos trabalhos, até o início deste ano, o servidor Evilásio Vitorino. Em 2006, pela Portaria 600-468, o Pro-Conci foi estendido a todas as seccionais integrantes da 1ª Região, ou seja, inicialmente a conciliação estava restrita ao âmbito dos processos da SJDF (bem como a SJBA e a SJMG) que tramitavam no TRF (2º Grau). Posteriormente, foi estendida para as outras seções judiciárias (1º Grau). Na fase de implantação, fomos uma das primeiras seccionais a contar com uma estrutura própria e voltada para o Pro-Conci. Atualmente, foi iniciado um processo de transição, tendo em vista as novas diretrizes dadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº 125, que prioriza os métodos consensuais de conflitos. O NAP passará a ser denominado Núcleo de Conciliação. Na prática, isso já está acontecendo.

## **Justiç@: Quais as principais mudanças ocorridas desde que foi incentivada a cultura da conciliação na SJDF?**

**Eduardo:** Olha, tudo que é novo assusta. E com a conciliação não foi diferente. Ainda nos encontramos em um processo de mudança de paradigma, mas já conseguimos observar algumas mudanças, ainda que singelas. Aquilo que estava sendo visto com certa desconfiança, já está sendo visto com novos olhos. A conciliação é um instrumento que vem para somar esforços, permitir que os nossos magistrados se concentrem mais na solução de grandes questões de repercussão social.

## **Justiç@: Quais as diretrizes apontadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em relação à conciliação?**

**Eduardo:** Em 29 de novembro de 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125, que prioriza os métodos consensuais da solução de conflitos, ou seja, a conciliação, agora, assume o status de política pública. No teor da resolução, ela procura identificar a conciliação como um instrumento hábil para a solução dos litígios de forma rápida, efetiva e econômica (busca pela ordem jurídica justa).

## **Justiç@: Há perspectiva de outros assuntos serem motivo de conciliação?**

**Eduardo:** Sim! Tanto na fase pré-processual como na fase processual dos litígios relativos à lei de direitos patrimoniais disponíveis, bem assim daqueles que, pela natureza do direito em discussão, a lei permita a transação.

## **Justiç@: Como o NAP avalia os mutirões de conciliação, especialmente a primeira etapa da Semana da Conciliação do DF deste ano?**

**Eduardo:** Quando falamos em avaliação, temos que ter sempre em mente quais os instrumentos que possam nos permitir medir índices, como número de acordos, quantidade de audiências, satisfação do público etc. Temos, no nosso sistema, uma rede denominada "conciliação\_cef", destinada, entre outras funções, a elaboração de estatísticas em tempo real, no momento em que as audiências estão acontecendo, e a "pesquisa de satisfação", feita com os mutuários ao término de audiências. Esses instrumentos nos permitem avaliar o nível de nosso trabalho, bem como nos orientar com as ações e correções que se fizerem necessárias para atingirmos nossos objetivos. Como fruto dessa nova perspectiva sobre a conciliação, obtivemos a marca histórica de 80,37% de acordos. Lembro que esse resultado só pode ser obtido por um esforço conjunto de nossos parceiros de trabalho.

Flávia Maurício [texto]

Gilbson Alencar [edição]

[Voltar ao Sumário](#)



## Direito e Saúde Pública são debatidos em encontro promovido pela SJDF, Ajufer e UniCeub

O seminário “Revisão de Atos Administrativos e Saúde Pública” reuniu magistrados, advogados, acadêmicos e servidores, durante os dias 15 e 16 de junho, no auditório da Seção Judiciária do Distrito Federal (SJDF). Na oportunidade, os palestrantes debateram com a plateia as implicações da judicialização de determinadas decisões administrativas, como, por exemplo, o fornecimento de remédios e o custeio de tratamentos dispendiosos para doentes graves, uma situação que a rede pública não tem conseguido resolver.

121

Abriram o evento os representantes das instituições promotoras do seminário: a diretora do foro da SJDF, juíza federal Daniele Maranhão Costa, o presidente da Associação dos Juizes Federais da 1ª Região (Ajufer), juiz federal Roberto Veloso, e o coordenador do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (UniCeub), professor Roberto Freitas. Após a abertura, os conferencistas Eduardo Lycurgo Leite (advogado), Pablo Zuñiga Dourado (juiz federal) e Selene Maria de Almeida (desembargadora federal) abordaram o tema “Direito Sanitário e Proteção ao Consumidor”.



Juíza federal Daniele Maranhão Costa



Juiz federal Roberto Veloso



Professor Roberto Freitas

Eduardo Lycurgo trouxe como reflexão para o encontro a relação entre saúde pública, medicamentos e direitos autorais. “Diariamente, consumimos produtos que são protegidos por direitos autorais”, disse o advogado, alertando para o fato de que também ocorrem plágios em bulas de remédios.

O enfoque dado pelo juiz federal Pablo Zuñiga foram os processos recebidos na Justiça Federal em relação aos serviços de saúde prestados pelo Estado brasileiro. De acordo com o magistrado, os assuntos mais recorrentes dizem respeito a produtos nocivos e a propaganda de medicamentos.

A palestra da desembargadora federal Selene Maria de Almeida tratou da política de medicamentos essenciais e genéricos no Brasil, com a abordagem do uso racional de tais remédios, bem como dos recursos

públicos. Além disso, a magistrada falou da necessidade de ampliação de pesquisas na área de fármacos no país.

No segundo dia do encontro, o tema debatido foi “Propriedade Intelectual e Saúde Pública”. Em sua palestra, o juiz federal José Márcio da Silveira e Silva tratou dos aspectos relativos às regras de registro de medicamentos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a repercussão dessas normas na política de genéricos, especialmente no que se refere ao direito de exclusividade.

122

Os direitos fundamentais do consumidor nos aspectos da dignidade da pessoa humana, do direito à segurança e à informação foram alguns dos pontos apresentados na palestra da professora Cláudia Lima Marques. Ela alertou para a participação do Estado na prevenção de riscos aos consumidores doentes. Cláudia defendeu o direito à saúde para todos em um mesmo patamar de qualidade, independentemente de serem “consumidores de primeira, segunda ou terceira classe”, disse a professora.

Em sua apresentação, o advogado e professor Luiz Guilherme Marinoni abordou os aspectos legais e os tipos de ações relativos ao direito autoral. Assuntos como a tutela jurisdicional de propriedade, a tutela contra o dano causado e as tutelas urgentes e inibitórias foram alguns dos temas tratados por Marinoni.



Juíza federal substituta Candice  
Lavocat Galvão Jobim

O evento foi encerrado pela diretora do foro da SJDF, juíza federal Daniele Maranhão Costa, pelo presidente da Ajufer, juiz federal Roberto Veloso, e pela coordenadora do seminário, juíza federal Candice Lavocat Galvão Jobim, que ressaltou ter sido o encontro uma “oportunidade de conhecermos novas ideias e refletirmos conjuntamente”.

Flávia Maurício [texto]

Gilbson Alencar [edição]

[Voltar ao Sumário](#)

## Conbrascom discute os direitos fundamentais da comunicação

A cidade do Rio de Janeiro (RJ) foi sede do VII Congresso Brasileiro dos Assessores de Comunicação da Justiça. O evento, que aconteceu no período de 20 a 22 de junho, teve como tema os “Direitos Fundamentais da Comunicação”. A Seção Judiciária do Distrito Federal foi representada pelo jornalista Gilbson Alencar, servidor responsável pela área de jornalismo da Instituição.

123

A abertura do congresso contou com palestra da ministra Eliana Calmon Alves (corregedora nacional de justiça). Segundo ela, antes da Constituição de 1988, o Poder Judiciário não tinha a preocupação de informar a sociedade sobre suas decisões. Após a promulgação da Carta Magna, a Nação começou a questionar o Judiciário, pedindo, assim, que esse Poder começasse a se mostrar, dando mais transparência ao seu trabalho, “ninguém sabia, por exemplo, quantos processos judiciais existiam no País, nem mesmo quanto custava para a sociedade uma sentença ou, ainda, quanto tempo se demorava para julgar um processo”, afirmou a ministra. Calmon defendeu a atuação dos assessores de imprensa, “tenho uma compreensão muito mais real do trabalho dos senhores; vocês garantem a tranquilidade para as autoridades, pois, muitas vezes, não sabemos a extensão de nossas palavras; então, o assessor, entre outras funções, nos orienta sobre o que falar, adapta a nossa linguagem evitando os excessos”, ressaltou a corregedora.



Abertura do Conbrascom

Eliana Calmon foi contundente ao dizer que os assessores de imprensa “não são assessores das presidências, mas dos órgãos do Poder Judiciário; não é possível que um presidente exonere um assessor por não ter divulgado algo de seu interesse”.

Ainda no primeiro dia do Conbrascom aconteceram os painéis “A Justiça na pauta de notícias” – com a participação de jornalistas da TV Globo, da Folha de São Paulo, do Jornal O Globo e do Jornal O Dia –, “A

comunicação como princípio de transparência na administração pública brasileira” – com as palestras do presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal, João Carlos Souto, e do conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Jorge Hélio Chaves –, “A gestão da comunicação no serviço público” – com a palestra do assessor especial da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República Jorge Duarte –, e “A assessoria de comunicação pública na era da WEB 2.0” – com as palestras do assessor técnico da Comissão de Saúde e Meio Ambiente da Câmara Municipal de Porto Alegre Flavio Damiani e do professor da Faculdade Cásper Líbero Sérgio Amadeu.

124

Os assessores participaram no segundo dia do evento da mesa redonda “Comunicação Social e marco regulatório: questão inconstitucional ou inconveniente?”, com a presença do representante da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) Rodolfo Machado Moura, do presidente da Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj) Celso Schoreder, do professor da Universidade de Brasília (UnB) Venício Lima e da representante da Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) Luzia Cristina Giffoni.

Após a rodada de debates sobre o marco regulatório, aconteceu o painel “Resolução N° 85 do CNJ – concepção e desafio da comunicação na Justiça”, com as explanações do corregedor Nacional do Ministério Público Sandro José Reis, do secretário de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Renato Parente, e da coordenadora de Comunicação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Ainda no segundo dia do congresso, os assessores tiveram a oportunidade de participar de três oficinas: reportagem de TV, reportagem de Rádio e Gestão de Crise Focada no Planejamento Estratégico.

No último dia do Conbrascom, aconteceram as reuniões setoriais, inclusive da Justiça Federal, quando foram tratados temas específicos de comunicação de cada seguimento da Justiça brasileira. Ao final, os assessores participaram da plenária, momento no qual foi formatada a Carta do Rio de Janeiro. Trata-se de um documento-síntese das decisões tomadas durante o evento e que aponta as diretrizes para o melhor exercício dos assessores de comunicação da Justiça. Clique [aqui](#) para acessar a íntegra da carta.

<http://www.conbrascom.org> [foto]

[Voltar ao Sumário](#)