

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Rafael de Sousa Vargas da Silva

**Entre a corte e o estamento:
o atual STF à luz do pacto democrático,
federativo e republicano**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

**Programa de Pós-Graduação
em Ciências Sociais**

Rio de Janeiro
Setembro de 2020



Rafael de Sousa Vargas da Silva

**Entre a corte e o estamento:
o atual STF à luz do pacto democrático,
federativo e republicano**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Orientador Prof. Eduardo Vasconcelos Raposo

Rio de Janeiro
setembro de 2020



Rafael de Sousa Vargas da Silva

**Entre a corte e o estamento: a atual STF à luz
do pacto democrático, federativo e republicano**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-
Graduação em Ciências Sociais da PUC-Rio.
Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo
assinada.

Prof. Eduardo Vasconcelos Raposo

Orientador

Departamento de Ciências Sociais – PUC-Rio

Prof. Ricardo Emmanuel Ismael de Carvalho

Departamento de Ciências Sociais – PUC-Rio

Prof. Paulo Marcelo de Miranda Serrano

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2020

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Rafael de Sousa Vargas da Silva

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense e em Comunicação Social pelas Faculdades Integradas Hélio Alonso. Pós-Graduado em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Tem experiência profissional no ramo do Direito Administrativo, Constitucional e Tributário. Seu trabalho alinha-se principalmente nas correlações entre o Direito e Estado, assim como na atuação de suas elites e dos conflitos sociais gerados por sua atuação.

Ficha Catalográfica

Silva., Rafael de Sousa Vargas da

Entre a corte e o estamento: o atual STF à luz do pacto democrático, federativo e republicano / Rafael de Sousa Vargas da Silva; orientador: Eduardo Vasconcelos Raposo. – 2020.

150 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Sociais, 2020.

Inclui bibliografia

1. Ciências Sociais – Teses. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Elite judiciária. 4. Poder e democracia. 5. Relação Estado e Direito. I. Raposo, Eduardo Vasconcelos. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Ciências Sociais. III. Título.

CDD:300

“Deus caritas est, et, qui manet in caritate, in
Deo manet, et Deus in eo manet.”

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, aos amigos e à Vera por todo carinho e amor. Também ao meu orientador, Eduardo Raposo, cujas inspiradas aulas e precisas indicações muito me ajudaram no desenvolvimento da dissertação.

Aos examinadores e membros da banca, não só pelo compromisso e disponibilidade, mas também pelas valiosas contribuições sugeridas na qualificação.

Aos professores e colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, por todo apoio concedido.

Resumo

SILVA, Rafael de Sousa Vargas da; Raposo, Eduardo Vasconcelos. **Entre a corte e o estamento: o atual STF à luz do pacto democrático, federativo e republicano.** Rio de Janeiro, 2020. XXXp. Dissertação de Mestrado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho procura compreender as motivações sociais que influenciam os atuais ministros do STF em tomadas de decisões e suas possíveis consequências para a estrutura do Estado brasileiro. A hipótese com a qual começamos essa pesquisa supõe haver elementos estamentais burocráticos que motivem a ação de seus atuais membros. E, posteriormente, estabelecer de que maneira o novo desenho institucional da corte dialoga com o pacto democrático, federativo e republicano; considerando, principalmente, os conceitos de estamento e patrimonialismo.

Palavras-Chave

Supremo Tribunal Federal, Elite judiciária, Poder e Democracia, Relação Estado e Direito.

Abstract

SILVA, Rafael de Sousa Vargas; Raposo, Eduardo Vasconcelos. (Advisor) **Between the Court and the “Estamento”: the current Brazilian Supreme Court’s actions considering the democratic, federalist and republican pacts** Rio de Janeiro, 2020. XXXp. Dissertação de Mestrado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This research examines the current Brazilian Supreme Court’s actions enlightened by Max Weber and Raymuno Faoro’s concept of “estamento burocrático”. The hypothesis with which we begin this research supposes that it exists elements of the “estamento burocrático” present on the judges’ actions and judgements. Therefore, in which way the new redesign of the Brazilian Supreme Court dialogues with the democratic, federative and democratic pacts, highlighting the concepts of “estamento” and “patrimonialismo” on our analysis.

Keywords

Brazilian Supreme Court, Judicial elite, Federal Government, Power and Democracy, Law and State.

Sumário

1. Introdução	10
2. Formação de alguns elementos macroestruturais da sociedade brasileira a partir da proclamação da república	18
2.1 Transição para a República	188
2.2 Os paradigmas do estado a partir do governo republicano	244
2.3 O supremo na transformação do estado brasileiro	31
2.4 Desdobramentos do pensamento político brasileiro	355
3 O Supremo Tribunal Federal	41
3.1 Breve histórico	41
3.2 A constituição de 1988 e a escolha dos ministros do STF	477
3.3 A interpretação constitucional como novo vetor axiológico do direito	54
3.4 Aspectos práticos das escolhas jusfilosóficas e de hermenêutica dos atuais magistrados do STF – as mudanças de paradigma	588
3.5 Evolução de algumas espécies de interpretação consagradas no direito brasileiro e a atual opção do STF	63
3.6 O principiologismo como ferramenta discursiva das decisões do STF	68
3.7 A judicialização da política	77
3.8 A judicialização da vida – a juristocracia	88
4 Os Ministros	99
4.1 De órgão colegiado ao culto da personalidade	99
4.2 Principais características de suas trajetórias	107
4.3 A atuação dos ministros como consequência do estamento burocrático	135135
5. Conclusão	140
6. Referências Bibliográficas	14545

*De tanto me ir, de estar sempre
chegando, que sede em mim
de alguma permanência!
Não sei se estive além e nem sei
quando voltarei, porque tudo é
inexistência.*

*O sol nunca terá a mesma ardência,
mas sempre, sempre me estará
chamando.*

*E eu não me irei porque sem
consistência é o chão de sonho que
ora estou pisando.*

*Cidades vi que agora me aparecem
como nunca jamais nem terão sido.
E as grandes vozes que conturbam,
crescem mas de tão longe que eu
direi somente que não me fui, que,
seu eu tivesse ido,
não estaria chegando eternamente.*

*Alphonsus de Guimaraens Filho,
Soneto da permanência*

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação procura compreender as motivações sociais que influenciam o comportamento dos atuais ministros do STF em tomadas de decisões e suas possíveis consequências para a estrutura do Estado brasileiro. A hipótese com a qual começamos essa pesquisa supõe haver elementos estamentais burocráticos que motivem a ação dos atuais membros do STF.

Como já aclarado por Faoro, inspirado em Weber, o tipo ideal de estamento burocrático se configuraria pela existência de uma estrutura fechada, cujos objetivos privados de seus agentes seriam utilizados por meio da estrutura pública para concretizar seus interesses. Nossa hipótese, portanto, pressupõe que a atual composição do STF age de maneira desarticulada dos interesses explicitados na Constituição (como a Democracia, a República e o Federalismo), e privilegia mais o interesse dos próprios ministros.

Ao visar tal objetivo, faz-se importante traçar um breve percurso histórico de como se desenhou o presente cenário.

Após o redesenho institucional promovido pela Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal alcançou papel de notório protagonismo no cenário da política brasileira, sobretudo pela utilização de instrumentos como: súmulas vinculantes¹, súmulas comuns², julgamentos em demandas repetitivas³, regimes de precedentes⁴, extensão dos efeitos *erga omnes* em ações constitucionais⁵, mutação constitucional⁶ etc. Isso, sem falar nas ações de controle de

¹ Instrumento criado por emenda constitucional em 2004 por meio do qual o STF poderá, após reiteradas decisões, aprovar súmula, mediante decisão de dois terços de seus membros, com efeito vinculante em relação ao Judiciário e à administração pública direta e indireta (federal, estadual e municipal)

² Instrumento existente para pacificação de jurisprudências, a fim de promover a uniformidade das decisões. Em tese, de eficácia para o Judiciário, mas que recentemente vem sendo observada por todos os poderes.

³ Inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser entendido como uma forma de julgamento por amostragem, em que se busca juntar processos de mesma questão, permitindo que uma decisão vincule todos os demais.

⁴ Regime sugerido pelo Novo Código de Processo Civil, segundo o qual os fundamentos determinantes de uma sentença devem ser observados como princípios nos julgamentos de outros casos.

⁵ Possibilidade que o julgador possui de, mesmo em se tratando de um processo entre partes determinadas, estender seus efeitos a toda coletividade

⁶ Forma de o juiz alterar, a seu critério, o sentido da Constituição sem necessidade de alteração do texto, de acordo com a nova realidade social.

constitucionalidade⁷. Como cume político do judiciário por excelência, não seria exagero constatar que, após a promulgação da Carta Magna, o STF passou a possuir amplo leque de poderes não antes vistos, aumentando significativamente sua força.

Tribunal de múltiplo aspecto, além de corte de assuntos constitucionais *stricto sensu*, julga também uma infinidade de processos em que detém a última instância recursal; além das ações que nascem nele por competência originária como as oriundas de foro privilegiado. Sua carga litigiosa e amplíssimo leque de atribuições não se comparam com nenhum outro tribunal superior nos principais países democráticos, republicanos e federalistas, como: os Estados Unidos, a Alemanha e a Argentina, por exemplo⁸.

Há uma série de possíveis causas para tal proeminência, muitas delas já vindas em maturação desde o período do pós-guerra, sobretudo após as críticas ao positivismo jurídico, ou a ênfase excessiva do juiz como mero aplicador de leis. Embora o protagonismo do judiciário seja latente em diversas democracias ocidentais, como as citadas anteriormente, suas consequências mostram-se bastantes distintas no Brasil atualmente.

Apesar de calcado em motivações fortemente sociais, como a supremacia dos direitos humanos e a uniformização das jurisprudências, não há como deixar de observar um conflito com os demais entes em seu crescimento, invadindo as órbitas do legislativo e do executivo. Como demonstra o próprio título de um dos recentes livros do ministro Luiz Roberto Barroso: ocorreu a “Judicialização da Vida”.

Nesse sentido, o fenômeno de centralização de interpretação do direito através dos instrumentos jurídicos, citados acima, fortalece o poder do Supremo Tribunal Federal, reconfigura o jogo de poder no Brasil contemporâneo. Assim, a necessidade surge de uma gama ampla de estudos nessa esfera, a fim de aprofundar o entendimento de nosso atual cenário político, de suas dinâmicas e

⁷ São elas: ação declaratória de inconstitucionalidade por ação, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental

⁸ Segundo dados de 2015 publicados pela FGV, a Suprema Corte dos Estados Unidos, com 9 juízes, contava com 82 processos julgados; a Suprema Corte alemã, com 16 juízes, possuía 6.133 processos julgados; enquanto a Corte argentina proferiu 6814 sentenças em 2018. Já o Supremo Tribunal Federal brasileiro, com 11 ministros, julgou 92.399 processos, apenas em 2015.

relações; além de possibilitar discussões ainda mais abrangentes, como o papel do Judiciário na sociedade.

Para abordar a hipótese de atuação do atual Supremo como órgão burocrático estatal, nosso eixo de abordagem passará primeiramente por alguns elementos macroestruturais da sociedade brasileira até chegar às motivações patrimoniais⁹. Essas motivações estão presentes nas decisões dos ministros, contextualizando-as dentro do fenômeno político, em que sujeito e estrutura se inter-relacionam de forma complexa.

Panoramicamente, entendemos ser fundamental proceder a seguinte perspectiva na análise de decisão de um ministro. Porém, sem jamais pensar nas etapas descritas abaixo como condicionantes absolutas, e sim como importantes degraus na compreensão da questão. Dessa forma, será realizado o seguinte percurso em nosso trabalho:

- 1) Compreender elementos da composição da Corte;
- 2) Os próprios institutos jurídicos que a animam;
- 3) A estrutura institucional e social com a qual esses elementos interagem.

De maneira bem esquematizada:

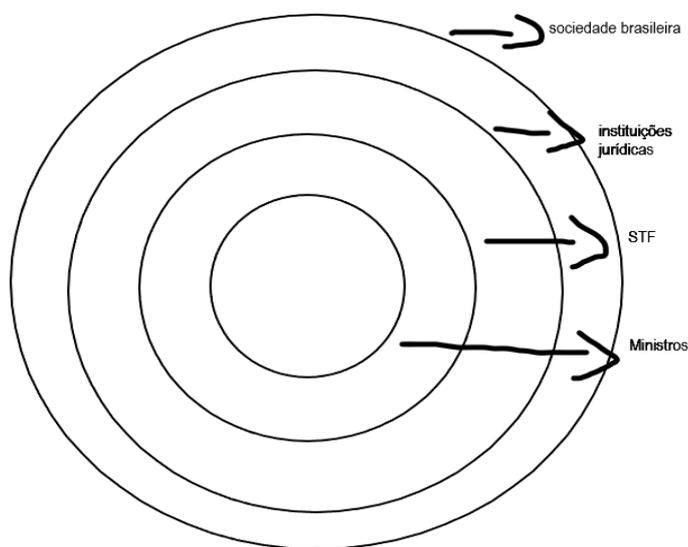


Figure 1

⁹ Na esteira de Max Weber, referindo-se à característica da indistinção entre público e privado de certa forma de agir estatal.

Em um primeiro momento, portanto, pareceu primordial esclarecer alguns pontos nevrálgicos da passagem do Estado Brasileiro do Império para a República; visto ter ocorrido, nesse período, a formação da espinha dorsal de nosso desenho institucional, objetivado na Constituição de 1891, qual seja: Republicanismo, Presidencialismo, Federalismo e Laicismo.

Cabe aqui caracterizar, ainda que residualmente, a metamorfose ocorrida na transformação do Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal (nome adotado justamente nessa passagem). Além do conceito de judiciário e das ideologias que lhe inspiravam presentes no bojo dessas mutações. Para tanto, mobilizaremos importantes chaves interpretativas do pensamento social brasileiro, como: as noções de Americanismo, Iberismo, Bacharelismo, Coronelismo, Patrimonialismo e, sobretudo, o Estamento Burocrático.

Em um segundo momento, estabeleceremos alguns paradigmas de como certos institutos jurídicos foram ressignificados no contexto brasileiro pelo corpo do Supremo. Observar-se-á como a situação de fragmentação da ciência jurídica será internalizada pelos ministros, impossibilitando processos decisórios seguros e estáveis para a população.

Observa-se que, para compreender de maneira mais dinâmica o novo papel do STF, é fundamental adentrar na dinâmica de utilização dos princípios jurídicos pelos ministros. No cenário brasileiro, em que o direito está praticamente todo constitucionalizado, tais perspectivas levam o intérprete a uma série de impasses metodológicos.

Nessa toada, vemos surgir no Brasil, como contraponto ao positivismo jurídico. Ou seja, da submissão do juiz à lei, um importante movimento para atuação política dos magistrados como agentes de transformação política, sobretudo após a Constituição de 1988.¹⁰

Há, pois, nesse ponto ampla produção bibliográfica de livros e artigos de que nos valeremos. Esses materiais enfocam as principais questões da interpretação jurídica e também das concepções filosóficas em voga, cabendo-nos adaptar aos casos concretos brasileiros, isto é, às decisões dos nossos ministros.¹¹

¹⁰ Cite-se, por exemplo, o influente livro do professor da USP Dalmo de Abreu Dalari: *O Poder dos Juízes*.

¹¹ As pesquisas principalmente desenvolvidas por Ron Rirschl, Antoine Grapon, Patrícia Perrone, Hélio Pinheiro etc, que evidenciam o crescimento e o insuflamento do judiciário.

Posteriormente, como fatos importantes que auxiliam na compreensão da motivação do comportamento da Corte, serão abordados os métodos de escolha de ministros, seus mecanismos internos e externos de exercício do poder. Assim como, suas atribuições constitucionais, legais e sua participação no jogo político brasileiro¹², realçando sua estrutura dentro das linhas do estamento burocrático.

Por fim, após a conceituação das referidas estruturas que circundam a atuação do STF, focaremos na figura dos ministros em si, elencando elementos que propiciaram sua formação, como: sua educação, condição social, profissão antes do cargo e influências intelectuais.

Em suma, visamos demonstrar como essas biografias em conjunto com algumas características institucionais e jurídicas repercutem dentro do pensamento social brasileiro, ocasionando certas distorções como a quebra do pacto federativo, o desarranjo entre os poderes e o elitismo nas decisões judiciais, por exemplo. Abordaremos, incidentalmente, como tais atuações poderiam ter como substrato, sob o véu da lógica jurídica, conteúdos que demonstrariam seus próprios ideais de democracia, república, federalismo, sendo eles um tanto diferentes de suas concepções clássicas mais usuais.

Intenta-se ainda, contextualizar a transformação de uma corte constitucional no Brasil a partir de uma mudança dos paradigmas de visão de Estado, que vem se reconfigurando desde a instauração da república, com suas contradições, valores e imbricações, adquirindo cada vez mais poderes.

Objetiva-se, assim, analisar o conjunto de circunstâncias jurídicas, institucionais e pessoais sob as quais os membros do STF, dentro do arranjo institucional proposto pela própria Constituição, parecem pautar suas atitudes e decisões. Ademais, em que medida a atual centralização do Tribunal não tenderia a fragilizar ainda mais a independência dos demais membros federados.

Importante notar que, se por um lado, defende-se o ativismo e centralidade decisória do STF com base na segurança jurídica e como forma de concretização dos mandamentos constitucionais, por outro há destituição de autonomia dos demais entes estatais para essa tarefa. Importante para esse objetivo é compreender a dicotomia desta caracterização de Estado Federal em duas

¹² Vale salientar trabalhos da elite judiciária, como: os de Maria Tereza Sadek Jorge Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Paulo Serrano, Georges Abboud etc, que nos trazem importantes dados empíricos que revelam traços presentes nesses atores.

tendências: uma unitária, que é representada pela União e outra disjuntiva, que é formada pelos estados federados.

Nesse sentido, o atual papel dos ministros vem sendo de centralidade – o que guiado pelo liberalismo democrático – pressuporia, pelo contrário, um poder central construído a partir das diferenças e não sobre as diferenças, a fim de que essa representação fosse o máximo possível emanadora dos interesses dos diversos grupos presentes no território brasileiro, com suas características peculiares.

Além do mais, tal desajuste no federalismo brasileiro também afeta o princípio democrático, que seria, resumidamente, a representação do povo nos processos decisórios. Isso ocorre, uma vez que os juízes de primeira instância, mais próximos da população, têm suas interpretações cada vez mais adstritas aos mandamentos emanados de Brasília.

Nesse sentido, registraremos alguns marcos históricos¹³ que influenciaram a hermenêutica jurídica e visão do Direito no Brasil nos últimos decênios e seguida pelos principais ministros do STF atualmente, que possibilitaram que essa concentração fosse possível.

Método:

Para tal intento, será utilizado, como base, material bibliográfico no campo do pensamento social e político brasileiro (clássico e contemporâneo); estudos no campo das elites políticas no Brasil; estudos sobre as instituições democráticas, sobretudo o papel das cortes constitucionais; Constituição e legislação correlata; análise de manifestações sobre órgão, bem como de seus membros; pesquisas quantitativas e qualitativas já realizadas sobre o judiciário brasileiro; entrevistas concedidas pelos atuais ministros; além de livros e artigos publicados pelos próprios ministros.

A metodologia se desdobrará, assim, da seguinte maneira. Na primeira parte do trabalho, prevalecerá o método mais historiográfico e descritivo sobre a formação social-institucional do Brasil, sobretudo dos processos sociais pelos

¹³ Trataremos brevemente dos três paradigmas em ordem cronológica que mais influenciaram os nossos juristas: o Jusnaturalismo, o Positivismo e o Pós-Positivismo.

quais o país passou na virada do século XIX para o XX, que moldaram nossos paradigmas até hoje.

Em seguida, focaremos no caráter estrutural, institucional, atentando-nos aos mecanismos das instituições judiciárias, sobretudo o STF. Também se analisará o aspecto da lógica jurídica, suas narrativas e desenvolvimentos no tempo.

A terceira etapa consistirá em confrontar dialeticamente as justificativas jurídicas da atual Corte para sua atuação com os próprios princípios democráticos, federais e republicanos, que parecem se contradizer, transformando a atuação dos ministros em membros de um estamento-

Por fim, de forma crítica, na conclusão procuraremos nos valer mais do método analógico (Weber e Faoro), presente desde Aristóteles no estudo dos fenômenos políticos, uma vez que para descrever problemáticas sociais em suas múltiplas facetas, necessitamos de um caso paradigma (modelo). Assim, como na medicina, ao descrever as patologias, faz-se uso do ideal de corpo saudável, também nos valeremos das noções de tipos ideais, utilizando-nos dos conceitos de democracia, república e liberdades fundamentais, por exemplo; bem como de suas doenças, como: o coronelismo, o clientelismo e o estamento burocrático.

Em todas as etapas do processo, também nos valeremos do método analítico, sempre procurando analisar determinado objeto, para depois voltar ao todo, a fim de dar uma abordagem mais ambivalente e não dogmática, ou unilateral. Assim, a atuação do ministro nunca será vista desvinculada da Corte, bem como do contexto do poder na realidade brasileira.

Possuímos o entendimento de como nossos recortes são limitadores, mas, essa demarcação multidisciplinar de territórios (do mais abrangente para o menos) para o escopo do presente trabalho, pareceu-nos de alguma forma tangível e concreta para o alcance de nossos objetivos. Sabemos que muitos desdobramentos das abordagens nestes diversos campos são temas profícuos para pesquisas em níveis mais elaborados, e que vão muito além dos nossos alvos, bem mais modestos. Temas esses que, evidentemente, pululam para maiores desdobramentos no campo de futuras pesquisas.

Cumprе mencionar que o ponto de interesse do presente trabalho surge a partir da observação da discussão dos paradigmas motivacionais que motivam o controle dos atos de poder no judiciário do Brasil (e que influenciam diretamente

no jogo político). E até mesmo, no caso do Supremo Tribunal Federal, sua própria feitura em alguns casos, sem que os parâmetros de justificativa se inoculem apenas na discricionariedade de cada ministro.

Assim, a presente dissertação visa expor uma problemática social que relaciona a própria ideia de estamento burocrático e democracia, perpassando o âmbito jurídico de maneira nebulosa e que, frequentemente, permanece sem solução institucional, restando ao estudioso o desafio de construir paradigmas minimamente objetivos de análise de tais fenômenos.

Tentaremos demonstrar assim como a Suprema Corte Brasileira tornou-se o grande poder da atual república e em que medida sua concentração de poderes demonstra características estamentais, que dificultam o equilíbrio harmônico de poderes.

2 Formação de alguns elementos macroestruturais da sociedade brasileira a partir da proclamação da república.

Utilizamos como marco temporal a transição para a República, uma vez que foi nesse período constituído o alicerce do modelo de estado brasileiro que basicamente chegou até os nossos dias.

Nesse sentido, faz-se necessário contextualizar essa transição, ainda mais levando em consideração que a relação entre a elite política do executivo e do judiciário se auto influenciam-e considerando a própria nomeação de membros da Suprema Corte, que já acontecia àquela altura.

Esses paradigmas atravessarão toda a República Velha até à contemporaneidade e influenciarão de alguma maneira os atores políticos neles envolvidos, de modo que é importante compreender minimamente suas bases teóricas.

É fundamental também compreender como os cientistas sociais compreenderam tal mudança, traçaram análises e as elaboraram para compreender melhor o pensamento político que contribuiu para formação de nossa política.

A partir desse cenário, vamos observar como o Supremo Tribunal se relacionava naquele jogo de poder da República Velha.

2.1 Transição para a República

Desencadeada por uma coligação de conservadores ressentidos, dissidentes liberais, militares irritados, partidários da autoridade forte, positivistas inspirados por um programa acadêmico de reformas, é natural que se processasse numa linha de compromisso ou equilíbrio, entre tendências antagônicas. Depurar-se-ia, adquirindo expressão estreme, de revolução de base, se a resistência lhe pusesse à prova o ímpeto. 'Era muito rápido para ser sério'. Sem sacrifício e heroísmo, os movimentos dessa natureza degeneram em transformações incompletas; adaptam-se aos costumes, que pretenderam suprimir. O Crítico dos fatos brasileiros, que os apreciasse com a distância de uma quinzena, naquele novembro de 1889, poderia tudo resumir numa inversão: do império republicano (parlamentar e descentralizado) se passara à república... imperial (...)

A República deu a impressão de que envelhecera no segundo mês de existência.¹⁴

Como assente em ampla historiografia nacional, a passagem do império para a república, embora tenha marcado uma ruptura institucional com o regime

¹⁴ CALMON, Pedro. História do Brasil., vol 7., p. 1893.

precedente, pouco alterou a ordem dos acontecimentos de grande parcela da população.

Não obstante ao fato, do ponto de vista das elites, parece impossível negar que surgiram ali novos paradigmas, novas influências, novas formas de pensar o Brasil. Todos concordes em inseri-lo em uma modernidade mais de acordo com os moldes europeus e americanos; e tendo em comum no discurso o desprezo pelo passado imperial, com seu modelo anacrônico de governar (presença do poder moderador, por exemplo). Tais influências aparecerão consubstanciadas na Constituição de 1891.

Nela uniram-se duas forças políticas principais: positivistas e liberais. Ambos ávidos por remodelar o Brasil à sua imagem e semelhança.

A influência de parte do pensamento de Auguste Comte, no meio militar, foi notória e alguns de seus ideais fortaleceram-se após esse período. De maneira bem geral, seus paradigmas mais comuns podiam ser caracterizados em algumas visões¹⁵ como:

- Crença na evolução da sociedade, baseada em três estágios: teológico, metafísico e positivo;
- Crença no pensamento científico como cume do aprimoramento humano, superando as hipóteses metafísicas;
- Crença em uma ordem social, hierarquizada, ancorada em uma poder soberano técnico-científica, que administraria de maneira racional os problemas da sociedade.

Há a chegada de uma elite, cujo norte valorizava mais a educação científicista em detrimento da católica mais praticada naquele tempo. Sua missão seria a de colocar um país cuja abolição da escravidão se fizera ontem nos trilhos de um capitalismo industrial de segunda fase. |

Gilberto Freyre, em *Survey* com diversos membros do governo daquele período, constatou alguns exemplos muito exponenciais dessa mutação:

Outro positivista, Agilberto Xavier, nascido no Rio Janeiro em 1869, confessa ter aprendido de Benjamin Constant, de quem foi discípulo de Matemática, a considerar a Matemática, ‘a verdadeira lógica; e a Astronomia, o melhor modelo de ciência’. Para melhor consolidar sua formação científica de acordo com a orientação Positivista, depois de ter estudado Matemática com Benjamin Constant,

¹⁵ MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*, 4 vol., p. 552, Madrid: Alianza, 1984.

no Rio de Janeiro, foi ‘aprender Biologia com o mais eminente dos discípulos diretos de Augusto Comte’: Georges Audiffret, que ‘depois de ter feito engenheiro civil pela Escola Politécnica de Paris, onde recebeu lições de Matemática de Comte, por conselho dele mesmo se fez médico, pela Faculdade de Medicina de Montpellier, e com esse cabedal completou a teoria cerebral de Comte’. Sendo assim, não podia ser simpático à oratória nem à retórica que, vindo da Monarquia parlamentar, se prolongaria na República presidencial por influência, sobretudo, de Ruy Barbosa. ‘Quando se deu a República’, esclarece Agliberto Xavier que ‘estava terminando sua adolescência e ia entrar no setenário chamado da mocidade’: tinha vinte anos. Mas já ‘havia passado pelo ensino de Benjamin Constant’; já aprendera com esse fundador da República, que ‘as grandes mutações sociais obedecem a leis sociais...’ Via ‘na organização monárquica que os antecedentes históricos haviam criado para o momento político da independência da nossa pátria, um regímen teológico-militar incompatível com o regímen científico-industrial do futuro e peando já sobremodo a marcha da nossa revolução’. De modo que não se iludia, como os seus ‘coetâneos sob a influência da metafísica democrática’, supondo que, ‘feita a República estaríamos no regímen normal do futuro.’ Graças àquela sua formação científica e isenta de retórica, Agliberto Xavier sabia haver nos acontecimentos como o da substituição da Monarquia pela República no Brasil uma marcha de transição’, contra a qual nada podiam bem os oradores nem os demagogos: Comte a estudara no seu ‘imperecível opúsculo’ intitulado Apelo aos Conservadores. E esse ‘imperecível opúsculo’ continha uma série de previsões científicas da Sociologia de verdade, tais como as da Astronomia, afora a precisão peculiar a esta, pela redução de seus problemas a soluções matemáticas’.¹⁶

É de se notar a influência de Benjamin Constant, cujas reformas no ensino, especialmente no ensino secundário, propiciaram um alargamento do espaço das ciências positivas em detrimento das matérias clássicas humanistas. O objetivo evidente era preparar uma nova safra de intelectuais e homens públicos capazes de inserir o Brasil no então presente cenário industrial. Embora encontrasse resistência dos setores conservadores e católicos, suas ideias encontraram forte guarida no meio militar.

Entretanto, vale salientar que não havia plena concordância entre o oficialato, havia diferenças dentro da instituição, sobretudo entre os que frequentaram as academias militares e os veteranos que não. Assim, sucederam momentos de instabilidade no início do novo regime, alguns francamente avessos aos ideais liberais – dificuldades essas que ganharão mais notoriedade na Revolta da Armada em 1893.

Existiam ainda diferenças pessoais e de concepções, separando os partidários de Deodoro da Fonseca e de Floriano Peixoto. Em torno do velho marechal, reuniam-se os chamados tarirneiros, quase todos veteranos da Guerra do Paraguai. Muitos desses oficiais não haviam frequentado a Escola Militar e distanciavam-se das idéias positivistas. Eles tinham ajudado a derrubar a

¹⁶ FREYRE, Gilberto. *Ordem & progresso*, p., 125.

Monarquia para salvar a honra do Exército e não possuíam uma visão elaborada da República, a não ser a idéia de que o Exército deveria ter um papel maior do que o desempenhado no Império.

Embora Floriano não fosse positivista e tivesse participado também da Guerra do Paraguai, os oficiais que se reuniam à sua volta possuíam outras características. Eram jovens que haviam freqüentado a Escola Militar e recebido a influência do positivismo. Concebiam sua inserção na sociedade como soldados-cidadãos, com a missão de dar um sentido aos rumos do país. A República deveria ter ordem e também progresso. Progresso significava, como vimos, a modernização da sociedade através da ampliação dos conhecimentos técnicos, do crescimento da indústria, da expansão das comunicações.

Apesar da profunda rivalidade existente entre os grupos no interior do Exército, eles se aproximavam em um ponto fundamental. Não expressavam os interesses de uma classe social, como era o caso dos defensores da República liberal. Eram sim, antes de mais nada, os porta-vozes de uma instituição o Exército - que era parte do aparelho do Estado. Pela natureza de suas funções, pelo tipo de cultura desenvolvida no interior da instituição, os oficiais do Exército, positivistas ou não, posicionavam-se como adversários do liberalismo.¹⁷

Foi, sobretudo, baseado nesses elementos que os militares construíam o novo estado brasileiro. Como se sabe, ele seria o propulsor das mudanças sociais. Seria a iluminação de uma nova elite política que guiaria os novos rumos da nação, amalgamando ideais muitas vezes contraditórios, de inspirações díspares como os elementos jacobinos franceses e os princípios democráticos dos *founding fathers*.

O que boa parcela dos historiadores nota é o processo de insulamento das massas populares nas tomadas de decisões, nas construções do imaginário político brasileiro. A própria eleição de Tiradentes como símbolo, insuflado em uma aurora mística, destoa dos feitos mais concretos e determinantes – conhecidos por grande parte da população e ainda presente na memória coletiva - de outros líderes políticos, como os próprios *founding fathers*, ou Guilherme Tell.

Em um cenário de idealização de futuros promissores e desenhos políticos salvadores:

A República, ou os vitoriosos da República, fizeram muito pouco em termos de expansão de direitos civis e políticos. O que foi feito já era demanda do liberalismo imperial. Pode-se dizer que houve até retrocesso no que se refere a direitos sociais. Algumas mudanças, como a eliminação do Poder Moderador, do Senado vitalício e do Conselho de Estado e a introdução do federalismo tinham sem dúvida inspiração democratizante na medida em que buscavam desconcentrar o exercício do poder. Mas, não vindo acompanhadas por expansão significativa da cidadania política, resultaram em entregar o governo mais diretamente nas mãos dos setores dominantes, tanto rurais quanto urbanos. O

¹⁷ FAUSTO, Boris. História do Brasil, p. 122.

Império tornara-se um empecilho ao dinamismo desses setores, sobretudo os de São Paulo. O Estado republicano passou a não impedir a atuação das forças sociais, ou, antes, a favorecer as mais fortes, no melhor estilo spenceriano. Fora, aliás, Spencer um dos inspiradores de Alberto Sales, o mais respeitado ideólogo da República.

Mas a propaganda republicana prometera mais do que isso. O entusiasmo e as expectativas despertadas em certas camadas da população pelo advento do novo regime provinham de promessas democratizantes feitas nos comícios, nas conferências públicas, na imprensa oficial.¹⁸

Com relação à doutrina positivista:

Igualmente, a adoção da ideologia positivista pelos militares intervencionistas poderia ser vista como indicadora de tendências burguesas. Mas, se na própria Europa o positivismo deu origem a posições políticas variadas, aqui os militares dele extraíram sobretudo teses que lhes interessavam na luta pelo poder, como a idéia da ditadura republicana. Em nenhum momento, os positivistas militares explicitaram teoricamente qualquer tipo de aliança com grupos externos à organização. Se alguma aliança concreta houve por parte dos positivistas do primeiro-tenentismo, foi com grupos populares, ou mesmo anarquistas, como se deu durante o florianismo e a revolta contra a vacinação obrigatória de 1904. O entendimento de Floriano com os grupos oligárquicos paulistas se deveu mais a razões políticas que econômicas, sociais ou ideológicas.¹⁹

Portanto, aqui houve um acomodamento, em tese, de uma tensão entre os setores mais liberais e outros mais propensos a ditadura republicana. Evidentemente, aqueles estavam mais interessados nas liberdades formais dos direitos de primeira geração, ou seja, a partir dos preceitos iluministas, como: a liberdade partidária, a separação de poderes, o laicismo, o controle do poder estatal e etc.

De fato, existiam três principais vertentes que foram instrumentalizadas após 1889, sem contar os radicais que não possuíam representação governamental nem força institucional:

1. Deodoro da Fonseca idealizava uma república militar;
2. Benjamim Constant, bebeu nas fontes diretas de Comte, sugeria uma república sociocrática;
3. Quintino Bocaiúva gostaria da formação de uma república liberal.

A pioneira maneira americana encontrada para substantivar territorialmente o ideal de liberdade dos demais entes em relação ao estado

¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. Os Bestializados, p. 45.

¹⁹ CARVALHO, José Murilo de. Forças Armadas e política no Brasil, p. 61..

central, foi o federalismo, razão pela qual houve simpatia por sua adesão no Brasil pelos setores oligárquicos dos estados.

Entre outras diferenças óbvias presentes em *The Federalist*²⁰, mesmo em Hamilton, nota-se a preocupação em não se traçar estratégias altamente abstratas e centralizar demais as competências, pois as soluções políticas em um estado democrático e federal demandariam agilidade e concretude.

Desse modo, nossa apropriação se deu de maneira legal, apesar da tentativa formal de adaptar o princípio de distribuição do poder.

Assim, nossa Constituição de 1891 inaugurou tais tendências:

Já na Constituição de 1891 alguns traços do novo sistema começaram a delinear-se com clareza. O Princípio federativo, apontado desde o primeiro decreto do governo provisório de 15/11/89, consagra-se na Constituição. O regime instaurado seria representativo, estaria controlado por uma divisão de poderes entre o Legislativo, bicameral, o Executivo e o Judiciário. Os congressistas gozariam de imunidades e (para corrigir as distorções imperiais das câmaras compostas por funcionários e apadrinhados da Coroa) ‘não poderão celebrar contratos com o poder executivo, nem dele receber empregos ou comissões remuneradas (...)’ (Art. 23). O presidente seria eleito e os juízes do Supremo Tribunal Federal nomeados em forma vitalícia, perdendo o cargo apenas por sentença judicial.

Em suma, a Constituição instituía um sistema representativo, de divisão e independência entre os poderes, cabendo ao Presidente designar livremente os ministros do Congresso (bem como ao Supremo) controlar e inclusive julgar, sendo o caso, o Presidente, bem como legislar sobre o orçamento, os impostos, o efetivo das forças armadas etc.

Na prática, o arcabouço democrático-representativo da Constituição vai confrontar-se com uma situação bem diversa da que o mundo das normas abstratas supunha. Entretanto, havia um princípio, consagrado pela Constituição, que coincidia com os interesses e o perfil das realidades impostas pelos vencedores de 89: o federalismo. A prática da autonomia dos Estados não se fez esperar em matéria extremamente delicada: a contração de empréstimos externos. São Paulo, Estado líder da economia, desembaraçou-se logo das peias centrais para contrair empréstimos e para assegurar a mão-de-obra indispensável à cafeicultura. A política de subsídios à imigração e mais tarde as manobras de valorização do café realizados por São Paulo e Minas fez-se com as reticências do Estado Federal. Apesar disso, teve êxito. A concessão da capacidade de emissão de bancos regionais complementou, durante os governos militares, a autonomia regional.²¹

Com efeito, percebeu-se que a grande maioria dos setores sociais estava alijados dos processos de discussão e transformadores, ao contrário dos países

²⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. American State Papers, The Federalist, p. 29.

²¹ FAUSTO, Boris (org.). História Geral da Civilização Brasileira – O Brasil Republicano: estrutura de poder e economia, 8 vol, p. 37.

onde ocorreram cismas protestantes, ou revoluções de ordem liberal. Porém, é fundamental compreender os novos paradigmas de governo, visto que influenciaram diretamente o pensamento das classes superiores de então e porque eles permanecem na atual configuração e continuam vigorando sob a atual Constituição.

2.2 Os paradigmas do estado a partir do governo republicano

Conforme mencionado, a inauguração do federalismo entre nós ocorreu de maneira *sui generis*.

Por federação entende-se, basicamente, a ideia de descentralização espacial do poder, tendo como pressuposto a experiência constitucional americana de 1787, na qual o poder seria constituído por meio da união de coletividades políticas autônomas. Sendo, portanto, uma forma de organização do estado entre outras possíveis, como o estado unitário, ou confederado.

Com efeito, vale a salientar a já tradicional definição de Jellinek que afirma que o Estado federal é o “Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal” (JELLINEK *apud* BONAVIDES, 2007).

Da definição colocada acima se pode compreender a ideia central de que todos os entes de direito público interno deverão gozar de autonomia, isto é, a capacidade de se autogovernar segundo os ditames previstos por uma lei fundamental.

A fim de que exista autonomia federativa, é necessária basicamente a presença de dois elementos:

- a) Existirem órgãos governamentais de cada ente que não sejam dependentes da administração pública federal;
- b) Que haja previsão de competências exclusivas, que permitam autogestão, para os entes.

Com relação ao federalismo brasileiro, se pode vislumbrar prontamente uma desfiguração histórica, ocorrendo o que no Brasil se conhece como federação centrífuga. Isto é, ao invés da reunião dos estados em uma união de fora para dentro, temos o poder unitário se repartindo de dentro para fora. Ao longo da trajetória nacional, isso resta evidente desde fases pré-constitucionais (formação

das capitâneas hereditárias por arbítrio da Coroa Portuguesa) até a nossa criação constitucional do Estado Federal, em 1889²²; com a proclamação da República, com evidente ausência de participação e desequilíbrio de atuações de uma série de estados, que permaneceram à margem.

Embora se entenda a dicotomia dessa caracterização de Estado federal em duas tendências: uma unitária, que é representada pela União e outra disjuntiva, que é formada pelos estados federados; jamais houve participação equânime (ou minimamente próxima) dos entes na formação do federalismo brasileiro. Assim, percebe-se uma concentração de poder e de participação, na iniciativa de poucos estados (política do café com leite etc), com mais influências no poder central. Àquele tempo, Rui Barbosa, figura crucial na feitura do texto constitucional, já opinava para a descentralização como elemento determinante para maior autonomia nacional.

renunciar o federalismo é esmacular-se. Desistir do foro republicano é prostituir-se. Conquistas destas não se revogam, senão pelo processo por que fazem os eunucos. Da federação não se retrocede para a centralização. Da América presidencial não se volve para a realeza ultramarina. A transmutação das monarquias européias, nos seus renovos coloniais, em democracias republicanas, é um fenômeno constante, com todos os caracteres de uma lei histórica, infringida unicamente no caso singular do Brasil²³

Não seria forçoso concluir que, no plano abstrato, a intenção liberal seria, em resumo a seguinte: em um país com as dimensões e pluralidades culturais como o Brasil, necessitar-se-ia de um âmbito de atribuições mais flexível e dinâmico. Dessa maneira, atenderiam às idiosincrasias de cada ente federativo, que comportava em seu território, por exemplo, cidades com influências diversificadas, seja do ponto de vista social, geográfico ou político.

Problemas como a regulação jurídica excessiva, emanada do poder central, foram evidenciadas por críticos como Tavares Bastos, que não compreendia como uma mesma regra geral de transportes emanada da União poderia regular a complexa malha ferroviária paulistana e os transportes hidroviários manauaras.

²² Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 16 de junho de 2019.)

²³ BARBOSA, Rui. República: teoria e prática, p. 27.

Ele não entendia como isso se aplicaria com as geografias completamente distintas dos municípios; ou mesmo como uma mesma legislação penal poderia ser eficiente para *ethos* que já se urbanizavam e para outros completamente rurais: com formações culturais, relações sociais e históricas completamente diversas.

Portanto, equivocadamente não seria deduzir que a federação pressuporia um poder central construído a partir das diferenças e não sobre as diferenças, a fim de que essa representação fosse a mais próxima possível dos interesses dos diversos grupos presentes no território brasileiro, com suas características próprias.

Em sua constituição elementar, na experiência concreta americana, o sistema federativo pode ser concebido da seguinte forma, o qual difere bastante do processo brasileiro:

A estrutura do Governo é reproduzida, em maior escala, em cada Estado federado e cada um se reserva alguns direitos de não se submeter à revisão da autoridade central. O sistema federativo é expresso pela dupla cidadania – o indivíduo é ao mesmo tempo cidadão dos Estados Unidos e de Nevada ou Maine. Coexistem dois sistemas judiciais completos – o federal e o estadual.

Em teoria, o Governo central só pode exercer os poderes conferidos pela Constituição escrita, todos os demais são reservados aos estados. Os poderes nominais do Governo central são, assim, estritamente limitados, restando aos Estados amplos poderes residuais. O Governo central não pode conferir aos governos subordinados, nem deles tirar prerrogativas e funções. Não pode prescrever a conduta oficial de funcionários estaduais ou municipais. Não pode abolir Estados, municípios ou outras unidades sociais. Nenhum Estado pode, sem consentimento próprio, ser privado de representação igual no Senado. Por muito tempo, a Declaração de Direitos, interpretada pelos Tribunais, somente se aplicou ao Estado nacional. A defesa contra a invasão de direitos civis por governos estaduais e municipais e por indivíduos ou organizações privadas, não era a lei federal, mas as leis estaduais.

O sistema federativo, bem como a separação de poderes e as contensões e compensações adiante discutidas, é um indício da natureza pluralística geral da sociedade americana. Inicialmente, refletia contemporizações com os interesses consolidados, a autonomia dos Estados, a desconfiança contra um Governo forte centralizado, característicos da cultura nacional desde o período colonial. Aos observadores estrangeiros causa surpresa ver certas regiões ou Estados se permitirem práticas ofensivas a maiorias nacionais ou nocivas às relações internacionais ou à posição do país no mundo. (...) Nossas Instituições, criadas para limitar o poder do Governo, para dificultar a autoridade, para coibir as exigências populares, para conferir o máximo poder aos indivíduos e associações privadas, enfrentam agora as violentas tensões da sociedade industrial e da luta pelo poder.²⁴

Outro limitador efetivo das liberdades de autonomia financeira dos estados e municípios se dava no já emaranhado sistema financeiro e tributário,

²⁴ WILLIAMS JR, Robin Murphy. A sociedade americana (uma interpretação sociológica), p. 214.

concentrando receitas e poderes na União, através de um desigual modelo de repartições tributárias. Herança da Coroa Portuguesa e que se estendeu para o império, tal prática centralizadora continuou apesar da série de forças em contrário.

Já com relação à forma de governo republicana, encontramos o modo como se engendra a instituição do poder na sociedade e o estabelecimento do elo entre governantes e governados. Em linhas gerais, é a fixação da forma de como se exerce o poder e de quem o exerce.

Grosso modo, a república seria uma estrutura estatal em que o povo, ou outros que lhe façam às vezes, por meio de eleições, selecionariam um chefe de poder para governar por tempo limitado.

Para fins pedagógicos, a maioria dos autores prefere diferenciá-la da monarquia para facilitar sua caracterização. Nessa vereda, Norberto Bobbio e Nicola Matteucci²⁵, como alguns outros autores (Maurice Duverger, Carré de Malberg e Montesquieu) assim resumem os traços norteadores da forma republicana, geralmente os contrapondo ao regime imperial ou monárquico:

1. Critério quantitativo: **são** muitos os que governam;
2. Relativa igualdade: uma vez que na monarquia há desigualdade em função da legitimação de uma nobreza governante;
3. Leis como a expressão da vontade popular;
4. Temporalidade: **o** Chefe do Governo recebe um mandato, com o prazo de duração predeterminado. E para evitar que as eleições reiteradas do mesmo indivíduo criassem um paralelo com a monarquia, estabeleceu-se a proibição de reeleições sucessivas;
5. Eletividade: **o** Chefe do Governo é eleito pelo povo, não ocorrendo sucessão hereditária, ou outro meio que impeça a participação dos eleitores;
6. Responsabilidade: **o** Chefe de Governo deve prestar contas a algum órgão de representação popular.

Nesse sentido, a república, em tese, seria uma tentativa de limitação ao poder pessoal exercido única e exclusivamente por um só governante, sem a participação do povo, bem como a limitação temporal desse poder.

²⁵ BOBBIO, N., MATEUCCI, N. & PASQUINO, G. Dicionário de Política, p. 1108.

Também o presidencialismo, assim como o federalismo, foi gestado na Convenção da Filadélfia. Seu princípio fundante é marcar uma rígida separação entre executivo e legislativo, deixando o órgão de governo independente. De maneira bastante esquemática, poderíamos traçar os seguintes nortes com relação aos dois modelos:

PARLAMENTARISMO	PRESIDENCIALISMO
Executivo e legislativo andam em conjunto – o primeiro ministro lidera o parlamento.	Executivo separado da legislatura.
Flexibilidade.	Rigidez.
Decisão de uma junta que escolhe o líder.	Decisão concentrada na pessoa do líder.
Função do partido é mais representativa.	Função do partido é mais eleitoral.

Tabela1

Entretanto, tal independência e rígida separação entre os poderes, vistas em modelos mais harmônicos, são bastante relativas no Brasil, tendo em vista as inúmeras iniciativas de projeto de lei conferidas ao executivo e aos inúmeros partidos políticos, criando-se o que é conhecido como presidencialismo de coalizão.

Outro fator de especial consideração no contexto nacional, antes da existência da Justiça Eleitoral, foi o fenômeno constante das fraudes eleitorais, que impossibilitavam a participação de importante parcela da sociedade. Época que também ficou conhecida como sendo a do voto de cabresto, consequência direta da política coronelista. Na proposta de reforma constitucional, já nos anos 20, isso já era amplamente percebido:

Um dos nossos vícios primordiais é a corrupção e fraude nas eleições, de que decorre como consequência necessária uma verdadeira repulsão do exercício do voto pela parte mais instruída, moralizada e independente da sociedade. Corrompe-se o eleitorado, já prometendo e dando empregos públicos, já pela ameaça das demissões e perseguições, e também pelo empenho e pelo dinheiro. Fraudam-se as eleições, desnatura-se o sufrágio, fazendo-o exprimir

resultado diverso da realidade. Vota-se num candidato e aparece votado outro.²⁶

Essa tensão entre executivo e legislativo, corrente já nos primeiros momentos da República Velha, fez emanar acalorados debates a respeito dos dois sistemas de governo. De certa maneira, como bem salienta Afonso Arinos, acreditava-se que pela escolha das formas políticas se pudesse transformar toda realidade social brasileira:

Este curioso traço da nossa psicologia social – a esperança de que as transformações de forma sejam capazes de atacar e resolver os problemas de fundo – não podia deixar de se exprimir no meio que mais diretamente e mais seletamente espelha o espírito popular: a Câmara dos Deputados.

E é evidente que a fé na magia das formas se intensifique quando, como é infelizmente o caso dos nossos dias, os problemas nacionais se apresentem com aspecto tal que a coragem para enfrentá-los deve ser tão grande quanto o esforço empenhado em resolvê-los. Diante das tarefas ingentes que estão exigindo a mobilização de todos os homens públicos deste país, em plena e vertiginosa crise

de crescimento, diante, sobretudo, da originalidade e dos riscos de insucesso de muitas soluções a serem ensaiadas é, realmente, muito mais tentador afundarmo-nos, como em macia rede de tucum, na preguiçosa esperança de uma reforma fácil e brilhante da estrutura política do estado, na qual sossegaríamos os apelos da nossa consciência e os clamores do povo enquanto as responsabilidades de cada um se dissolveriam em esforço geral de aparente envergadura e ilusória profundidade.²⁷

O último grande alicerce no qual se instituiu o novo Estado brasileiro e que marcou um momento de ruptura institucional foi a adoção do laicismo, ou seja, deixando de ser um estado confessional católico, como no império.

Curiosa transformação que, embora parecendo em um primeiro momento perda de influência da Igreja na estruturação do ambiente político, na verdade foi mais como uma carta de alforria desta instituição para boa parte do clero. Sufocada pela expansão da Maçonaria durante o império, viu seu número de mosteiros reduzir-se em milhares.

Diversos membros estiveram presentes na independência e idealizaram os contornos do Primeiro Reinado, cujo grande idealizador e personalidade mais influente foi José Bonifácio, que possuía o cargo máximo na ordem e elevou o próprio D. Pedro I a tal posto:

²⁶ LESSA, Pedro. Reforma Constitucional, p. 25.

²⁷ FRANCO, Afonso Arinos de Melo; PILA, Raul. Presidencialismo ou Parlamentarismo?, p. 284.

Aliás, a ação da Maçonaria, estava desde algum tempo a preocupá-lo. Nela se abrigavam figuras que não mereciam as suas simpatias e que lhe pagavam da mesma maneira. Certo, acabara de ser eleito grão-mestre do Grande-Oriente, recebera o seu mais alto posto. Não lhe escapavam as vantagens, na ocasião, de uma sociedade como aquela, a servir de elemento de coordenação de atitudes e de esforços e auxiliando a ação do governo. Mas os homens mais dedicados à Maçonaria não estavam dispostos ao papel, tido por eles como secundário, de simples cooperadores do governo; queriam ter iniciativas, orientar e dirigir os acontecimentos (...)

Muito dos maçons mais ativos, como Ledo por exemplo, fizeram parte do Apostolado. Convinha-lhes sem dúvida aparentar que ignoravam o motivo da criação da nova sociedade; e, afinal, não se propunha ela também a defender a independência brasileira e não era o seu fundador o grão-mestre da maçonaria?²⁸

No momento do Segundo Reinado a influência já estava devidamente consolidada, o que se atesta pela inúmera presença de grandes figuras do cenário político - Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Barão do Rio Branco etc. De modo que, embora confessional na letra da Constituição de 1824, os líderes políticos concentravam grande parte de seus interesses nas lojas, em detrimento do cuidado do catolicismo, e muitas vezes perseguindo a própria Igreja (o famoso caso de Dom Vital, por exemplo).

O avanço do ensino saxônico, calcado nos valores protestantes, também começou a penetrar na formação da elite política, travando uma competição com os antigos educadores.

Foram educadores, os Jesuítas, os Beneditinos, os Salesianos, os Maristas – quase todos estrangeiros – que, no Brasil dos primeiros anos da República, aceitaram o desafio Protestante à Pedagogia Católica, por alguns anglo-saxões considerada evidência da incapacidade latina de elevar-se às formas mais adiantadas de civilização moderna; e aos valores latinos de educação Católica acrescentaram, esses educadores, no Brasil daquela época e para benefício dos meninos e adolescentes brasileiros, seus alunos, anglo-saxonismos como a educação esportiva, o pic-pic, o foot-ball.

Tais anglo-saxonismos foram também introduzidos na mesma época no Brasil, em colégios dirigidos por educadores anglo-americanos, com o propósito, nem sempre confessado, de competir com os educadores Católicos, no esforço de dominar a mocidade brasileira. Essa competição da parte dos anglo-saxões e dos Protestantes resultou quase sempre em estímulo para o Catolicismo; e para o desenvolvimento do Brasil em civilização predominantemente latina na América Tropical. Que muito podem as constantes, já estabelecidas, de uma cultura regional ou nacional, sobre as inovações, quer de ordem técnica, quer mesmo de caráter ético, que, vindo de fora, se projetem sobre ela, podendo causar, não há dúvida, distúrbios socioculturais e até psicossociais, importantes; mas, de ordinário, deixando-se

²⁸ SOUSA, Octávio Tarquínio de. História dos fundadores do império do Brasil, vol.1, p. 139..

depois de algum tempo, se não assimilar, alterar ou modificar por aquelas constantes.²⁹

De alguma forma, os novos positivistas, ao adotar a laicidade, preferiram não se imiscuir em assuntos de religião, já que o mais importante era sua concepção objetiva e mecanicista da realidade social, na qual os fenômenos religiosos não eram dotados de notoriedade. Todavia, como assinala Freyre, tal competição foi importante para o desenvolvimento de valores mais ligados à competição, ao progresso.

Nota-se que não houve tentativa de perseguição de índole religiosa, tendo o Brasil, formalmente, se estabelecido com liberdade nesse terreno, fugindo-se de um anticlericalismo que se costuma presenciar em uma série de movimentos revolucionários e passagem de regimes.

Esses foram os quatro princípios que formaram o arcabouço do Estado brasileiro, que se mantém até hoje. O quinto elemento - o democrático- somente entraria posteriormente. Tais pilares (a república, a federação, o presidencialismo e o laicismo) continuam sendo, ou deveriam ser, a órbita de atuação de qualquer elite política. E com relação ao alto judiciário não seria diferente, irmanado que está com o poder executivo.

2.3 O supremo na transformação do estado brasileiro

As linhas gerais descritas no capítulo anterior foram fundamentais para ajudar a moldar o desenho das novas instituições judiciárias na Primeira República. Um dos traços mais característicos do processo político brasileiro àquela altura era o que ficou conhecido como o coronelismo, espécie de desvirtuamento dos próprios princípios republicanos e federativos recém absorvidos pela nova ordem.

Como indicação introdutória, devemos notar, desde logo, que concebemos o “coronelismo” como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso

²⁹ FREYRE, op. cit., p. 581.

antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.

Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social, dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil.

Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isto se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável.

Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema “coronelistas”, como se sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais.³⁰

Dentro da lógica coronelista, o executivo comanda um jogo de trocas para governar, sobrepondo-se à necessária independência do judiciário, que sofria pressões constantes dos coronéis, também deixando os municípios amarrados a uma desigual atribuição de competências e orçamento.

Na tentativa de manter um mínimo de proteção para o desempenho de suas funções, juízes federais e do Supremo Tribunal Federal gozavam de duas prerrogativas básicas: a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos.

A indicação à corte pertencia ao Presidente da República e permitia um importante meio de arbítrio, por parte da União, dos impasses provocados pela política dos Governadores, já que as questões referentes ao conflito federativo, em última análise, passariam ao crivo do Supremo. Ou seja, o estado que detivesse um nome aprovado poderia ser considerado como possuindo uma relação mais harmônica com o poder federal.

A justiça federal foi criada por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, através do Governo Provisório, que havia proclamado a república. Sua composição era representada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Juízes de Secção, um para cada estado. Esses eram nomeados pelo Presidente, sem necessidade de concurso público. Havia ainda, a previsão dos juízes federais substitutos - nomeados igualmente pelo Presidente - que possuíam mandatos de seis anos. Por fim, os ministros STF (quinze naquele momento) eram escolhidos

³⁰ LEAL, V.. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil, p. 20.

pelo Presidente, com aprovação do Senado, desde que possuíssem mais de 35 anos e notável saber.³¹

Não obstante, alguns choques ocorriam, tendo em vista a troca temporária e eletiva de certas coligações partidárias e a permanência vitalícia dos ministros.

A nomeação de um ministro para o STF poderia ser uma retribuição do presidente da República a um auxiliar por serviços prestados, ou parte de uma aliança entre facções. Estas duas hipóteses se verificam nas nomeações ocorridas no período de 1900 a 1911. Alberto Torres e Epitácio Pessoa tiveram rejeitadas suas pretensões de domínio dos seus estados, devido à regra do reconhecimento das facções dominantes que Campos Sales estabeleceu para a Política dos Governadores. A sua nomeação para o STF foi uma forma pela qual este presidente assegurou a manutenção da sua aliança com eles. Este também é o caso de Guimarães Natal, cunhado de Leopoldo de Bulhões, nomeado por Rodrigues Alves. Bulhões era ministro da Fazenda e dominava o estado de Goiás, onde o seu cunhado era juiz federal. Em meados de 1905, o governador do estado rompeu com Bulhões, aliando-se à oposição. Na sucessão governamental ocorreram duplicatas de governo e assembleia. Rodrigues Alves, porém, não decretou a intervenção no estado, encaminhando ao Congresso Nacional, o que resultou no controle do estado pela oposição. O ministro pediu demissão, mas Rodrigues Alves não aceitou. Em setembro de 1905, este ofereceu uma cadeira do STF a Bulhões, que indicou o seu cunhado (Franco, 1973, V. 2, pp. 501-3; A. Bulhões, p. 277). Nomeações por aliança parecem ter sido também as de Pedro Lessa e Canuto Saraiva, ligados aos paulistas, nomeados por Affonso Pena, mineiro.³²

É de se notar ainda duas outras conquistas do novo órgão judiciário. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal veio conquistar poderes ainda não vistos no anterior Supremo Tribunal de Justiça. Embora tivessem meios políticos de ação muito restritos em comparação aos dias atuais (são praticamente incomparáveis as atribuições do Estado brasileiro em 1891 com as de 1988), podem-se destacar esses dois passos evolutivos:

- A. O controle de constitucionalidade;
- B. A adoção do judicial review, importado do direito norte-americano.

³¹ Art 1º A Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juizes inferiores intitulados - Juizes de Secção. Art. 2º Os juizes federaes serão vitalicios e inamoviveis e não poderão ser privados dos seus cargos sinão em virtude de sentença proferida em juizo competente e passada em julgado. Paragrapho unico. Poderão, entretanto, os juizes inferiores, si o requererem, ser removidos de uma para outra secção. Art. 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte. Art. 4º Ao Presidente da Republica compete nomear os juizes federaes, dependendo da approvação do Senado a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impresao.htm. Acesso em 10 de agosto de 2019.)

³² KOERNER, A. O poder judiciário no sistema político da primeira república, p. 61.

Conforme salientado, na ordem imperial tínhamos o controle constitucional realizado basicamente pelo Congresso e pelo poder Moderador. Nos termos da Constituição de 1824³³, influenciada pelo direito público francês e inglês, com sua ênfase no legislativo. Já com o surgimento da Carta de 1891, aquele poder perdeu a exclusividade (juntamente com o Moderador) dessa autoridade, passando a dividi-la com o nascente Supremo, nos moldes legais³⁴.

Tal atribuição de competência foi o suficiente para inflamar setores mais voltados à proeminência do executivo como guia responsável por traçar os destinos da nação. Ainda que que a presença de um órgão com força para controlar a constitucionalidade dos atos poderia frustrar os planos de reforma e reestrutura necessários.

Nesse cenário, foi direta a crítica do senador Aristides Lobo, na imprensa carioca:

É preciso não ser cego. A maior necessidade do momento não é correr atrás de um suposto e imaginário constitucionalismo, mal pensado aliás, pelo primeiro de seus guardas, o Supremo Tribunal de Justiça [sic], mas o fortalecimento do executivo, única garantia, não se iludam, da permanência da República.[17.08.1893]

No jogo de nossas instituições, a garantia institucional não está na mão desse tribunal (o S.T.F.), que não tem a força nem os meios de agir com eficácia, mas sim nas mãos do poder executivo, depositário fiel da execução de todas as leis, imediato representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social [19.08.1893]³⁵

De caráter mais fundamental, tem-se que o controle de constitucionalidade deixou de ser atribuição de um órgão eletivo à moda inglesa (ou seja, tendo os representantes do povo como intérpretes); e passou para um não eletivo, sem representação popular.

O segundo aspecto importante a considerar foi a configuração do novo tribunal como casa recursal, passando a receber recursos das demais instâncias

³³ Art. 15 – É da Atribuição da Assembléia Geral: (...) 8.º Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. 9.º Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação. (BRASIL, Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 16 de junho de 2019.)

³⁴ Art. 35 – Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: §1º - Velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal. (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 16 de junho de 2019.)

³⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal, V. 1. p. 37.

judiciárias. Pelo exercício do poder de declaração de inconstitucionalidades (tanto de legislação federal como de legislação estadual), diversos juízes e desembargadores passaram a responder processos penais.

Essa lógica do *judicial review* teve como arauto Rui Barbosa, que objetivava proteger o povo de seus representantes. Ele acreditava que o sistema inglês – com sua ênfase no parlamento – não seria satisfatório, e que era necessária a adoção do sistema americano – com sua ênfase de controle no judiciário.

Entretanto, o ingresso na carreira de magistrado matizava enormemente em comparação com o Brasil. Variando de estado para estado, já possuíam os Estados Unidos tríplice critério de investidura:

- a) indicação do governador;
- b) indicação de Poder Legislativo;
- c) eleição da população.

Vale salientar ainda que, em regra, obedecem a mandatos.

Em linhas gerais, foram essas as principais inovações institucionais sofridas pelo Judiciário em sua passagem para República, de modo que elas continuam sendo a base para os tempos atuais.

2.4 Desdobramentos do pensamento político brasileiro

Neste momento, mostra-se necessário para nosso desenvolvimento expor algumas das principais análises sobre os fenômenos descritos acima, ou seja, interpretações do Brasil a partir de suas formações institucionais e sociais, uma vez que nos auxiliam na compreensão na compreensão de nosso objeto.

Uma primeira e tradicional distinção estabelecida entre nossos intérpretes costuma classifica-los em americanistas e iberistas.

A respeito do iberismo, cujo um de seus maiores representantes foi Oliveira Vianna, pode-se compreender uma opção por um poder central forte, a fim de diminuir nossa desorganização social e política. Desse modo, deveria o centro (União) conter a autonomia dos demais entes administrativos, seu ímpeto anárquico de desunião, tendente à constituição de feudos autônomos representado pelos coronéis. Com efeito, propensos à desunião, à desigualdade e interessados

na manutenção de uma sociedade hierarquizada da qual derivariam seus privilégios, conforme fica claro no seguinte trecho:

A hegemonia do poder central, garantida pelo emblema da legitimidade da monarquia, possibilitaria a expropriação dos senhores locais da administração pública, estabelecendo as condições para uma ação universalista e civilizatória do Estado erigido em *suma ratio* da nação. Substantivamente nada mais distante das formações estatais asiáticas do que este Estado: sua forma sobreposta à sociedade e às classes economicamente dominantes, embora semelhante à daquelas, enganaria o observador desavisado de sua verdadeira função. A autonomização do Estado não deriva de uma herança do patrimonialismo ibérico, mas da necessidade de construir uma ordem empenhada nos ideais civilizatórios do Ocidente. O asiaticismo decorreria de solução oposta a esta, já que a apropriação do poder público pelo poder privado institucionalizaria a ordem clânica e o despotismo dos caudilhos sob a fachada artificial do sistema de representação. O ideal civilizatório somente seria realizado ‘pela ação lenta e contínua do Estado – um Estado soberano, incontestável, unitário, capaz de impor-se a todo o país pelo prestígio fascinante de sua grande missão nacional’.³⁶

Portanto, na tentativa de se plasmar o modelo de organização política americana para a nossa sociedade, não se estaria observando as profundas diferenças de constituição e evolução das duas nações. Para Oliveira Vianna, de nossas raízes hierárquicas, monárquicas, escravocratas e agrárias; não nos poderíamos transformar simplesmente *ex lege* em uma sociedade republicana, liberal, democrática e federativa. Por isso, a necessidade de um poder acima dos demais, tal qual o Moderador que vigeu no Império:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos.³⁷

Com efeito, somente uma força superior poderia sobrepor-se aos mandonismos locais, apaziguando os conflitos, cuja distopia seria responsável por fenômenos, como a política dos governadores, que impossibilitaria o Brasil de se organizar como nação.

Por outro lado, o ideal americanista, em que um dos expoentes foi Tavares Bastos, enxergava na centralização administrativa excessiva, na iniciativa de

36 PIVA, Luiz Guilherme. Ladrilheiros e semeadores: a modernização brasileira no pensamento político de Oliveira Vianna, Sérgio Buarque de Hollanda, Azevedo Amaral e Nestor Duarte (1920-1940), p. 43.

37 BRASIL. Constituição do Império. 1824 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm, acesso em julho de 2020.

desenvolvimento partindo sempre da União a causa do não desenvolvimento brasileiro. A iniciativa popular, nesse bojo, seria sempre cooptada pelos poderes políticos, subjugando o desenvolvimento aos arbítrios do autoritarismo de seus líderes, como costuma ocorrer em regimes de índole violenta:

Considerai agora o lado propriamente político dessa vasta questão, que mal podemos esboçar. Dispensando, contendo ou repelindo a iniciativa particular, anulando os vários focos da atividade nacional, as associações, os municípios, as províncias, economizando o progresso, regulando o ar e a luz, em uma palavra, convertendo as sociedades modernas em falansterios como certas cidades do mundo pagão, a centralização não corrompe o caráter dos povos, transformando em rebanhos as sociedades humanas, sem sujeitá-las desde logo a certa forma de despotismo mais ou menos dissimulado. Por isso é que, transplantada do Império Romano, a centralização cresceu nas monarquias modernas e com ele perpetuou-se em todas, tirante a Inglaterra. Por isso é que não pode coexistir com a república semelhante organização do poder. Assim, absolutismo, centralização, império, são expressões sinônimas³⁸

Nessa vereda, Victor Nunes Leal já observava que a democracia brasileira sofria com essa relação desequilibrada entre o cidadão e os chefes municipais de poder; e esses, por sua vez, tinham que articular-se com o governo estadual para conseguir recursos. Como já mencionado, analisaria ainda a manifestação dos arbítrios na política municipal, não como decorrência de uma competência desmesurada concedida ao executivo local, mas justamente a sua ausência.

Outra concepção da sociedade brasileira foi a produzida por Raymundo Faoro, com marcada influência de Max Weber. No que tange o princípio do estado de direito, temos basicamente como forma de organização estatal a obediência à lei. Tal forma de poder, a qual Max Weber nomearia de racional-legal, teria como pano de fundo a obediência dos governados, que se submeteriam não por razões pessoais, mas em virtude da regra jurídica (competente em estabelecer quem e em que extensão há de obedecer ao comando).

O autor classificou este tipo de dominação, idealmente, como sendo estável, uma vez que se basearia em normas que, como supramencionado, seriam criadas e modificadas através de um estatuto sancionado “corretamente”. Isto é, com o poder da autoridade legalmente assegurado.

Em outra perspectiva, o sociólogo alemão opõe a dominação legal ao sistema de dominação carismática, no qual a obediência dos indivíduos se daria

³⁸ BASTOS, Tavares. A Província: Um estudo sobre a descentralização no Brasil, p. 92.

em razão de qualidades pessoais do líder, não sendo requerida regular investidura técnico-jurídica para essa espécie de chefe. Dessa maneira, possuiria maior instabilidade, já que existiria pouca segurança da continuação das decisões e ações dos governantes futuros.

Já na dominação tradicional, a obediência seria prestada à liderança devido a um sentimento de respeito, ou em virtude de alguma tradição ou hábito que se julgaria sagrado. Como bem salienta Faoro, a dominação tradicional de subtipo patrimonialista possui fortes marcas no Brasil:

impõe à sociedade uma orientação de cima e do alto, não admitindo que se determine de dentro para fora, de baixo para cima. A chamada sociedade civil obedece, dessa forma, ao comando do poder, sem que se determine pelos seus conflitos internos. Em termos modernos, pode-se dizer que o patrimonialismo gera a autocracia, especialmente a autocracia autoritária. O poder central, cercado pelo quadro administrativo, comanda a economia, as forças militares, o aparelhamento burocrático, que dele depende pelo recrutamento e pelas retribuições, condicionando ao seu comando os indivíduos, imantados pelo dever de lealdade ao soberano.³⁹

Ora, a formação do Estado Brasileiro, como se pode depreender da citação acima, seria composta por um estamento burocrático, para o qual a norma jurídica em si teria pouca ou nenhuma efetividade prática. A concepção do autor de nossa constituição social é associada ao patrimonialismo dos líderes, que mantêm seus privilégios econômicos e condicionam as estruturas institucionais a políticas centralizadas e com baixíssima abrangência, visando sua permanência nas estruturas políticas da sociedade. O processo de burocratização do acesso à liderança política foi aumentando com o passar do tempo e criou novas relações e influências.

A distinção feita por Weber de “viver da política” e “para política” é uma constatação presente nas democracias constitucionais ocidentais modernas, que formalizam ou judicializam a noção de política, retirando-a do âmbito das virtudes e da ética, tal como presente na concepção clássica. Enaltecendo o aspecto econômico, o político profissional retira seus recursos da própria atividade política.

Nesse sentido, não há como adotar romantismos, já que a democracia também recruta suas lideranças na forma do “demagogo” de carreira. No trecho

³⁹ FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Editora Globo, 2008.

abaixo, o sociólogo alemão destacou a diferença dos dois conceitos, bem como a profissionalização do político como elemento afastador dos interesses retributivos da sociedade:

A partir del Estado constitucional, y más aún a partir de la democracia, el ‘demagogo es em Occidente ele tipo del jefe político. (...)

Hay dos maneras de hacer de la política una profesión. Em efecto, se vive ‘para’ la política, o ‘de’ la política. Esta oposición no es em modo alguno exclusiva. Por lo regular, antes bien, ambas cosas – idealmente por lo menos, pero em general también materialmente – van juntas. El que vive ‘para’ la política ‘hace de ella – em el sentido interior – su vida’: o goza de la mera posesión del dominio que ejerce, o nutre su equilibrio interno y el sentimiento de su personalidad em la consciencia que tiene de conferir um sentido a sua vida mediante el servicio de uma ‘causa’. Em este sentido interior, toda persona seria que vive para um causa vive también al próprio tempo de dicha causa. Por conseqüente, la distinción se refiere a um aspecto mucho más macizo de la cosa, o sea al económico. Desde este punto de vista, vive ‘de’ la política como profesión el que aspira a hacerse de ella uma fuente permanente de ingresos, y vive ‘para’ la política aquel em quien no sucede tal cosa. (...)

La dirección de um Estado o de um partido por personas que viven (em el sentido económico de la palabra) exclusivamente para la política y no de ella implica necesariamente um reclutamiento ‘plutocratico’ de las capas políticamente dominantes. Com lo cual, por supuesto, no se afirma al próprio tempo, que, a la inversa, la capa políticamente dominante no trate también de vivir ‘de’ la política, o sea que no trate de aprovechar su dominio político em beneficio de sus intereses económicos privados. Nada de eso. No há habido capa alguna que no lo haya hecho em uma forma u outra. Sólo significa, pues lo siguiente: que los políticos profesionales no se vem directamente obligados a buscar para su actividad política uma retribución, como há de hacerlo obviamente el que carece de bienes de fortuna propios.⁴⁰

Há ainda diversas outras abordagens, enfocando múltiplos aspectos da realidade brasileira que também acrescentaram à compreensão (e que inclusive, por vezes, fogem ao determinismo americanista x iberista), tais como as de: Ruy Barbosa, Tavares Bastos, Alberto Torres, Sérgio Buarque, Gilberto Freyre, Caio Prado, Florestan Fernandes, Celso Furtado, Roberto Simonsen e etc.

Entretanto, acreditamos que a concepção de Faoro se adequa bem a uma análise da elite judiciária, pois seu prestígio, como veremos posteriormente, origina-se mais de origem estamental que propriamente econômica ou de classe, como bem explanou Weber:

Em contraste com as classes, os grupos de ‘status’ são normalmente comunidades. Com frequência, porém, são do tipo amorfo. Em contraste com

⁴⁰ WEBER, Max. *Economia y Sociedad. Esbozo de sociologia comprensiva*, p. 1066-1067. México: Fondo de cultura económica, 1984.

a 'situação de classe' determinada apenas por motivos econômicos, desejamos designar como 'situação de status' todo componente típico do destino dos homens, determinado por uma estimativa específica, positiva ou negativa, da honraria. (...)

No conteúdo, a honra estamental é expressa normalmente pelo fato de que acima de tudo um estilo de vida específico pode ser esperado de todos os que desejam pertencer ao círculo.⁴¹

Pelo influxo de Faoro, compreendendo o Supremo como uma elite política, pertencente ao estamento burocrático, podem-se abarcar diferentes tipos de influências, além das meramente legais (formais ou jurídicas) e das econômicas (elites financeiras), possibilitando um entendimento mais dinâmico e abrangente.

⁴¹ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*, p. 131.

3

O Supremo Tribunal Federal

Já assentadas as noções básicas de transformação do processo político brasileiro no final do século, faz-se necessário traçar uma breve retrospectiva histórica de evolução desta instituição, procurando enfeixar os seguintes pontos:

- a) Alterações de composição;
- b) Conflitos com os demais poderes;
- c) Acréscimo de garantias e proteções;
- d) Acréscimo de poderes;
- e) O papel da Suprema Corte.

Obviamente, consoante com o objetivo deste trabalho, será dado mais destaque ao momento atual, em que o início pode ser demarcado basicamente pela atual Carta Constitucional.

Salienta-se ainda que muitas dessas alterações não respondem somente às características de seus dirigentes, mas também às contingências externas e alterações sociojurídicas provocadas em outros lugares, sobretudo após os anos 60 (aspecto que será trabalhado no capítulo número 3). O objetivo aqui é de índole mais historiográfica, a fim de preparar o terreno para uma confrontação mais crítica e dialética, tendo em pauta os objetivos das novas teorias do Direito em contraposição a suas práticas sociais apostadas na realidade judiciária brasileira.

3.1 Breve histórico

Como já ressaltado, o início do entendemos hoje por Supremo Tribunal Federal nasceu em 1829 (regulamentado pela Carta Imperial de 18 de setembro de 1828 e instalado no dia 9 de janeiro de 1829), com o nome de Supremo Tribunal de Justiça. Todavia, por explicações já dadas, inclusive de ordem metodológica, preferimos começar a partir de sua transformação, ou criação na ordem republicana. Já que foram lá erigidos os alicerces que permanecem, via de regra, balizando a Corte. Portanto, a denominação Supremo Tribunal Federal foi somente adotada pela Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890.

Não seria o Supremo Tribunal Federal um tribunal ordinário. Disse-o com todas as letras o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Sales, na exposição de motivos ao Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que o organizou: 'A magistratura, que agora se instala no país graças ao regímen republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme, ou contrária á lei orgânica... Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regímen decaído, e aquêle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão... Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo'.⁴²

Do exposto, pela primeira vez o Brasil teria uma corte independente, com base na separação de poderes. Como registrou Campos Sales, sem ela, seria impossível fundar uma ordem sobre os moldes democráticos do sistema federal.

No entanto, um problema se avizinhou logo de plano: como conciliar a ala mais ferrenha do executivo militar positivista com uma delegação independente de competências a um órgão do judiciário? Foi basicamente acerca de tal questão que se desenrolou tal relação na República Velha, com mais tendência a acomodação do que a exacerbação dos conflitos entre poderes.

A primeira sessão foi realizada em 28 de fevereiro de 1891, lá, ocorreu a primeira plenária no prédio da Relação do Rio de Janeiro. Segundo a Carta Política, os ministros eram nomeados obedecidas as seguintes diretrizes:

- A. Quinze ministros;
- B. Notável saber e reputação;
- C. Indicação do Presidente da República;
- D. Ratificação do Senado por maioria simples;
- E. Detentores de vitaliciedade.

Como registram os relatos, a súbita criação de uma corte suprema aos moldes americanos e com os mais elevados valores liberais tropeçou em certa desorganização administrativa, como demonstra Leda Boechat:

O prédio em que funcionou o S.T.F em seu primeiro ano primava pela pobreza e desconforto. Na sessão de 13 de junho propunha o Visconde de

⁴² RODRIGUES, op. cit., p. 2.

Sabará se representasse ao Governo, ‘a respeito do estado de indecência, senão de aviltamento do edifício’; não tinham os Ministros sequer onde guardar seus papéis, visto que os juízes que ali funcionavam alternadamente com S.T.F, quatro vezes por semana, ‘se haviam apossado das chaves de todas as gavetas’. E também sobre a necessidade de instalar-se o Tribunal em outro edifício decente e cômodo, onde privativa e exclusivamente pudesse trabalhar. Vencida a proposta, contra os votos apenas de seu autor e dos Ministros Barradas e Pisa e Almeida, somente no ano seguinte se daria a mudança, em virtude de ordem do Ministro da Justiça, iniciando-se o novo ano judiciário, a 6 de fevereiro de 1892, em outro edifício, dividido também com a Côrte de Apelação.⁴³

Foi o durante o governo do “Marechal de Ferro” que possivelmente tenham ocorrido os maiores embates, uma vez que, em nossa história republicana, as únicas vezes em que não houve ratificação do Senado ao nome indicado pelo Presidente ocorreram em seu mandato – e por cinco vezes.

Ainda em 1893, o Supremo declarou a nulidade do Código Penal da Marinha, de 7 de março de 1891, fazendo com que o líder governista Aristides Lobo, escrevesse que o tribunal agira em gravíssimo abuso de autoridade e sua atitude merecia ser respondida perante o Senado.

Como não poderia deixar de ocorrer, o ato despertara a fúria de Floriano Peixoto, que usando de artimanhas jurídicas, permitiu que a corte ficasse meses sem funcionar, não provendo as vagas ociosas e recusando-se a dar posse ao Presidente eleito.

Além dessas, contra outras medidas do Presidente, levantou-se Rui Barbosa em célebre petição de *habeas corpus* direcionado ao órgão:

Contra essas medidas arbitrárias de Floriano Peixoto, foi redigida extensa petição de *habeas corpus* por Rui Barbosa. O seu pedido transformou-se no ‘primeiro caso rumoroso a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal’.

No preâmbulo do seu escrito, Rui Barbosa chamou a atenção do Supremo Tribunal Federal para o seu importante papel na consolidação da República, lembrando que era a primeira vez que ele haveria de funcionar na mais delicada e séria relação que envolvia ‘os direitos inermes do indivíduo e os golpes violentos do Poder’. (...)

Essa iniciativa de *habeas corpus* gerou uma grande expectativa em torno da decisão que o Supremo Tribunal Federal iria proferir. Comentários de toda espécie foram veiculados na imprensa. Houve forte pressão para que o pedido fosse negado. O Tribunal chegou a ser ameaçado por Floriano Peixoto, que, segundo registros históricos, teria proferido a seguinte frase: ‘Se os juízes do

⁴³ RODRIGUES, op. cit., p. 8.

Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão'.⁴⁴

Com o tempo, as grandes questões também passavam pelo crivo da Corte, como as envolvendo o controle de constitucionalidade das leis, conforme mencionado anteriormente; um importante contrapeso aos arbítrios do Executivo, destacando-se principalmente:

- A. Deportação: decidiu que não havia lei atual ou do antigo regime que permitisse ao Executivo a faculdade de deportação de estrangeiros, fora dos casos previstos por lei, importando em constrangimento ilegal;⁴⁵
- B. Desapropriação: decidiu em contrariedade às leis estaduais, que permitiam a indenização apenas com benfeitorias, sem levar em consideração o valor do terreno, em razão de desapropriações realizadas para aberturas de estradas;⁴⁶
- C. Administração pública: estabelecimento de limites a faculdade, de demitir e de aposentar compulsoriamente do Executivo, nos fulcros da lei.⁴⁷

Também estabeleceu inovadoras decisões em relação ao federalismo, ressaltadas as seguintes temáticas:

- A. Limites entre os Estados (Minas Gerais e Goiás);
- B. Conflitos fiscais entre os Estados (Amazonas e Mato Grosso);
- C. Questões sobre navegações interestaduais (Paraná e Santa Catarina).

Participou ainda dos embates, versando a respeito do laicismo, ou da separação entre a Igreja e o Estado. Salientando-se, sobretudo, o conflito tocante ao aforamento perpétuo do mosteiro de São Bento na Paraíba do Norte, cujo argumento invocado em sua defesa foi o de submissão do Direito Canônico. O *decisum* sedimentou que qualquer instituição religiosa não poderia invocar outra ordem jurídica que sobrepusesse o direito do Estado, quando as relações envolvessem assuntos que interessassem à ordem social.⁴⁸

⁴⁴ TEIXEIRA, José Elaerles Marques Teixeira. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal, p. 68.

⁴⁵ H.C 758, de 13-03-1895, STF., 1895, p. 6.

⁴⁶ Rec. Ext. nº 29, de 4-9-1895, Ibid., p. 130-132 e Rec. Ext. nº 56, de 23-5-1896, Ibid., 1896, p. 118.

⁴⁷ Embargos de Declaração na Ap. Civ. Nº 133, de 16-5-1896, Ibid., 1896, p. 177.

⁴⁸ Rec. Ext. nº 119, de 7-8-1897, Ibid., 1897, págs. 128.

A Revolução de 1930, também não fugiu ao modelo conflitivo. Os vencedores determinaram a aposentadoria de seis ministros, em razão de tê-los acusado de conspirações e revoluções ao longo da década de 20.

A Constituição de 1934 trouxe, entre outras, algumas mudanças dignas de nota, como as seguintes:

- A. Redução do número de ministros de 15 para 11;
 - B. Mudança de nome: passou-se a chamar Corte Suprema (mais semelhante ao norte-americano “Supreme Court”);
 - C. Maiores prerrogativas de autoadministração, como poder para dividir o Tribunal em Câmaras ou Turmas, distribuindo as causas, ou julgamentos dos feitos conforme critérios de conveniência e oportunidade;
- A. Nos crimes de responsabilidade, seus membros eram processados e julgados por um Tribunal Especial, conforme art. 58 da Carta Maior⁴⁹. Tal órgão era composto de nove juízes, divididos da seguinte forma: três da Corte Suprema, três do Senado Federal e três da Câmara dos Deputados. A sessão era dirigida pelo Presidente da Corte, sendo todos os participantes designados por sorteio.
 - B. Uma gama de competências maior e mais elaborada que a anterior, como se depreende do art. 76 do diploma constitucional;
 - C. Incompetência para apreciação de matéria exclusivamente política.

De certa maneira, a nova Lei ampliou as competências do Supremo e aumentou sua proteção de interferências do Executivo. Entretanto, ressaltou-se cláusula de incompetência absoluta para matérias puramente políticas, a fim de manter também respaldo de independência do Executivo do arbítrio judiciário: “Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”⁵⁰

⁴⁹ Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade. (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.html. Acesso em 30 de julho de 2019.)

⁵⁰ Ibidem.

A Constituição de 1937 formalizou a ditadura de Vargas com o Estado Novo, estrangulando a separação de poderes e extinguindo o federalismo, razão pela qual não cabe muitos comentários, tendo em vista o objetivo deste trabalho. Tanto o Judiciário, como o Legislativo, não gozavam da mínima segurança institucional para usufruir de alguma liberdade na atribuição de suas funções, tamanhas eram as ingerências do Executivo. Somente como exemplo: em setembro de 1939, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da incidência de uma determinada alíquota de imposto de renda. O Presidente da República, então, editou Decreto-Lei nº 1.564 poucos dias após, cassando a decisão (e a de qualquer outro tribunal), afirmando que ela feria o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa. Segundo o decreto:

São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.⁵¹

Tal teor não deixava margem à dúvida de que a última instância judiciária estava nas mãos do Chefe do Executivo. A essa altura, ficou conhecida a representação de Sobral Pinto, mediante o Conselho da Ordem dos Advogados, exortando acerca da necessidade imperiosa da independência do Poder Judiciário.

O reestabelecimento do regime democrático, e do pacto federativo de 1946, resgatou boa parte das garantias já previstas no texto de 1934, sem grandes modificações ou inovações, proporcionando autonomia outra vez ao órgão máximo do Judiciário.

O posterior regime de exceção, iniciado com o governo de 1964, mais uma vez tolheu as prerrogativas do Supremo Tribunal Federal, a fim de aumentar a força do Governo.

Já em seu Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, suspendeu as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, o que permitia a aposentadoria, ou a demissão dos magistrados por interesse público. O órgão, todavia, continuava a exercer suas competências constitucionais, concedendo

⁵¹ BRASIL, Decreto nº 1564, de 5 de setembro de 1939, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 de agosto de 2019.

habeas-corpus a diversas lideranças políticas, como: os governadores de Sergipe, Seixas Dória; do Amazonas, Plínio Coelho; de Pernambuco, Miguel Arrais e de Goiás, Mauro Borges.

Porém, com o Ato Institucional nº 5, houve a suspensão do habeas-corpus, além da suspensão definitiva das garantias constitucionais e legais de todos os magistrados do país. No período, três ministros foram cassados e dois forçados a se aposentar. Eram eles: Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima.

E mais uma vez, repete-se a intrincada relação com o Executivo – presente já em Floriano, passando por Getúlio e desaguando em Médici.

Há ainda uma série de importantes dados historiográficos sobre o Supremo nos períodos elencados acima (decisões históricas, alterações institucionais etc), porém sairiam muito do objetivo deste trabalho, que se deterá mais consistentemente em sua atual estrutura, completamente remodelada pela Constituição de 1988. Uma mudança, como veremos, sem paradigma na história do judiciário, dada a sua infinidade de competências e garantias. Como bem salientou o ex-ministro Aliomar Baleeiro: “como vêm a história do Supremo confunde-se um pouco com a própria história do Brasil republicano”. Acrescentamos que se confunde bastante.

3.2 A constituição de 1988 e a escolha dos ministros do STF

Passados os breves prolegômenos históricos, pode-se analisar a estrutura do órgão, que está vinculada a atual Carta Política, razão pela qual a análise do texto constitucional deve constar como principal diretriz de análise, haja vista que a função política do Supremo é a da própria Constituição. Tal afirmação é assente por grande parte dos publicistas. Como bem ressaltou Aliomar Baleeiro:

A Constituição, - Carta Política, por sinonímia – inspira-se em certa ideologia política com princípios expressos e implícitos. Longe da neutralidade, incompatível com a própria natureza do diploma, vincula-se êle ostensivamente a certa concepção ou filosofia de vida social e humana, elendo-a como a melhor, ou a menos defeituosa.⁵²

E na mesma linha, Marcelo Paiva dos Santos:

⁵² BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, p. 101.

O poder estatal é um poder político e, sendo a função judicial exercida por um dos poderes estatais seria, portanto, uma função política. Esta concepção não retira do Judiciário a sua formatação de um Poder do Estado, pois ‘El Tribunal es poder, tiene poder, ejerce poder, comparte poder, gobierna, cogobierna. No es esto una absorción de los otros poderes por el Poder Judicial; no es esto un descarrilamiento del Poder Judicial ni una quebra de la tripartición divisoria’.⁵³

Sendo assim, faz-se fundamental percorrer o texto constitucional, entre outras inúmeras razões, sobretudo por duas:

- A. As competências, garantias e a estrutura básica do STF estão nele presentes;
- B. Sua função precípua é de justamente ser guarda da Constituição.

Um dos pontos mais determinantes versa sobre a escolha dos onze ministros. Apesar de mudanças ao longo do tempo, de maneira geral, o procedimento manteve alguma coerência ao longo dos anos. Segundo a Constituição⁵⁴, o processo deve obedecer às seguintes diretrizes:

- A. Ser brasileiro nato;
- B. Possuir mais de 35 e menos de 75 anos;
- C. Nomeação pelo Presidente da República;
- D. Aprovação da nomeação por maioria absoluta do Senado Federal;
- E. Possuir notório saber jurídico e reputação ilibada.

Tal é o aspecto legal, porém interessa-nos mais os aspectos sociológicos que permeiam essas escolhas.

Desde sua fundação, somente 5 nomes foram rejeitados para Ministro, e todos no momento mais tenso do governo de Floriano, conforme já ressaltado na primeira parte. Tal fator ressalta importante instrumento de coalizão.

Nosso sistema é um acomodamento de critérios europeus e, sobretudo, norte-americanos – mudando, tão somente, o elemento social que o motiva. Como já salientado, o patrimonialismo, o coronelismo e outras práticas revestem essas decisões políticas, como bem ilustra o comentário de Paulo de Miranda Serrano:

Em síntese, esta tese sustenta, quanto ao esforço interpretativo, que a manutenção de um modelo de escolha de ministros transplantado dos Estados Unidos para o Brasil no final do século 19, composto, na origem, por duas fases distintas

⁵³ SANTOS, Marcelo Paiva dos. A história não contada do Supremo Tribunal Federal, p. 58..

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de junho de 2019.

atribuídas aos poderes executivo e legislativo, independentes nos respectivos processos decisórios, mas complementares para consecução do objetivo, e lá animado com a crescente participação e vigilância da sociedade civil, mas aqui, em pouco tempo, debilitado na sua simetria, deprimido no processo decisório do legislativo, abatido na complementaridade, esmagada pelo peso do executivo, e desanimado da participação da sociedade civil, somente foi possível pela apreensão do patrimonialismo como fenômeno, que entre nós possui um caráter tradicional, revelando estamentos governamentais equipados com o instrumental retrógrado de um estágio político e social que, malgrado todos os avanços no mesmo período obtidos, teima em sobreviver.

Por outro lado, a constatação de que, independentemente do efetivo funcionamento do modelo, o resultado das escolhas revelado pela atuação da maioria dos ministros, na percepção geral, é positivo, esmorece as iniciativas para aprimorá-lo, seja do ponto de vista do modelo positivado, seja sob o ângulo da sua prática, justificando o status quo.⁵⁵

Vale também apresentar um quadro comparativo, exposto por Serrano, com as formas de escolhas, elencando os principais países da América Latina e os Estados Unidos:

País	Órgão	Controle de constituc.	Sistema de Governo	Composição da Corte	Mandato	Poder
EUA	Suprema Corte	Difuso	Presidencialista	9 juízes escolhidos pelo presidente da República e aprovados pelo Senado	Vitalício	Integra o poder Judiciário

⁵⁵ SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda. CAMINHOS PARA A CORTE: Estado e sociedade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, p.343. 2015. Tese de Doutorado. PUC-Rio.

Brasil	Supremo Tribunal Federal	Misto	Presidencia- lista	11 ministros escolhidos pelo Presidente da República, aprovados pelo Senado	Vitalicío (até 75 anos)	Integra o Poder Judiciário
Argentina	Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina	Difuso	Presidencia- lista	5 juízes escolhidos pelo Presidente da República, aprovados pelo Senado	Vitalicío (aos 75 anos necessita a nova aprovação do Senado)	Integra o Poder Judiciário
Venezuela	Tribunal Supremo de Justiça	Misto	Presidencia- lista	32 magistrados, eleitos pela Assembléia Nacional	Mandato de 12 anos, único	Integra o Poder Judiciário
Colômbia	Corte Constitucional	Misto	Presidencia- lista	9 membros escolhidos pelo Senado a partir de listas tríplices	Mandato de 8 anos	Integra o poder judiciário

				<p>pelo Senado a partir de lista tríplices encaminhadas pelo presidente da República, pela própria Corte, pelo Conselho de Estado.</p>		
Bolívia	Tribunal Constitucional Plurinacional	Misto	Presidencialista	7 membros eleitos pelo povo a partir de lista elaborada pelo congresso.	Mandato de 8 anos	Integra o Poder Judiciário.
México	Suprema Corte de Justiça da Nação	Misto	Presidencialista	11 ministros Escolhidos pelo Presidente da República,	Mandato de 15 anos único	Integra o poder Judiciário

				aprovados pelo Senado.		
--	--	--	--	------------------------------	--	--

Tabela 2

Embora, com algumas variações, há críticas no tocante à possível cooptação por parte do Executivo e do Legislativo das indicações dos ministros. A questão admite controvérsias, sobretudo quando não se tem clara definição do âmbito de incidência e de abrangência das competências de uma Corte. Como acontece no Brasil, em que praticamente a vida toda está constitucionalizada, centralizando o processo decisório. Age como Corte constitucional e como órgão máximo do poder Judiciário.

Portanto, o método de escolha dos Ministros, como se vê, não se distingue tanto de outras cortes. Não só Serrano, como também Maria Fernanda Jaloretto e Bernardo Pinheiro Machado Mueller concluem que é possível até aperfeiçoar nosso sistema, contudo ele não se mostra tão determinante como poderia parecer à primeira vista na atuação dos ministros:

No período analisado, junho de 2002 a outubro de 2009, em que houve um aumento gradual do número de ministros indicados pelo presidente Lula na composição do STF, verifica-se que houve um aumento também do número de casos julgados com presença de divergência de votos na Corte.

Contudo, dois outros resultados interessantes foram encontrados. O primeiro diz respeito ao elevado grau de decisões consensuais na Corte, mais de 90%, conforme estimativa realizada. O segundo consiste na existência de 12 casos em que há significativa divergência entre os votos dos ministros indicados pelo Presidente Lula e os votos dos ministros indicados pelos demais Presidentes.

A análise dos casos destacados permitiu concluir que não há evidência empírica significativa suficiente de que o método de escolha dos ministros do STF constitui fator de influência nas decisões da Corte. Este método, no âmbito prático, não compromete a independência do Poder Judiciário, pelos dados e metodologias utilizados.⁵⁶

Também vale acrescentar que o método de indicação permanece basicamente o mesmo em sua estrutura (indicação do Executivo com sabatina do

⁵⁶ JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica IN: EALR, Brasília, V. 2, nº 1, p. 170.

Legislativo) ao longo de nossa história; tendo, porém, alterado bastante a competência, importância e atuação do STF no decorrer de seu percurso.

Recente pesquisa realizada por Carvalho, Vianna e Burgos⁵⁷ aponta para uma ligeira maioria de magistrados que gostaria de uma mudança na vitaliciedade dos ministros do STF, substituindo-a por mandato.

Os ministros do STF devem ser indicados para cumprimento de mandatos

Tabela 26.1 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Favorável	1357 55,8%	113 59,2%	65 51,2%	11 73,3%	1546 56,0%
Deefavorável	1073 44,2%	78 40,8%	62 48,8%	4 26,7%	1217 44,0%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

Tabela 26.2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Favorável	177 60,6%	11 73,3%	13 38,2%	3 50,0%	204 58,8%
Deefavorável	115 39,4%	4 26,7%	21 61,8%	3 50,0%	143 41,2%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Tabela 26.3 – JUÍZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Favorável	181 55,0%	10 55,6%	24 53,3%	4 57,1%	219 54,9%
Deefavorável	148 45,0%	8 44,4%	21 46,7%	3 42,9%	180 45,1%
Total	329 100,0%	18 100,0%	45 100,0%	7 100,0%	399 100,0%

Tabela 26.4 – MINISTROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES

Opções	Nº absoluto	%
Favorável	13	65,0
Deefavorável	7	35,0
Total	20	100,0

Tabela 3

Por fim, vejamos como ocorreram as mais recentes indicações da Corte:

⁵⁷ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. Quem somos – A magistratura que queremos. AMB-Associação dos Magistrados Brasileiros: Rio de Janeiro, 2018.

MINISTRO	ESTADO DE ORIGEM	INDICADO POR	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
Sepúlveda Pertence	MG	José Sarney																		
Celso de Mello	SP																			
Carlos Velloso	MG	Fernando Collor																		
Marco Aurélio	RJ																			
Ilmar Galvão	AL																			
Maurício Corrêa	MG	Itamar Franco																		
Nelson Jobim	RS	Fernando Henrique Cardoso																		
Ellen Gracie	RJ																			
Gilmar Mendes	MT																			
Cezar Peluso	SP	Luiz Inácio Lula da Silva																		
Ayres Britto	SE																			
Joaquim Barbosa	MG																			
Eros Grau	RS																			
Ricardo Lewandowski	RJ																			
Cármem Lúcia	MG																			
Meneses Direito	PA																			
Dias Toffoli	SP																			
Luiz Fux	RJ		Dilma Rousseff																	
Rosa Weber	RS																			
Teori Zavascki	SC																			
Luís Roberto Barroso	RJ																			
Edson Fachin	RS																			
Alexandre de Moraes	SP	Michel Temer																		

Mandato
 Presidência

Tabela 4

A atual Corte é composta por: Alexandre de Moraes; Edson Fachin; Luís Roberto Barroso; Rosa Weber; Luiz Fux; Carmen Lúcia; Ricardo Lewandowski; Dias Toffoli; Gilmar Mendes; Celso de Mello e Marco Aurélio Mello.

3.3 A interpretação constitucional como novo vetor axiológico do direito

De maneira bem sucinta, evidentemente excluindo a imensa gama de outras teorias, como ocorreu nos países de tradição romano-germânica, podemos dizer que o Brasil, desde a formação de suas primeiras universidades, sofreu historicamente múltiplas influências. São elas, influxos de três principais ideias: do jusnaturalismo, do positivismo e, posteriormente, das teorias pós-positivistas.

Não se pretende definir tais correntes em um campo delimitado, mas apenas delinear alguns de seus aspectos.

Basicamente, no jusnaturalismo (em que pese haver diversas ramificações como o jusnaturalismo cosmológico, teológico, racionalista etc) existiria a concepção de que haveria um valor transcendental e metafísico de justiça, dotado de certa imutabilidade, pressupondo a partilha de valores existentes em cada ser humano.

Como, pois, o Brasil herdou a cultura jurídica e filosófica de Portugal, o tomismo, juntamente com a tradição escolástica, chegou ao Brasil, sobretudo, pelos jesuítas que tinham responsabilidades sobre o ensino na colônia. Por conseguinte, neste primeiro contato houve uma assimilação dos ideais da metrópole, com ramificações do direito canônico.

Assim, o início da Filosofia do Direito aqui se deu com o Tratado de Direito Natural de Tomás Antonio Gonzaga, que trouxe enorme influência do pensamento tomista, como já salientado, sustentando Deus como fundamento de todo Direito Natural. Influenciado pelo pensamento do direito natural e representante deste no Brasil, André Franco Montoro assim expõe sua concepção de justiça:

A justiça é o valor que deve iluminar todo o campo do direito. Não se trata de contrapor a realidade a um modelo idealista e absoluto que fica longe numa caverna platônica. É na planície em que vivemos, no processo histórico-social da luta entre liberdade e opressão, minorias dominadoras e maiorias sacrificadas, manifestações de violência ou movimentos de solidariedade, que se há de exercer, com espírito crítico e independente, a tarefa de construção dos homens do direito.⁵⁸

Sendo assim, por meio da coação, haveria a garantia de que o direito exerceria sua função, isto é, em não ocorrendo esta coação, a obediência às leis impostas seria meramente optativa. Assim, não se poderia afirmar existir leis na concepção positivista, pois elas estariam subordinadas à moral e ao arbítrio de cada indivíduo, remetendo-as mais uma vez ao direito natural, visto que este não teria meios para exercer a vinculação necessária para efetivação do comando normativo.

⁵⁸ MONTORO, A. Introdução à ciência do direito, p. 79..

Ancorado em uma concepção de cientificidade, propagada no século XX, sobretudo por Hans Kelsen, o positivismo jurídico vai ao encontro da ideia de Estado racional legal como já observamos em Weber. É o trespassar de uma noção mais subjetiva, para uma mais objetiva e genérica, e menos infensa aos influxos da moral. Sua criação como teoria do direito não obstinava uma compreensão ideológica do fenômeno jurídico, não estando presente o requisito de justiça, mas sim o de validade, em linhas gerais.

Tem, assim, suas âncoras nas grandes codificações europeias do século XIX, a começar pelo Código Napoleônico na França, que depois teve influências no Código Pisanelli na Itália, no BGB na Alemanha e, posteriormente, no Código Beviláqua no Brasil.

Todavia, no período após a Segunda Guerra Mundial, vê-se surgir no Ocidente, inspirado nos valores da Social-Democracia, algumas noções que vão dar azo às concepções pós-positivistas (ideário este que também se ramifica em um cem número de correntes). Esse ideário se sustentou na crítica a um positivismo de cunho meramente cientificista e conceitualista, e na defesa de uma abertura aos valores e, conseqüentemente, de sua consubstanciação normativa, os princípios. Já nas lições de Del Vecchio, pode-se extrair o seguinte:

O principal argumento da doutrina que nega um fundamento absoluto ao Direito, é o da variedade dos direitos positivos. Da divergência nesta matéria inferem os cépticos que não pode haver um direito com valor absoluto. Mas importa observar que, mesmo no terreno empírico, podemos observar vários factos que desmentem a tese. Antes de mais, se a mutabilidade das normas jurídicas é facto de todos conhecido, não menos conhecido é o facto de sempre ter havido uma norma jurídica, uma valoração jurídica. Em todos os tempos e lugares, sentiram os homens a necessidade de distinguir o justo do injusto, o Direito do torto. Não importa que, segundo as épocas e os povos, oscile a linha divisória; o que sem dúvida importa é o facto de essa linha ter existido sempre e ainda hoje existir⁵⁹

Não há dúvida de que esta é a corrente mais influente entre os legisladores e os acadêmicos no Brasil atualmente. Nesse sentido, leis de caráter altamente valorativo e axiológico abundaram no período pós-88, como por exemplo: Código de Defesa Do Consumidor⁶⁰; Código Florestal⁶¹; Estatuto da

⁶⁰ Cf BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 . Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm acesso em julho de 2020.

Criança e Adolescente⁶²; Lei Maria da Penha⁶³; Estatuto do Desarmamento⁶⁴; Estatuto da Cidade⁶⁵; Estatuto do Torcedor⁶⁶; Estatuto da Juventude⁶⁷; Estatuto da Igualdade Racial⁶⁸; Estatuto da Pessoa com Deficiência⁶⁹; Estatuto do Idoso⁷⁰ etc.

O crescimento em progressão, geométrica dos princípios nos diplomas infraconstitucionais, iniciado basicamente pela Carta Magna, é a grande prova disso. Também nas esferas estaduais e municipais pode-se perceber o fenômeno. Nesse cenário, veja-se, por exemplo, uma lei estadual, que regula o processo administrativo no estado do Rio de Janeiro, na qual encontramos elencados em apenas um artigo quase 20 princípios:

Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público⁷¹

Basicamente, a ofensa a qualquer desses princípios já daria azo à discussão da matéria em sede suprema, ou seja, passando ao Supremo a última palavra sobre tais assuntos. Tal fenômeno não se via no passado, como já

⁶¹ Cf BRASIL, 2012. Código Florestal Brasileiro . Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1032082/lei-12651-12> Acesso: 01/07/2020.

⁶² Cf BRASIL . Lei 8069/90 de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm acesso em 01 de julho de 2020.

⁶³ Cf BRASIL Lei 11340/06 de 7 de agosto de 2006 . Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2006/Lei/L11340.htm acesso em 01 de julho de 2020.

⁶⁴ Cf BRASIL, Lei 10826/03 de 22 de dezembro de 2003 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm acesso em 01 de julho de 2020.

⁶⁵ Cf BRASIL Lei 10257/01 DE 10 de julho de 2001 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm acesso em 01 de julho de 2020.

⁶⁶ Cf BRASIL, Lei 10671/03 de 15 de maio de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm aceso em 01 de julho de 2020.

⁶⁷ Cf BRASIL, Lei 12852/13 de 05 de agosto de 2013. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1035680/lei-12852-13> acesso em 01 de julho de 2020.

⁶⁸ Cf BRASIL, Lei 12288/10 de 20 de julho de 2020 disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/823981/estatuto-da-igualdade-racial-lei-12288-10> acesso em 01 de julho de 2020.

⁶⁹ Cf BRASIL, Lei 13146/15 de 6 de julho de 2015 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm aceso em 01 de julho de 2020.

⁷⁰ Cf BRASIL Lei 10741/03 de 01 de outubro de 2003 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm acesso em 01 de julho de 2020.

⁷¹ Cf RIO DE JANEIRO, Lei 5427/09 de 01 de abril de 2009. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument> acesso em 01 de julho de 2020.

ressaltamos, razão pela qual acreditamos possuir mais quilate ao influenciar as motivações políticas dos magistrados.

3.4 Aspectos práticos das escolhas jusfilosóficas e de hermenêutica dos atuais magistrados do STF – as mudanças de paradigma

O avançar da modernidade, permeada pela constante fragmentação das ideias e diluição das zonas seguras de certeza, também influenciou o Direito. Embora essa discussão demande grande esforço de compreensão, seja dos atores, seja dos meios envolvidos, o que emerge e é perceptível são suas consequências: a efemeridade e a instabilidade dos conhecimentos.

Se outrora o saber jurídico e o seu meio estavam conscientes, apesar de divergências históricas, de sua autonomia de métodos, preceitos epistemológicos etc; a desconstrução proveniente, sobretudo a partir da segunda metade do séc. XX acabou levando o Direito a contradições e dúvidas desafiadoras. Com seu olhar crítico, Agalé Maryoli coloca a questão nos seguintes termos, tendo como centro, por exemplo, a influência de Jacques Derrida no pensamento jurídico contemporâneo:

A “radicalização” do pensamento de Heidegger por Derrida deve ser entendida no prolongamento da ideia de “destruição” (o termo é de Heidegger) da metafísica e do racionalismo. A esse respeito, o irracionalismo derridiano se inscreve na órbita de uma crítica geral da racionalidade: a única postura que “permanece” legítima é a da “desconstrução”; em outras palavras, aquela de um discurso que reivindica sua capacidade de se colocar como uma alternativa ao discurso da racionalidade “fundadora” ou “corretiva”.

O irracionalismo heideggeriano parece sempre ter como vertente “prática” uma forma de decisionismo. Esse decisionismo sem dúvida não tem de forma alguma em Derrida o valor profundamente fundador que existe em Carl Schmitt, mas é sim um alvo “destrutivo” do discurso e da instituição do direito. Deixaremos então o leitor meditar sobre o resumo que Jacques Derrida dá de seu empreendimento destrutivo do direito e da justiça “1. A desconstrução do direito, da legalidade, da legitimidade, ou da legitimação (por exemplo) torna a desconstrução possível. 2. A indestrutibilidade da justiça também torna a desconstrução possível, e até se confunde com ela. 3. Consequência: a desconstrução tem lugar no intervalo que separa a indestrutibilidade da justiça e da indestrutibilidade do direito, da autoridade legitimante ou legitimada”. Não se poderia ser mais claro⁷²

⁷² BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. História da filosofia do direito, p. 238.

Se a transformação não é somente local, no Brasil, ela alcança níveis mais entrópicos, dada à conjuntura brasileira. A absorção de um emaranhado de “teorias”, “doutrinas”, saberes de toda sorte dão um caldo “antropofágico” ao Direito no Brasil, sendo tarefa árdua rastrear suas influências, motivações e estruturas. Ou seja, requerendo especialistas aptos a lidar com contingências cada vez mais complexas, sobretudo nas pesquisas. Porém, infelizmente, não raro, essas discussões se liquefazem em chavões e estratégias enganosas como em formação jurídica formal x humanista; ou juiz boca de lei X juiz ativista, fugindo muitas vezes dos dados empíricos mais evidentes da realidade nacional.

Como bem observa Lênio Streck, a recusa ao escrutínio dos dados concretos da sociedade brasileira gerou uma distopia profunda e debates que transcendem enormemente o terreno jurídico. Portanto, como estão totalmente fora de sua órbita de ações concretas, acabam tornando-se um emaranhado de discursos idealizados.

Nessa mesma linha, ele aponta o caminho que a erosão do solo jurídico pode causar, quando a força política se sobrepõe a ele:

Foi por isso que, depois da Segunda Guerra Mundial, a concepção favorável a uma Constituição normativa, capaz de garantir a autonomia do direito frente à política, retornou com força na Alemanha. Depois de todas as atrocidades ocorridas em solo alemão — desde a unificação nacional pelas mãos de Otto Von Bismarck até o nazismo de Adolf Hitler — ficou claro que a construção de uma comunidade política democrática dependia do controle da política pelo direito. É a partir dessa nova condição institucional que Habermas se apropria (e bem) do conceito de patriotismo constitucional, cunhado por Dolf Sternberger em 1979, para dizer que o estabelecimento de uma comunidade política dependia da adesão aos princípios que orientam a formação de um Estado constitucional democrático. Ou seja, a defesa do controle da política pelo direito via Constituição.

Constituição é norma. Não por capricho. É norma porque, no direito “Auschwitz nunca mais”, a democracia só se faz no direito e pelo direito. Política e moral (principalmente estes dois predadores) devem ser controlados. Caso contrário, o direito se transforma em política ou moral. Simples: se não há controle sobre a política, então não há mais direito. Quem acha que vale, excepcionalmente, dar um dríble no direito, está dizendo que política e moral valem mais do que o direito⁷³

O debate público no campo jurídico, hodiernamente, ganhou contornos multifacetados, com motivações de decisões judiciais lastreadas em fundamentos

⁷³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.79.

alheios ao ordenamento jurídico. Ora, se o Direito surge como forma autônoma de dissolução de conflitos, a fim de evitar autocomposição e, conseqüentemente estabelecer a mínima paz social, parece óbvio que os indivíduos necessitem ter algumas estabilidades sobre as regras do litígio. O aspecto democrático objetivo da segurança jurídica é o cidadão comum possuir um mínimo de certeza de que a sua demanda corresponde uma expectativa fundamentada pela sua própria legislação, fruto da confiança e ligação do indivíduo com o Estado.

É importante notar que houve progressiva centralização e a hierarquização do poder decisório do judiciário no Brasil após a Constituição de 1988. Nos últimos quinze anos, a ascensão das súmulas vinculantes; súmulas comuns; das orientações jurisprudenciais; dos julgamentos em demandas repetitivas; dos regimes de precedentes; da extensão das constitucionais com eficácia erga omnes; têm como efeito deletério para a democracia e, principalmente, para a federação, o cerceamento interpretativo dos juízes mais próximos das lides.

No próximo capítulo, focar-se-á nesses crescimentos dos meios de ação do Supremo.

Em nosso entender, essa suposta aproximação dos mecanismos provenientes da *common law* parece guardar pouca similitude com os pressupostos de formação do sistema jurídico e cultural brasileiro, que possui problemas estruturais crônicos não vistos em outros países adotantes deste modelo jurídico.

Assertivo, Leonardo Greco faz distinção bastante direta entre os sistemas jurídicos da *Comom Law* e *Civil Law* em seus aspectos processuais, mas que demonstram bem a diferença entre as instituições políticas e a sociedade civil organizada na formação de uma mentalidade jurídica:

Na civil law, a defesa do interesse público resulta quase exclusivamente da iniciativa de órgãos públicos, como se o Estado fosse o tutor exclusivo do interesse público, razão pela qual somente ele pode promovê-lo, mediante os seus diversos agentes, com os seus procuradores, o Ministério Público ou o próprio juiz. Na common law, o sistema é mais aberto porque a própria comunidade pode tomar a iniciativa da tutela do interesse público. Por isso, lá existem as ações de classe, class actions, movidas pelos particulares, assim como os amici curiae, pessoas desinteressadas que intervêm no processo somente para auxiliar, para que se obtenha uma boa decisão, transmitindo conhecimentos ou informações para que se obtenha uma boa decisão, transmitindo conhecimentos ou informações que podem ser úteis mesmo em processos privados. O Brasil importou em grande parte esses institutos, seja pelas ações populares (Constituição, art. 5º, LXXIII, e Lei n. 4717/65) e pela

legitimação das associações privadas para as ações civis públicas, seja ao facultar a intervenção de terceiros desinteressados em certos procedimentos por meio da Lei n.9868/99, que regulamentou a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade, e mais recentemente as Leis 11.417, 11.418/2006 e 11.672/2008, respectivamente, sobre a súmula vinculante, a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o julgamento dos recursos especiais repetitivos para o Superior Tribunal de Justiça.⁷⁴

Não há como negar que as diferenças entre as culturas jurídicas dos dois sistemas são imensas, como bem ressalta também Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao apontar que o primeiro pressuposto de discordância reside na educação básica que forma os cidadãos, nutrindo-os de consciência de preparo, de obrigações, de direitos e de valores. Tal intento pressupõe evidentemente o acesso ao ensino ministrado em boas escolas e com bons professores.

Em um país onde milhões de excluídos do acesso à educação, ou estão envolvidos em processos educativos deturpados, que mais estimulam a revolta do que a solidariedade social, não cabe falar em cidadania, porque a ignorância os alija do conhecimento de sua própria dignidade humana e do acesso aos seus direitos. Não são capazes de exercê-los porque os desconhecem ou inconscientemente os repudiam. A consciência de direitos exige também a de deveres, pois se todos desrespeitam direitos alheios, ninguém tem direitos.⁷⁵

Além do mais, vale ressaltar que o Brasil possui baixíssimo nível de associativismo, em comparação a outras nações adotantes da *Common Law*, legando ao Estado grande parcela de soluções de problemas (sendo a conciliação do Novo Processo Civil, dificultada, nesse bojo, em múltiplos aspectos). Essa capacidade resulta, do exposto por Carneiro, em que as associações surgem de uma evolução autônoma e espontânea dos indivíduos que se sentem pertencentes a um meio e que seus direitos estão interligados a este, dando à sociedade mais instrumentos de os obterem.

Portanto, a confluência de justificativas filosóficas para as tomadas de decisões está muito fragilizada, sendo lugar comum a crítica ao positivismo na doutrina nacional e constante estímulo ao decisionismo subjetivo.

⁷⁴ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, p. 34. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (v. 1).

⁷⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça, p.46. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

No entanto, é oportuno acrescentar a posição de Bobbio e Kelsen (na sua reedição de “A Teoria Pura do Direito”). Eles criticam uma certa confusão do positivismo jurídico como método de análise e teoria do direito e o positivismo jurídico como ideologia do direito, a qual se inspiraria não na legislação, mas criativamente na população e nos legisladores. Parece que esses aspectos merecem ser tratados em separado, e muito da crítica contemporânea vem somente se restringindo ao aspecto ideológico do direito. Bobbio assim expõe:

Também a versão moderada do positivismo ético afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista seja sempre por si mesmo justo (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o único meio necessário para realizar um certo valor, o da ordem (e a lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem). Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas enquanto para sua versão extremista trata-se de um valor final, para a moderada trata-se de um valor instrumental.

Mesmo essa segunda versão não é uma teoria, mas uma ideologia, pois embora considerando o direito com uma realidade técnica e não ética, prefere o direito à anarquia devido ao valor (a ordem) que o primeiro permite realizar. Esta preferência nasce de uma escolha, de uma atitude valorativa, e dá lugar a uma ideologia. É de se notar, por outro lado, que a relação entre ordem não é concebida como uma relação puramente extrínseca, a ordem sendo antes concebida como valor próprio e imanente ao direito (...)⁷⁶

Kelsen assim explica algumas das objeções levantadas a sua obra, que a criticam mais pelo elemento político, que ela não coloca, do que propriamente por seu método:

Em vista dos efeitos políticos – meramente negativos – que importa a postulada desvinculação da política, em vista desta autolimitação da ciência jurídica que muitos consideram como uma renúncia a uma posição de destaque, é compreensível que os opositores se sintam pouco inclinados a fazer justiça a uma teoria que põe tais exigências. Para a poder combater, não se deve reconhecer a verdadeira essência. Assim, acontece que os argumentos que são dirigidos, não propriamente contra a Teoria Pura do Direito, mas contra a sua falsa imagem, construída segundo as necessidades do eventual opositor, se anulam mutuamente e, portanto, quase tornam supérflua uma refutação. É destituída de qualquer conteúdo, é um jogo vazio de conceitos ociosos, dizem com desprezo uns; o seu conteúdo significa, pela suas tendências subversivas, um perigo sério para o Estado constituído e para o seu Direito, avisam outros. Como se mantém completamente alheia a toda a política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais frequentemente levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos frequência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu pressuposto metodológico fundamental e é mesmo tão só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sócio-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista,

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, p.200. São Paulo: Ícone, 1999.

do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com a da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuista. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.⁷⁷

Como conclusão, temos que o ideal de “ativismo judiciário” (ou a judicialização da política, como veremos mais à frente) ancorado a alguns ideias pós-positivistas. Em geral, deve ser observado criticamente como forma para a solução da problemática da justiça no Brasil, visto que envolve questões mais complexas. Sobre os institutos da *Common Law*; como observamos, tem consideravelmente mais préstimo aos magistrados indicados por escolhas políticas dos tribunais superiores, e bem menos, aos magistrados que estão concretamente envolvidos com o cotidiano da lide, com liberdades amarradas pelos tribunais superiores, dificultando um maior aprofundamento do princípio democrático na realidade brasileira. Parece, assim, a analogia desenhada por Leonardo Greco, que compara a situação jurídica brasileira a um hospital, cujas reformas parecem mais preocupadas em dar mais conforto aos médicos, do que aos doentes.

3.5 Evolução de algumas espécies de interpretação consagradas no direito brasileiro e a atual opção do STF

Como vimos, a instabilidade no campo jusfilosófico desaguará na interpretação da norma pelos juristas como continuação dos paradigmas pós-modernos. Nesse sentido, vale registrar alguns marcos históricos que influenciaram a hermenêutica jurídica no Brasil nos últimos dois séculos, para só então, adentrarmos na prática mais disseminada e em voga no país e seguida pelos principais ministros do STF.

O primeiro nome brasileiro a despontar no pensamento hermenêutico é o do jurista Francisco de Paula Batista, cuja obra “Compêndio de Hermenêutica Jurídica” foi adotada como livro oficial nas faculdades de Direito do Império em meados do século XIX.

⁷⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 24.

Influenciado pelo pensamento iluminista, ele coloca a interpretação e a compreensão como mecanismos distintos, partindo do pressuposto de que a interpretação só ocorreria nos textos obscuros ou de difícil compreensão, portanto de caráter incidental. Para o jurista, a obscuridade não seria fenômeno tão presente na legislação, fundamentado pelo conhecido brocardo latino: “In claris non fit interpretativo”, além de outros.

Sendo assim, o fundamental para o operador do direito seria buscar a aplicação mais fidedigna da vontade do legislador, baseado em separação rígida de poderes,—época na qual essas demarcações no Brasil ainda estavam em permanente conflito, como vimos no primeiro capítulo. Em suas palavras, interpretação é:

a e exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosos com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.

Interpretatio cessat in claris (Cepahl concil 132 n. 2) Quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio (L. Continuus, 137, § cum ita, 2, ff., de verb. Oblig.) Savigny (Tratado de direito romano, v.1) censura os que limitam a interpretação aos casos acidentais de obscuridade nas leis; diz que ela acompanha a aplicação de todas as leis à vida real [...] e a define “reconstrução do pensamento contido na lei”. Uma semelhante doutrina tão vaga e absoluta, pode fascinar o intérprete, de modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do direito. Ou existem motivos para duvidar do sentido de uma lei, ou não existem. No primeiro caso, cabe interpretação, pela qual fixamos o verdadeiro sentido da lei, e a extensão do seu pensamento; no segundo, cabe apenas observar o seu preceito literal. No primeiro caso, há sempre uma questão de direito a decidir; no segundo, porém, poderá haver, quando muito, alguma questão de fato, cuja decisão dependa de apreciação da prova. É verdade que a todo escrito acompanha a condição natural de dever ser entendido segundo o pensamento do seu autor; mas daí se não segue que em todo o escrito se dê a necessidade de tornar esta condição efetiva pelo ato positivo da interpretação; pelo que, se a Savigny pareceu singular o caber a interpretação somente nos casos acidentais de obscuridade nas leis, a mim parece mais que extraordinário o não poder haver uma só lei, sequer, clara e precisa em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, de modo que não seja preciso interpretá-la.⁷⁸

Em contraponto teórico, surge no século XX a obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, de notória influência na formação jurídica nacional, por compilar à época diferentes tipos de interpretação e sistematizá-los para o ensino. Esse livro, reeditado há mais de oitenta anos, de conhecida abrangência e citado

⁷⁸ BAPTISTA, Francisco de Paula. Compêndio de hermenêutica jurídica. (In) *Hermenêutica Jurídica*. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984.

em muitos trabalhos jurídicos, condensou as diretrizes básicas da interpretação no estudo do Direito no Brasil.

Da compilação de Maximiliano, resumem-se como base os seguintes métodos de interpretação: gramatical, lógica, sistemática, teleológica e histórica. Já quanto ao alcance da interpretação, esta poderia ser: declarativa, restritiva e extensiva. Quanto ao sujeito, ela poderia ser autêntica, judicial ou doutrinária.

Carlos Maximiliano, em contraponto ao ideal iluminista de seu antecessor, foi marcadamente influenciado pela escola histórica alemã, ancorada no romantismo de Savigny, cujo pensamento científico iria sedimentar grande influência. Com efeito, a ideia de ciência interpretativa fazia-se necessária. Organizar métodos, ou como preferia Maximiliano: “a teoria científica da arte de interpretar”.

Em resumo, para ele, a interpretação teria por objeto a lei em sentido amplo, pois esta seria muito mais abrangente do que a vontade do legislador, trazendo ao método iluminista incongruências, conquanto limitado à busca de vontade de legisladores mortos, ou cuja vontade seria altamente difícil de alcançar por inúmeros problemas; tais como o complexo jogo de trocas no processo legislativo de aprovação de leis. Assim, a tarefa da ciência da interpretação seria elaborar um conteúdo geral, que não estaria sujeita ao caso, mas uma construção sistemática da ciência do Direito.

Com relação ao exposto, assim se encontram vertidas as lições do notório jurista Savigny, que tanto influenciou o direito continental, na obra de Maximiliano:

A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos de suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias.

Traçar um rumo nesse mar revolto; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do intérprete.

Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos jurídicos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico⁷⁹

Como já restou observado, a crítica ao pensamento científico na pós-modernidade, juntamente com a ascendência dos princípios, postulará por uma nova fase na evolução hermenêutica. A interpretação constitucional no Brasil ganhará imensa força dado o caráter analítico e irradiador da Constituição, não deixando quase nenhum tema fora de seu texto.

Principalmente, após a Segunda Guerra, a teoria dos princípios figurará como elemento norteador da hermenêutica jurídica, justificada por seus seguidores pela incapacidade de o ordenamento jurídico positivo abarcar os valores humanos, culminando essa insensibilidade jurídica nos horrores do holocausto.

Não obstante **a isso**, filosoficamente, o conceito de princípio consagra uma série de percalços. Apenas apontaremos a noção mais comentada pela doutrina contemporânea, que envolve Dworkin, Alexy e seus seguidores (nomes que influenciam muito nossa Corte). Essa noção estabelece basicamente que princípio é a norma jurídica de maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e que aponta caminhos a seguir.

Segundo alguns autores, como o próprio ministro Luís Roberto Barroso, os princípios diferenciar-se-iam das regras (proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada, mediante mera subsunção), nas hipóteses de funcionamento de ambos em caso de conflito normativo. Já que, para eles, a antinomia entre regras seria solucionada com a declaração de invalidade de uma das regras, ou com a criação de uma regra de exceção. Enquanto no conflito principiológico, não existiria tal conjectura, uma vez que o relacionamento entre princípios não implicaria exclusão de um deles, mas ponderação que atribui a cada um determinada medida.

A eficácia irradiadora dos princípios foi elemento fundamental para constitucionalização de quase todos os saberes jurídicos, porque a maioria das obras hodiernas são explicações valorativas da própria Constituição, como em obras cujos títulos variam, mais ou menos, das seguintes formas: direito penal

⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p.49.

constitucional; direito administrativo constitucional; processo civil constitucional; processo penal constitucionalizado e outras centenas de títulos, sendo este, pois, o cenário dominante e abrangente do sistema jurídico atual no Brasil.

Importante nome no pensamento sobre tal dilema, Humberto Ávila, influenciado pelo direito constitucional germânico do pós-guerra, resume estas distinções da seguinte maneira (além de estabelecer uma terceira espécie de norma jurídica: o postulado normativo):

Em primeiro lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da descrição normativa: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido.

Em segundo lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da justificação que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação de correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido.

Em terceiro lugar, as regras distinguem-se dos princípios pela natureza da contribuição para a solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de 'decidibilidade', pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema⁸⁰

Por fim, para Ávila, o postulado normativo surgiria como uma terceira espécie de norma, que se diferenciaria dos princípios e das regras, especialmente, porque não estaria no mesmo nível. Eles seriam normas objeto da aplicação, ao passo que os postulados seriam normas que orientariam a aplicação de outras normas. Em segundo lugar, haveria uma diferença de destinatário da lei: o postulado seria dirigido ao aplicador do Direito, já as regras e os princípios seriam para o Poder Público e para os contribuintes.

A partir disso, podemos concluir que a sistemática adotada pelo Supremo é híbrida, misto de acomodações conflitantes e, por vezes, pouco explicitadas quando internalizadas no cenário nacional.

Característica marcante de nossa formação, cujas influências se permearam antes em nossas classes falantes do que propriamente nas camadas mais populares. Pode-se dizer que o STF também sofre influências do duplo paradigma americanismo-iberismo.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto, A teoria dos princípios, p. 83.

Como se vê, a adoção de nossa Suprema Corte teve como paradigma a americana, nossos atuais ministros também são muito influenciados pelo principiologismo de alguns autores desse país.

Quando analisarmos suas decisões e suas entrevistas, ficará marcado como essa tendência fica ressaltada em seus discursos. Trata-se de uma concepção “gerencial”, “liberal”, “progressista” e de colocar o Brasil na contemporaneidade.

Contudo, a herança de um contencioso processual imenso; a questão do foro privilegiado⁸¹; a profusão abundante de regulações jurídicas; a tendência centralizadora, típica de poder autárquico e anti-federal e a proteção estamental dos demais poderes são demonstrações evidentes de resquícios ibéricos.

3.6 O principiologismo como ferramenta discursiva das decisões do STF

De alguma maneira, a lógica do sistema principiológico vem tentar superar o paradigma positivista no Brasil, na tentativa de concretizar a almejada justiça, igualdade, integração das minorias e toda uma gama de reformas institucionais e sociais mais que legítimas em nosso país. E seria por meio do princípio que o Judiciário buscaria consertar os equívocos e as inércias do Executivo e Legislativo, na promoção dos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, analisando mais criticamente o atual contexto nacional, parece que aqui, amoldamos de uma maneira um tanto autoritária esse modelo, muitas vezes indo contra seus próprios fins.

Em primeiro lugar, conforme se pode depreender de autores pós-positivistas da escola de Dworkin, o neoconstitucionalismo surge em um contexto que o positivismo não pode mais oferecer respostas satisfatórias. Com base nessa afirmação que, embora pudesse constituir alguma concretude na Alemanha da primeira metade do século passado, não parece açambarcar todo o nosso contexto institucional.

⁸¹ O foro por prerrogativa de função é, basicamente, é um deslocamento para instâncias superiores da competência da justiça comum em virtude de certos cargos públicos. Utilizado principalmente nos governos absolutistas; nas contemporâneas democracias ocidentais, o instituto, quando não abolido, está em franco declínio; ao passo que no Brasil sua utilização é amplamente utilizada e atinge uma sem gama de agentes políticos.

Como já tivemos oportunidade de expor no capítulo primeiro, nas lições de Faoro e muitos outros, o poder racional-legal no Brasil foi de incidência muito limitada, trazendo ainda em si traços de poder marcadamente subjetivos, consubstanciando-se inclusive, no *ethos* brasileiro em ideias de que “uma coisa é a lei, outra coisa é a vida real”. Ou mesmo na ideia de que “o Brasil é um país onde há leis que não “pegam” etc. Nesse contexto, o sistema positivista exigiria uma parametrização rígida e integrada das normas em escala hierárquica piramidal, tal como foi proposta a partir da leitura de Hans Kelsen. Essa perspectiva, para nosso cenário institucional, parece incompatível, tendo em vista a conturbada legislação e o seus mais de 5000 entes federativos legislando concomitantemente.

Em segundo lugar, também como já enfatizamos, a interpretação principiológica, sobretudo pelos tribunais superiores, vai ganhando contornos autoritários no alto escalão do político-judiciário brasileiro, concentrando-se nas cortes poderes de determinação cogente a todos os juízes brasileiros. Esses poderes se dão através dos dispositivos de súmulas vinculantes; súmulas comuns; orientações jurisprudenciais; julgamento em demandas repetitivas; regime de precedentes; ações constitucionais com eficácia erga omnes etc. Com um efeito que entendemos ferir a democracia e o princípio federativo, em razão das complexidades e diferenças da sociedade brasileira.

Com efeito, Lênio Streck critica essa mesma realidade da seguinte maneira:

Ou seja, na medida em que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasilis* as “colisões de princípios” são “solucionadas” a partir de uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha *Interessenjurisprudenz*, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial,[3] que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na incompetência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada ad nauseam pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em alibi retórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos. Ou de argumentos meta-jurídicos.

De todo modo, podemos “dar de barato” que a falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação na teoria dos princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou, infelizmente, os princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto que a regra se mantinha na subsunção — sic!). Permitiu-se, assim, novas possibilidades para os princípios e não demorou muito para que estivéssemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade (sic).

Mas o fato é que esse giro não conferiu ao princípio suficiêcia ôntica-semântica, além de ter mantido intacto o erro originário: o mundo prático foi jogado para “dentro” do sistema e, a partir dessa operação, foi pensado como tal (como sistema). Ou seja, o mundo prático que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratidade própria da ideia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço — ao menos no início — da “pamprincipiologia”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade. Facilmente perceptível, assim, o “fator Katchanga Real” que atravessou a aplicação dos princípios.

Em termos práticos (e no interior do pensamento alexiano), a distinção entre regras e princípios perde a função — ao menos no plano de uma teoria do direito calcada em paradigmas filosóficos —, uma vez que não há mais a distinção subsunção-ponderação. E não é assim porque eu quero. Isso é assim porque é impossível sustentar a subsunção no plano dos paradigmas filosóficos pós-giro linguístico. Ao mesmo tempo, isso faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do Direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Nem vou falar aqui da ponderação de regras, por total falta de sentido⁸²

Em terceiro lugar, pode-se dizer ainda que parece o neoconstitucionalismo não ter encontrado na doutrina brasileira os arcabouços jurídicos dogmáticos, científicos para real ação do operador. Dentre alguns efeitos negativos, observamos que princípios como liberdade, igualdade, justiça e razoabilidade encontram na habilidade verbal de cada ministro, características as mais variadas possíveis. Por se tratar de valores marcadamente transjurídicos, de ordem filosófica e de estabilidade semântica, sua utilização sem critérios acabaria por desequilibrar o sistema de poderes, dos pesos e contrapesos, ao trazer para o Direito e, conseqüentemente, para o STF, toda a órbita de valores, conflitos e

⁸² STRECK, Lênio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes, disponível em https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes#_ftn3_9231 acesso em 01 de julho de 2020.

saberes da sociedade em uma abertura extrema ao exegeta. Poderíamos, com efeito, indagar se estariam tais agentes aptos a lidar com toda esta variabilidade de hipóteses, considerando a formação necessária para a prática das profissões de advogado, juiz, delegado, promotor, por exemplo? Sendo assim, estariam aptos os egressos nestas funções a amplamente efetivar e compreender em alta dimensão os valores principiológicos, a partir de uma análise das instituições de ensino em nosso país?

Segundo importante ator do campo, o ministro Luís Roberto Barroso, seria preciso demarcar o que pode ser ponderado e como deveria sê-lo em um sistema aberto do direito diante da complexidade social. O ministro do STF parece fazer coro ao já exposto por John Rawls (influência decisiva na formação dos ministros):

Nessas observações preliminares fiz uma distinção entre o conceito de justiça significando um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes e uma concepção de justiça como um conjunto de princípios correlacionados com a identificação das causas principais que determinam esse equilíbrio. Também caracterizei a justiça como sendo apenas uma parte de um ideal social, embora a teoria que vou propor sem dúvida amplie seu significado cotidiano. Essa teoria não é apresentada como uma descrição de significados comuns mas como uma avaliação da importância de certos princípios distributivos para a estrutura básica da sociedade. Pressuponho que qualquer teoria ética razoavelmente completa deva incluir princípios para esse problema fundamental e que esses princípios, sejam quais forem, constituem sua forma de justiça. Considero por conseguinte que o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. Uma concepção da justiça é uma interpretação dessa atuação⁸³

Observe-se a semelhança no que pensa o ministro:

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.⁸⁴

⁸³ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 45.

⁸⁴ BARROSO, LUÍS. Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 270.

Contudo, como se pode perceber, na ponderação dos princípios é que reside o poder de controle, e na sociedade brasileira, ela parece estar longe do seio social, concentrado em uma série de mecanismos na figura do Supremo.

Sendo assim, o desequilíbrio entre regra e princípio poderia engendrar autoritarismo incompatível com o estado democrático de direito, no qual a *ratio decidendi* seria altamente instável, casuística e elitista. Somente à guisa de exemplo, em um ordenamento jurídico minimamente estável, nada poderia ser mais angustiante para um trabalhador do que não saber ao certo qual a natureza de uma verba trabalhista, dada a imensidão de súmulas e orientações jurisprudenciais do TST. Ou mesmo a um réu, na seara penal, não possuir conhecimento da legitimação da prisão cautelar e quais seus reais e concretos pressupostos, sem tentar inferir psicologicamente quais as nuances axiológico-valorativas de cada ministro.

Como se percebe, é da natureza dos princípios jurídicos aplicados como regras serem dúbios e contraditórios axiologicamente, o que dificulta ainda mais a busca por parâmetros.

No campo tributário, Humberto Ávila vem estudando sistematicamente e de maneira crítica, como a segurança jurídica, por exemplo, é usada ora contra, ora a favor do contribuinte, nas decisões do STF. Como v.g., na modulação de efeitos em arguições de controle abstrato de constitucionalidade na cobrança de tributos inconstitucionais.

Em regra, a eficácia dessas decisões, por afrontarem claramente a Lei Maior de um país, segundo a legislação, deveria ter eficácia *ex tunc*, obrigando ao ente federativo a restituir todo o valor indevidamente arrecadado. Contudo, vem o STF modulando os efeitos desse tipo de decisão, com base na razoabilidade e na segurança jurídica dos administrados, aplicando eficácia *ex nunc*.

Ávila observa que, por esta lógica, se o ente fosse coagido a repor os valores inconstitucionalmente cobrados, poder-se-ia ferir seu equilíbrio financeiro e, por consequência, todo o investimento do Estado nos programas e serviços públicos, ferindo toda sorte de direitos fundamentais. Contudo, o que se vislumbra na prática é quase que a permissão para o ente arrecadar valores inconstitucionalmente, frise-se, sem ter a obrigação de restituí-los, autorizando o Estado a agir contra seus administrados.

Outro princípio, como a liberdade que, conquanto possua nítida existência como vivência subjetiva, essa não se deixa traduzir facilmente num conceito classificatório que se possa aplicar à imensa variação das situações de fato. A noção e a própria experiência da liberdade são de natureza essencialmente escalar e relativa. Sendo assim, é quase impossível dar significado consistente à noção de liberdade política, por exemplo, sem colocar em primeiro lugar sua posição filosófica – questão das mais controversas. Pode-se a partir disso se chegar a enormes distopias, pois de que valeria defender a liberdade política de um sujeito quando se nega a este, concomitantemente, sua própria autonomia?

Se somos produtos do meio, por exemplo, seria ineficaz pensar que a mera elaboração de princípios reverteria a ordem dos fatores, constituindo o direito de fazer aquilo que não poderemos concretamente fazer independentemente do Direito.

Como observam dois importantes jusfilósofos do século passado, Karl Larenz e Miguel Reale, o dever do Direito, enquanto disciplina científica, seria o de sistematizar os seus conceitos e tentar depurá-los das contradições intrínsecas e confusões categoriais, aplicando-se à realidade concreta. Sem este intento, qualquer fundamento que se possa alegar para ações e decisões seria utilizado como pretextos retóricos escolhidos ao sabor dos órgãos decisórios, deixando o cidadão à margem da instabilidade de suas motivações.

Miguel Reale parece fazer bem a distinção entre as atitudes filosóficas e científicas, importante distinção que deve balizar a função de julgador:

Como se vê, enquanto a ciência positiva se situa necessariamente em uma atitude realista ou empírica (no sentido de que não reduz o objeto às condicionalidades subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto seu problema essencial e prévio) já a atitude filosófica é, a nosso ver, necessariamente transcendental, pois, ao indagar das condições primeiras da realidade (da realidade jurídica, entre outras) só o pode fazer tendo em conta o sujeito cognoscente, em sua universalidade, e o objeto em relação essencial com a subjetividade espiritual. (...)

Sendo a Metodologia Jurídica o estudo das técnicas e processos de compreensão e construção dos sistemas jurídicos, e destinando-se a aplicar os modelos jurídicos à vida concreta, entendem alguns autores que ela se insere na Ciência do Direito mesma, mas, a rigor, representa o elemento de conexão entre a Lógica Jurídica e a Teoria Geral do Direito, assinalando o momento de aplicação daquela em função das múltiplas peculiaridades do Direito positivo.⁸⁵

⁸⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 535.

Já Karl Larenz atenta, nestes termos, para a missão do sistema jurídico:

A missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso serve a descoberta dos princípios directivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação dos conceitos determinados pela função e de tipos jurídicos-estruturais. Para esse efeito, pressupõe-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão de facto entre si numa tal conexão de sentido, quer dizer, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na ‘arbitrariedade’ do legislador ou noutros factores mais ou menos causais. Que esta pressuposição é verdadeira, que a um dado ordenamento jurídico – abstraindo do seu condicionamento histórico e de algumas causalidades particulares – é inerente um sentido racional, não pode descerto ‘provar-se’ em sentido exacto, mas pode esclarecer-se mediante a descoberta dessa conexão de sentido. Mas não deve certamente ignorar-se a esse propósito que a pressuposição feita só é verdadeira até um certo ponto. Existe sem dúvida uma multiplicidade de preceitos ‘causais’ que poderiam igualmente imaginar-se de outro modo, sem que por isso tivesse que surgir um desajustamento, uma contradição valorativa. Se a lei fixa um prazo de denúncia ou um prazo de reclamação em duas semanas ou num mês, se para determinadas declarações exige a forma escrita, se a maioria ocorre logo que completados os dezoito anos ou só aos vinte e um anos, são situações para as quais o legislador pode ter em cada caso razões plausíveis; do ponto de vista dos princípios, tal é indiferente⁸⁶

Como basicamente todo o direito está constitucionalizado e há na Lei Maior toda sorte de princípios (implícitos e explícitos), cabe ao Supremo um poder muito mais abrangente do que jamais teve, centralizando-se como único ator do sistema jurídico e político.

Com enfoque crítico à “ponderação”, Lênio assim coloca os termos do debate:

Em termos práticos (e no interior do pensamento alexiano), a distinção entre regras e princípios perde a função, uma vez que não há mais a distinção subsunção ponderação. Isso faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa sim aplicável ao caso. De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, ratio final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vagezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo; mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo

⁸⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. P. 694.

subjetivismo, a discricionarietà, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy (2008, p. 611), verbis:

‘Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância.’

Esse é o problema. O sopesamento. Quem escolhe os princípios a serem sopesados? Numa palavra: dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Mas é exatamente por isso que, nos moldes em que situo o Constitucionalismo Contemporâneo, não há espaço para a ponderação⁸⁷

Por fim, vale seguir o rastro apontado por Lênio Streck, para indicar que a ideia de fundamentação desvinculada do legalismo, empurra o discurso do Supremo para o terreno quase exclusivo dos jogos de linguagem. Ou ao chamado linguistic turn que, não obstante seu interesse no esclarecimento de diversas questões semânticas, passa a colocar os problemas relativos ao conhecimento do Direito a uma questão especificamente linguística, deixando-o à míngua de efetividade na vida social.

Conclui o autor que é praticamente impossível traçar qualquer paradigma que permita conceber critérios sólidos de decisão.

Conforme exposto, acreditamos na harmonia e compatibilidade regra-princípio, porém, não se pode deixar de refletir que, à “maneira brasileira” vem se sistematicamente hierarquizando as interpretações dos princípios por meio de diversos mecanismos institucionais e sem estabelecimento de qualquer ratio decidendi sólida e confiável, na principal Corte judicial, para o cidadão. Sendo assim, não há como colocar em cheque a legitimidade democrática do alto judiciário (tribunais superiores) nesse ponto, constituído de cargos providos por livre nomeação política.

Essa crise no campo da teoria das interpretações somente desarma o Direito ainda mais em capacidade de efetivar transformações. Sem dúvida, a questão traz inúmeras complexidades. Mas nesse sentido, entendemos que somente a interpretação principiológica parece ferramenta ineficaz, vez que extrapola em muito as competências e atributos do próprio Direito como único vetor da justiça *latu sensu*. Assim, é preciso salientar a relevância de uma série de outros raciocínios e saberes especializados que, quem sabe, conjuntamente, poderiam oferecer respostas mais sólidas aos novos momentos. Do contrário, resta

⁸⁷ STRECK, *op. cit.*, p. 581

a instabilidade e o discurso jurídico como mero jogo de linguagem, feitor do arbítrio e da incerteza, que destrói qualquer ligação de confiança com seu povo e, conseqüentemente, seus interesses de transformação e estabilidade.

Em síntese, não conseguimos ver esse “monismo axiológico”, fundado exclusivamente na ponderação efetivada pelo poder Judiciário, como saudável ao sistema democrático. Reparemos, nesse ponto, a observação de Faoro ao analisar as mudanças trazidas para o Brasil de institutos estrangeiros, que chegam de uma elite que se impõe à cultura:

Enquanto o estamento burocrático desenvolve a sua política, superior e autônoma, remediando as crises com as revoluções bonapartistas, de cima para baixo, desenvolve-se a mística da revolução salvadora, esta oficial como as outras, repita-se Joaquim Nabuco.

O ‘nosso jurismo’ – escreve Nestor Duarte – ‘como o a amor a concepções doutrinárias, com que modelamos nossas constituições e procuramos seguir as formas políticas adotadas, e bem a demonstração do esforço por construir com a lei, antes dos fatos, uma ordem política e uma vida pública que os costumes, a tradição e os antecedentes históricos não formaram, nem tiveram tempo de sedimentar e cristalizar. (...)’

‘Um trabalho de construção ora desproporcionado, ora artificial, sempre com maior ou menor contraste, sobre o terreno vazio.’ Edifica-se nas nuvens, sem contar com a reação dos fatos, para que da lei ou do plano saia o homem tal como no laboratório de Fausto, o qual apesar de seu artificialismo, atende à modernização e ao desenvolvimento do país. A vida social será antecipada pelas reformas legislativas, esteticamente sedutoras, assim como a atividade econômica será criada a partir do esquema, do papel para a realidade. Caminho, este, antagônico ao protagonismo político, ao florescimento espontâneo da árvore. Política silogística, chamou-a Joaquim Nabuco. ‘É uma pura arte de construção no vácuo. A base são teses, e não fatos; o material, ideias, e não homens: a situação, o mundo e não o país; os habitantes, as gerações futuras, e não as atuais.’⁸⁸

Além do mais, como ressaltado no primeiro capítulo, o poder de fazer valer suas decisões para todos aumentou enormemente nos últimos tempos, impactando ainda mais o federalismo brasileiro, revisando talvez uma nova forma de coronelismo. Agora, os coronéis, pessoas públicas influentes e instituições de importância econômico-social. Seja para avançar suas pautas, ou para dar prosseguimento a algum tipo de política pública, necessitam de decisão favorável, ou de um parecer de que o caso ficará aguardando tempo considerável para julgamento.

⁸⁸ FAORO, Raymundo, Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. P.370

3.7 A judicialização da política

Como consequência previsível, de certa forma, das mudanças de paradigma do papel do Direito, da própria formação jurídica- concretizadas na Constituição e em suas posteriores interpretações, houve como consequência o fenômeno da judicialização da política.

Há certa pluralidade de definições acerca do tema, mas poderíamos entendê-la, basicamente como a realidade de contínua e crescente expansão do Judiciário, como, entre outros, Werneck Vianna a percebeu.

De maneira orgânica, o que acontece é que o ato político está sujeito ao controle do poder judiciário, e dentro de um plano de judiciário hierarquizado, sob controle do STF.

Em primeiro lugar, faz-se necessário conceituar o ato político, que pode ser identificado como aquele destinado a materializar a Função de Governo de um determinado Estado. Assim, o ato político desempenhado pelo Executivo estaria essencialmente ligado à função de governo, natural que a ele seja dada mais atenção. Como exemplo, são, por assim dizer, espécies de atos políticos os seguintes previstos na Constituição, conferidos ao Executivo, além de outros:

- a) Apresentação, ou retirada de projeto de lei (art. 84, item III, da Constituição);
- b) Recusa em apresentar projeto de lei (seria omissão de ato de governo);
- c) Sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, item IV da Constituição);
- d) Convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, § 6º da Constituição);
- e) Veto a projetos de lei (art. 84, item V);
- f) Edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, item XXVI);
- g) Decretação e execução de intervenção federal (art. 84, item X);
- h) Decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, IX);
- i) Celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, item VIII);
- j) Declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX);
- k) Decretação total ou parcial, de mobilização nacional (art. 84, XIX);
- l) Celebração da paz (art. 84, XX).

Também, alguns consideram importante a distinção entre Poder de Estado e Função de Estado, uma vez que consente a doutrina ser o Poder Estatal uno, indivisível, indelegável e imprescritível, constituindo a própria expressão de soberania de um país.

Contudo, a fim de se evitar a concentração excessiva de poder no arbítrio de um só líder, especializou-se a soberania em três funções distintas de exercício (Executivo, Legislativo e Judiciário), conforme já mencionado no início do trabalho. Tal divisão, a que a Constituição alude como poderes em seu artigo 2º, na acepção técnica do termo, portanto, inexistente.

Diz-se, pois, que a função legislativa seria a atribuição do Estado para produção da norma jurídica abstrata, criadora de direitos e deveres para os cidadãos de forma objetiva.

Com relação à função jurisdicional, ela se manifestaria aplicando as criações legislativas aos casos concretos, através da composição de conflitos individuais e coletivos, agindo como regra, através de prévia provocação da parte interessada.

Já a função executiva, grosso modo, atuaria efetivando os comandos legais, gerindo e administrando o interesse público, através de decisões unilaterais, que impõe deveres aos administrados. Como consequência ainda da função executiva, ter-se-ia a ação política ou governamental, através da qual se manifestariam meios de ação e objetivos do respectivo ente federativo.

Como cediço, cada um dos três Poderes não exerce suas prerrogativas de forma exclusiva e restrita, havendo certa possibilidade de conjunção de funções no cumprimento de suas missões constitucionais de forma indireta, conforme previsto pela própria Carta Magna. Como exemplo disso, os manuais listam os decretos e as medidas provisórias do Poder Executivo (função legislativa), as decisões de expediente e organização interna do Poder Judiciário (função executiva) e a demissão de funcionários públicos através de processos administrativos (função jurisdicional).

Por esse motivo, entedemos que o Estado organicamente se mostra através dessas ramificações de seu poder, com órgãos e entes responsáveis pela execução de suas atribuições, ao passo que a Administração Pública diz respeito somente a um fragmento do Estado. Ou seja, a responsável pela edição e efetivação complementar da norma jurídica para realização dos interesses

individuais, ao que se separa o (Governo – função política) e os órgãos administrativos (Administração Pública - função administrativa).

Nesse sentido, Carré de Malberg coloca aquilo que seria o interesse do Estado e que poderia se opor à Administração pública:

Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, se puede hablar de bienes del Estado o también de intereses del Estado; pero desde el punto de vista de la realidad, el pretendido interés colectivo del Estado se resuelve invariablemente en intereses individuales, y ello no solamente en el sentido de que, de hecho, los individuos son los que se benefician de las medidas tomadas por el Estado en vista del interés nacional, sino también por el motivo de que la actividad estatal, cuando se ejerce por cuenta del grupo nacional, no puede tener otro fin, realmente, que dar satisfacción a los intereses de sus miembros presentes y futuros, que pasan a ser así los verdaderos destinatarios de las medidas de interés nacional. Ciertamente está permitido oponer el interés colectivo a los intereses individuales, si con ello se quiere indicar que el Estado, como gerente de los asuntos del grupo entero, no puede trabajar para una categoría especial y privilegiada de sus miembros, sino que debe por el contrario mantener el equilibrio entre todos los intereses particulares. Esto es precisamente lo que expresa la fórmula trivial según la cual, en el Estado, el gobierno debe funcionar en interés de todos; pero esta misma fórmula implica que los intereses a los cuales el Estado debe atender, no son en realidad otros que los de sus propios miembros. El concepto de una voluntad real de la colectividad, incluso basada sobre la de una fusión de las voluntades individuales, no es tampoco o aceptable.⁸⁹

Tal divisão previa que o mérito de um ato não se discutiria, apenas sua forma legal. O ato político, sendo o ato mais discricionário, por excelência, estaria albergado de controle judicial.

Porém, máxime após a vigência da Constituição, com sua ampla proteção aos direitos fundamentais e a importação dos princípios como espécies de norma jurídica, a doutrina começou a elaborar mais detalhadamente o possível conteúdo jurídico do mérito administrativo. Antes, praticamente infenso à apreciação do magistrado.

Como consequência desse raciocínio, a Carta Magna estabeleceu a inafastabilidade do Poder Judiciário, sem fazer qualquer restrição em absoluto quanto à espécie ou à proveniência dos atos que impliquem lesão a direito (diferente do direito francês, por exemplo).

O artigo 5º, XXXV assim estampa o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário:

⁸⁹ MALBERG, Carré de. Teoría general del Estado, p. 126.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.⁹⁰

Porém, nem sempre foi assim. Como se pode depreender da história da recepção do ato político no Brasil.

Em linhas gerais, a ideia de ato de governo guardaria origem na França, em decorrência de decisões do Conselho de Estado, que rejeitava sua sujeição ao controle judicial. Isso ocorreu devido, em grande parte, ao fato de que após a Revolução Francesa, a maioria dos magistrados sofria desconfiança por terem sido ligados aos pretéritos governos monárquicos, criando-se, assim, uma espécie de justiça administrativa, responsável pelo contencioso administrativo.

Em um primeiro momento, competiria basicamente ao Conselho de Estado decidir quais atos teriam conteúdo político ou não. Posteriormente, afirmava-se que essa competência deveria ser dada em razão da natureza do ato, sendo o juiz administrativo o encarregado de observar os critérios objetivos de natureza política.

No Brasil, o ideal francês demonstrou notória influência, sobretudo nas Constituições de 1934 e 1937, que excluía taxativamente do Judiciário a apreciação dos atos políticos.

Na Constituição de 1934, tínhamos o artigo 68: “Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”⁹¹. Já na Constituição de 1937, em seu artigo 94: “Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”⁹².

Com efeito, não só nas respectivas Cartas, houve prestígio do pensamento francês. Mas também doutrina e jurisprudência procuraram consolidar critérios de separação entre os atos políticos (ou de governo) e os atos administrativos em sentido genérico.

⁹⁰ BRASIL, Constituição da república federativa do Brasil 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 01 julho de 2020.

⁹¹ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil .16 de julho de 1934 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm acesso em 01 de julho de 2020.

⁹² BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil .10 de novembro de 1937 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm acesso em 01 de julho de 2020.

Nesse ponto, um primeiro critério adotado foi o da teoria do fim político do ato, no qual a própria natureza do ato seria reconhecida pelo seu autor como de natureza política, escapando, assim, a sua judicialização.

Como já observado, todavia, após a ascensão do paradigma principiológico abraçado pela Constituição não parece mais possível realizar tal distinção. Qualquer ato está passível de agredir um dos inúmeros princípios constitucionais.

Como objetivação desse fenômeno de concentração de todos os problemas sociais, Sadek nos apresenta o crescimento exorbitante dos processos que chegam ao STF:

A mais alta corte de justiça do país, o Supremo Tribunal Federal, apresenta números que surpreenderiam a qualquer estudioso do sistema de justiça. Em 1940, chegavam até o STF 2.419 processos; em 1950, 3091; em 1960, 6.504; em 1970, 6.367; em 1980, 9.555; em 1990, 18.564; em 2000, 105.307; em 2001, 110.771; em 2002, 160.453. Trata-se, como se percebe, sobretudo a partir de 1980, de um crescimento extraordinário, demonstrando a intensa utilização deste tribunal. Os números de julgamentos são igualmente surpreendentes: 1.807 em 1940; 3.371 em 1950; 5.747 em 1960; 6.486 em 1970; 9.007 em 1980; 16.449 em 1990; 86.138 no ano de 2000; 109.692 em 2001; 283.097 em 2002.⁹³

Estudioso da judicialização da política, Werneck Vianna parece também partilhar do mesmo diagnóstico em artigo de 2016, com o enfático título *Não há limites para a patológica judicialização da política*, no qual constata o seguinte quadro:

Elas, ao contrário, derivam da perda de credibilidade e da capacidade de atração dos partidos políticos, de uma vida associativa frágil e destituída de meios para negociar conflitos, não restando outro recurso a uma cidadania desamparada e fragmentada senão recorrer à Justiça. O atual gigantismo do Judiciário e a monumentalidade arrogante de suas sedes são a contraface, como consensualmente registra a bibliografia, da falta de República e de suas instituições.

Intuitivo que a judicialização da política vem trazendo consigo a politização do Judiciário, em particular dos seus órgãos superiores. Não se pode argumentar, como tão frequente, que nossas instituições são resilientes e estão funcionando — diante do quadro que aí está talvez nem o Doutor Pangloss ousasse uma platitude de gênero tão naïf.⁹⁴

⁹³ SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma in OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, Vol. X, nº 1, Maio, 2004, p. 01.

⁹⁴ VIANNA, Luiz Werneck. Não há limites para a patológica judicialização da política in Revista Consultor Jurídico – edição online. Publicado em 03 de janeiro de 2016. <https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>. Acesso em 15/10/2019.

Apenas, como estudo de caso, pode-se citar a decisão em medida cautelar no Mandado de Segurança Coletivo nº 34.070⁹⁵, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes. Impetrado pelo Partido Popular Socialista junto ao Supremo Tribunal Federal, contra ato da até então Presidente da República, Dilma Rousseff, de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

Em primeiro lugar, vislumbrou-se a hipótese do desvio de poder, pois o objetivo do ato seria nomear pessoa para o cargo de Ministro de Estado a fim de deslocar o foro para o STF. Como restou observado, o desvio de poder foi um dos primeiros mecanismos vislumbrados pelo Judiciário no controle dos atos administrativos que traíam sua finalidade.

Foi o que expressamente apontou Mendes quando assim julgou:

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.⁹⁶

Consubstanciou ainda esse ponto com a existência de uma série de investigações em andamento, cujo deslocamento de foro, acarretaria inevitável mora administrativa. Além de retardar medidas de busca e apreensão e demais desdobramentos das ações policiais e judiciais, levando em consideração o fato notório de que o ex-presidente estava no âmbito das investigações.

⁹⁵ O controle do ato político com base em princípios indeterminados ocorre correntemente. Foram ainda decisões nesse sentido: a decisão que suspendeu nomeação para ministro da Justiça de Wellington César Lima e Silva (governo Dilma Rousseff)- ADPF 388; a decisão que suspendeu a nomeação para ministro de Moreira Franco (governo Temer) - processo 00063494320174013400; a decisão que suspendeu a nomeação de Sérgio Nascimento para a Fundação Palmares (governo Bolsonaro) – processo 0802019-41.2019.4.05.8103.

⁹⁶ MENDES, Gilmar, Medida cautelar de segurança 34.070 Distrito Federal, p. 19 Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf> acesso em 01 de julho de 2020

Também pesou sobre o fato a divulgação de gravação, na qual a ex-presidente deixara a entender que a hipótese de nomeação serviria como salvaguarda para uma eventual necessidade política imperiosa.

Embora se questionasse a ilegalidade da escuta, Gilmar Mendes não entrou nesse mérito, utilizando, segundo ele, a confissão da ex-presidente dada posteriormente em entrevista, que admitiu a existência e o conteúdo da conversa e que deveria ser levada à baila como uma das comprovações do desvio de finalidade. Segundo ele, estar-se-ia diante da hipótese de confissão extrajudicial nos termos do artigo 212, I do Diploma Civil: “Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão.”⁹⁷.

Ressalte-se também, nesse ponto, o que Ministro chamou de fraude à Constituição: “Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.”⁹⁸.

Em seguida, adentra o julgador na enunciação dos princípios propriamente ditos, fazendo a forma mais abstrata de controle do ato político, conforme ressaltamos no capítulo anterior. Cita os princípios implícitos, como podemos observar em expressões genéricas como “fraude à Constituição”, “vontade popular”, ou “supremacia absoluta das normas constitucionais”, bem como na citação direta dos princípios explícitos como o princípio da moralidade, probidade e boa fé. Vejamos, rapidamente, o que se poderia extrair minimamente de cada um deles:

Quanto à moralidade, retira-se logo do artigo 37 da Constituição Federal como princípio basilar da Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)⁹⁹

⁹⁷ Ibidem, p.22

⁹⁸ Ibidem, p.20.

⁹⁹ BRASIL, Constituição da república federativa do Brasil . disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 01 de julho de 2020.

Na verdade, a relação entre Direito e Moral já vem de milênios e estava mais do que sedimentada na doutrina estrangeira e nacional. Aqui, teve ressonância na voz de importantes juristas, dentre eles: Vicente Ráo e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por exemplo, que influenciaram intensamente a geração de Mendes.

De profunda complexidade filosófica, o terreno da moral comporta larga abertura semântica na atualidade, sendo por demasiado laborioso dar-lhe algum tipo de diretriz única. De maneira bem genérica, poderia ser um conjunto de condutas pessoais vislumbradas com a justiça e com a honestidade de uma determinada sociedade, ou em determinado meio em determinado momento histórico.

O que ressalta, contudo, na sua colocação como dispositivo constitucional explícito, é que ele fundamenta diretamente o ato de escolha da solução jurisdicional pelo magistrado da mesma forma que qualquer regra jurídica. O jurista desarticula um pouco o paradigma entre moralidade X legalidade, já que o ordenamento constitucional brasileiro não permite a edição de atos legais imorais por expressa disposição do constituinte, deixando, todavia, ao magistrado o dever de fundamentar no caso concreto o que entende por moralidade.

Gilmar Mendes em sua decisão faz breve alusão da seguinte forma:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato sensu”.

O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”.¹⁰⁰

Como decorrência do princípio mais abrangente da moralidade, tem-se a probidade, que parece ser uma das concretizações do primeiro. Também aparece expressamente no texto constitucional e nas legislações esparsas. Observa-se, dentre as suas alusões, os seguintes previstos na Carta direcionados aos agentes políticos:

¹⁰⁰ MENDES, op. cit, p. 17.

Art. 37. (...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

V - a probidade na administração.¹⁰¹

Seu conteúdo, também passível de inúmeras interpretações, no dizer de Marcelo Caetano, liga-se à honestidade, sugerindo apenas hipóteses de suas delimitações, como por exemplo: “guarda fiel dos bens, direitos, interesses e valores públicos, abstendo-se do uso em proveito próprio ou de qualquer procedimento tendente a danificá-los, destruí-los ou diminuir-lhes o valor”¹⁰².

Na doutrina, de maneira geral, vê-se a probidade como concretização da moralidade e guarda, sobretudo, maior atenção na legislação licitatória.

Outra alusão principiológica, realizada pelo julgador, diz respeito ao princípio da boa-fé, que basicamente também decorre dos dois anteriores, vedariam a Administração de agir visando à satisfação de interesses secundários, pautando sua atuação com transparência e previsibilidade. Segundo ele, tal conduta foi agredida pois:

É notório que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva era pessoa de interesse em duas grandes investigações relativas a fatos ocorridos no seu governo: Operação Zelotes e Operação Lava Jato.

Em 4.3.2016, medidas ostensivas no âmbito da Operação Lava Jato revelaram que o ex-presidente estava sob investigação.

De forma paralela, o ex-presidente era investigado num esquema de fraudes, desvio de recursos e lavagem de dinheiro no âmbito da cooperativa Bancoop.¹⁰³

O princípio da boa-fé, que possui referência expressa no Código Civil, aparece na legislação administrativa no art. 2º, Parágrafo Único, IV da lei que regula o processo administrativo federal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

¹⁰¹ BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 l disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 2 de julho de 2020.

¹⁰² CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. p. 684

¹⁰³ MENDES, Op. Cit. P.23.

Por fim, Gilmar Mendes citou a agressão ao princípio da impessoalidade, expresso no artigo 37 da CRFB, quando pondera que:

Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II da CF)¹⁰⁴

Como se pode observar, o presente caso ilustra com clareza o controle do ato político da ex-presidente da República por meio de princípios, que resultou no deferimento da medida liminar, suspendendo a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Tal fato, ressalta a importância de se avançar nos estudos do tema, uma vez que no encaminhamento das mudanças ocorridas nas organizações institucionais e jurídicas brasileiras, tais tipos de decisão podem se proliferar.

Apresentados os aspectos gerais da decisão do Ministro Gilmar Mendes, faz-se necessária uma abordagem crítica, sem adentrar em questões de natureza política, mas tentando raciocinar sob um prisma da relação das motivações dessas espécies de decisões e sua relação com o desenho de nosso sistema político.

Conforme já abordamos, a evolução da teoria dos princípios, da ideia de Constituição aberta e de uma série de outros paradigmas vindos após a Segunda Guerra, embora possuam notável importância, têm um importante desafio ao tentar não igualar o Direito a uma mera prática discursiva. Acreditamos, neste ponto, que a decisão do Ministro, embora fundamentada faticamente, abre a questão sobre o evidente conteúdo dos princípios: o que é moralidade, o que é boa-fé? Imagine-se quanta instabilidade não traria para o ordenamento jurídico, se todo juiz caçasse decisões políticas com base em tais princípios, ou em outros milhares colhidos da legislação. Se, em outros ordenamentos e em outras sociedades, pode-se ter certa estabilidade filosófica e social mínima sobre tais institutos, isso não parece acontecer aqui.

A solução para esta problemática, em nosso país, foi dada por medidas de índole administrativa (já que amplo dissenso predomina no debate acadêmico) de forma a hierarquizar a interpretação constitucional cada vez mais na pena dos

¹⁰⁴ Ibidem p. 18.

ministros, como maneira de desestimular o controle difuso. Como já tivemos a oportunidade de observar, em um país com tamanhas diferenças, isso acaba por incapacitar que o magistrado de primeiro grau possa aplicar concretamente os direitos fundamentais previstos na CRFB.

Desse modo, de maneira gradual, a interpretação vai se restringindo aos magistrados de indicação política, algo que não nos parece saudável do ponto de vista democrático, já que tais decisões teriam notório peso institucional-político e, para tal conflito, já possuímos o controle concentrado de constitucionalidade como forma de garantir a segurança jurídica. Além do mais, se justamentemente uma das principais inspirações da adoção da teoria dos princípios seria abrir simbolicamente o mundo jurídico para a sociedade, o caminho inverso parece estar sendo tomado.

Por fim, conclui-se, como já salientado por Werneck Vianna, que o somatório de uma inércia legislativa, com um executivo enfraquecido, acrescido de uma ampla garantia de justas reivindicações sociais sem mecanismos de coesão social, amplificam a força do Judiciário de maneira desigual. Fazendo coro a Werneck, Abboud e Oliveira também assim se posicionam:

De fato, é preciso reconhecer que somos mesmo premiados no quesito engenharia constitucional. Além de sofrermos com os problemas decorrentes do nosso presidencialismo de coalisão – que Ackerman entende como uma ‘modalidade tóxica de presidencialismo’, porque faz um mix entre presidencialismo e sistema eleitoral proporcional – convivendo com uma oscilação institucional perniciosa em que ora o Executivo é muito forte e coopta o Legislativo; ora o Executivo é muito fraco e é cooptado pelo Poder Legislativo, temos também que nos preocupar com essa tendência autocrática que parece prevalecer no STF.

Certamente, nos dedicamos muito a falar dos riscos de uma juristocracia no plano da interpretação constitucional, cujo marco conceitual é dado pelo ativismo judicial. No entanto, é preciso permanecermos vigilantes também no que tange as transformações na nossa engenharia constitucional de separação dos poderes. O Supremo Tribunal, nessas novas tendências jurisprudenciais que tem adotado, não está praticando apenas uma modificação interpretativa. Está alterando a ‘máquina’, revolvendo a engrenagem que movimenta o governo em uma democracia.

Vale perguntar: o que estamos ganhando com isso? Há maior limitação do poder é consequente valorização do ideal democrático de autogoverno? Parece-nos que não.¹⁰⁵

¹⁰⁵ ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Revista de Processo, PUC-SP, (vol. 233), 2014. p. 12

3.8 A judicialização da vida – a juristocracia

O espaço de interferência do judiciário vem constantemente se ampliando, regulando praticamente todo aspecto da vida social, indo, portanto, além da política, fazendo com que recentes estudiosos do tema já venham utilizando o nome juristocracia (influência dos estudos americanos e canadenses que utilizam o termo *juristocracy*). Alguns, já anteveem até uma mudança de paradigma para uma nova fase na nova democracia – passando-se do Estado Constitucional de Direito para Estado Jurisdicional de Direito.

O conceito pode ser assim definido:

Assim, para fins deste estudo, juristocracia significa o fenômeno da expansão crescente do Poder Judiciário e do protagonismo jurídico, social e político de seus juízes, os quais passam a substituir os Poderes Executivo e Legislativo na resolução dos grandes dilemas coletivos da vida nacional, ocupando espaços que antes eram exclusivamente dominados pelos agentes políticos eleitos pelo povo, que, com isso, perdem progressivamente autonomia institucional e importância político-social, deflagrando-se um processo de enfraquecimento lento e gradativo do regime democrático.¹⁰⁶

Primeiramente, cumpre esclarecer que tais efeitos eram de certa forma, previstos, principalmente por certos atores (intelectuais e políticos). Como já mencionado, em seus discursos, tendo em vista as dificuldades inerentes ao processo democrático, caberia ao Judiciário ser o executor na prática dos direitos e garantias fundamentais e todo tipo de pauta reivindicatória. Cumpre salientar que de maneira nenhuma está-se a colocar em questão a legitimidade das reivindicações sociais, porém não se pode carrear mudanças ao atropelo da própria Constituição. Ou seja, transferindo todo poder para uma elite, que se arvora como única legitimada a interpretar os destinos do país.

Fere-se, assim, o princípio democrático, a separação de poderes e o pacto federativo (com o centralismo decisório) e o resultado é a ditadura de uns poucos, solapando o direito que o discurso vislumbrava defender. Dessa maneira, o discurso é o avesso da prática – em que se promete o paraíso de igualdade e fraternidade por meio da concentração excessiva de poder. A conquista de direitos não pode ser analisada, sem obrigatoriamente, observar a existência uma elite

106 PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*, p. 54.

administrativa para ditá-los. Trocou-se o absolutismo do executivo pelo absolutismo do judiciário.

Em última análise, o espaço social, sem seus intermediadores civis, como: as associações, as religiões etc, transfere à elite judiciária o poder de regulação da sociedade. Habermas, pois, já vislumbrava tal hipótese:

o direito moderno conseguirá estabilizar as expectativas de comportamento de uma sociedade complexa, que inclui mundos da vida estruturalmente diferenciados e subsistemas funcionalmente independentes, se ele assumir a função de lugar-tenente de uma “social community” que se transformou numa sociedade civil, mantendo a pretensão de solidariedade herdada, na forma de uma pretensão de legitimidade digna de fé. Modernos sistemas de direito procuram cumprir essa promessa, através da generalização e da concretização do status de cidadão.¹⁰⁷

A fascinação pelo direito, portanto, geralmente não vem acompanhada de uma análise crítica de quem de fato o efetivará. É mais visto como um dever deslumbrante de “atitude”, “luta”, “diálogo”, “racionalidade”, “democracia” etc. Grande influente da formação jurídica contemporânea e notadamente do STF, Ronald Dworkin, assim define o direito, jamais considerando quem o exerce, pois o importante seria “colocar o princípio acima da prática”:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que toma todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, p. 105.

forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.¹⁰⁸

Neste jogo de discurso inspirador, ganha força o judiciário e perde a sociedade, pois seu espaço de decisão está condicionado às criativas interpretações dos magistrados superiores. Já magistrados inferiores, (esses realmente próximo dos litígios e do sofrimento das partes e que, em uma democracia federal, poderiam ser importantes articuladores dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição.). Por meio de uma série de mecanismos já citados, estão ficando cada vez mais vinculados àqueles.

Foi o que bem ressaltaram também Abboud e Oliveira:

Quando não há a distinção entre os dois corpos, o rei governa e é o governo. Do mesmo modo, quando o STF julga contra texto constitucional exposto, ele deixa de ser guardião da constituição e sua jurisprudência passa a ser a própria constituição. Frise-se que nossa crítica não parte de um viés ideológico, o objeto de nossa preocupação é fundamentalmente os riscos criados pela recente jurisprudência do STF que tem ignorado a importância da separação de poderes como elemento para controle do poder.

E note-se que, aqui, não se trata de fazer uma opção entre esquerda e direita; liberalismo ou socialismo. Do jeito que a coisa se projeta' a "supremocracia" de que faia Oscar Vilhena Vieira, ou ainda, a Juristocracia" que Lenio Streck denuncia a partir de Ran Hirshl, leva-nos a um lugar equivalente ao Poder Absoluto.¹⁰⁹

É importante distinguir o termo do ativismo judicial, que é uma decorrência por vezes natural de uma democracia constitucional, na qual existem os conhecidos *hard cases*. Isto é, casos nos quais o magistrado haverá de se posicionar ideologicamente por força da demanda que lhe é colocada para julgamento.

A expressão está bastante associada às preferências políticas dos magistrados da corte americana, que se dividem basicamente em conservadores e liberais. Lá, o elemento ideológico é também (caráter que transcende e influencia a política. Aliás, nada mais natural já que a Constituição é de fato uma carta política – no Brasil até mais do que isso) é determinante para a escolha dos ministros. Isso só começou a ser discutido mais recentemente no Brasil, ainda

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. M. O Império do Direito, p. 492.

¹⁰⁹ ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Revista de Processo, PUC-SP, (vol. 233), 2014. P.13.

preso a uma lógica mais partidária no debate público. Assim, Jeffrey Tobbin em seu ensaio sobre os nove ministros da Corte Americana, coloca a questão:

Today, the fundamental divisions in American society are not regional or religious but ideological. Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito were not appointed because they are Catholic but because they are conservative. The base of the Republican Party— from James Dobson and Jay Sekulow among the evangelicals to Ted Olson and Leonard Leo among the Federalists— recognized that they could use their influence to shape the Court. They organized more, mobilized more, and cared more about the Court than their liberal counterparts. And when their candidate won the presidency, these conservatives demanded more—a pair of justices who were precisely to their liking (and the ejection of one nominee, Harriet Miers, who was not). With admirable candor, and even greater passion, conservatives have invested in the Court to advance their goals for the country.¹¹⁰

Aqueles costumam preferir uma interpretação mais rígida do texto constitucional, rememorando as intenções dos pais fundadores e sondando suas perspectivas (teses originalistas). Já estes propagam uma interpretação mais abrangente do texto, tangenciando uma série de aberturas e enfatizando o papel de protagonismo do texto constitucional (e de que modo influencia a corte brasileira).

Contudo, o exemplo americano pouco se adequa a roupagem nacional, que politicamente e federativamente se comporta de maneira diversa. É curioso observar, como guisa de comparação, como o principal modelo mimético brasileiro, em sua essência (artigo LXXVIII de O Federalista), previu o papel do judiciário absolutamente diferente do que ocorre aqui atualmente:

O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem; estritamente, força nem vontade, mas tão somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos.

Este simples quadro da matéria sugere várias consequências importantes. Prova incontestavelmente que o judiciário é incomparavelmente mais fraco que os dois outros poderes; que jamais pode atacar com sucesso qualquer dos dois; e que todo o cuidado possível é necessário para capacitá-lo a se defender contra os ataques dos outros. Prova igualmente que, embora a opressão individual possa esporadicamente provir dos tribunais de justiça, a liberdade geral do povo jamais pudera ser ameaçada a partir dessa frente; isto, desde que o judiciário permaneça verdadeiramente distinto tanto do legislativo como do executivo, pois concordo que não há liberdade sem o poder de julgar não for separado dos poderes legislativo e executivo. E prova, finalmente, que a liberdade nada tem a temer do judiciário isoladamente, mas tem tudo a temer de sua união com qualquer dos

¹¹⁰ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine – inside the secret world of the Supreme Court*, p. 325. Doubleday: New York, 2007.

outros poderes; que todos os efeitos de tal união decorreriam forçosamente de uma dependência do judiciário para com um dos últimos, a despeito de uma separação nominal e aparente; que, em razão da sua debilidade natural, o judiciário está continuamente exposto a ser dominado, acuado ou influenciado pelos poderes coordenados e que, como nada pode contribuir tanto para sua firmeza e independência como a vitaliciedade dos juízes em seus cargos, essa qualidade deve ser justamente considerada um ingrediente indispensável na sua constituição e, em grande medida, a cidadela da justiça e da segurança públicas.¹¹¹

Nosso ativismo judicial dá-se, nesse contexto, com forma de expansão orgânica, como bem ressalta Hélio Pinheiro:

Portanto, o ativismo judicial (formal) do STF caracteriza-se pelo uso abusivo da função judicial (ativismo “abusacional”) ou pela usurpação judicial da função legislativa (ativismo “usurpacional”) e dá-se por meio da utilização da jurisdição constitucional para o autoalargamento dos limites de sua competência (ativismo “competencial”) e/ou da eficácia de suas decisões (ativismo “eficacial”), implicando (i) ou a compressão da jurisdição constitucional dos órgãos inferiores do próprio Judiciário, isso por meio da asfixia do modelo de fiscalização difusa da constitucionalidade ou de sua “abstrativização” (ativismo interno); (ii) ou a assunção de parte da competência normativa do Poder Legislativo (ativismo externo)¹¹²

Fundamental que nesse contexto há uma série de “ativismos”, mecanismos pelos quais a Corte se arvora de poderes, sendo apenas algumas delas:

- Usurpação da função legislativa;
- Auto-alargamento das suas competências;
- Auto-alargamento da eficácia das suas decisões, ou
- Auto-contenção da eficácia das suas decisões.

Como bem salientado ainda, as decisões nesses cenários, travestem-se de todo um esforço argumentativo dos magistrados constitucionais, camuflando abusos de suas funções com vistas a satisfazer algum princípio pinçado à sua conveniência. Resumidamente:

Muito presente na fundamentação das decisões ativistas, o neoconstitucionalismo defende um ambicioso modelo constitucional, de cariz substancialista e que tem como foco central a sobrelevação do protagonismo judicial em detrimento da liberdade de ação dos poderes políticos. Para tanto, os neoconstitucionalistas buscam reaproximar o Direito e a Moral, defendem a panconstitucionalização do ordenamento jurídico e reconhecem a força normativa de princípios constitucionais axiologicamente carregados, mesmo os veiculados em enunciados enigmática e semanticamente indeterminados. Em apertada síntese, pode-se dizer que os postulados neoconstitucionalistas

¹¹¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os artigos federalistas, p. 481.

¹¹² PINTO, op. cit., p. 77.

transitam entre a onipresença da Constituição, a redução do espaço de liberdade do legislador e a onipotência judicial, que é embasada em uma ingênua visão messiânica dos juízes, nos quais depositam as aspirações de salvação ou redenção do povo por meio da concretização judicial de pomposas promessas constitucionais politicamente incumpridas.¹¹³

De maneira crítica, percebe-se o protagonismo judicial excessivo como nova espécie de paternalismo do século XXI, em que um governo monocrático com 11 ministros, por meio de suas decisões, tentam condicionar uma sociedade “atrasada” aos novos moldes neodemocráticos, independente do texto constitucional e dos outros poderes.

Antoine Garapon¹¹⁴ vai além, ressaltando o comprometimento do próprio equilíbrio democrático, pois a canalização incondicionada de todos os conflitos contemporâneos para o judiciário, bem como uma crença fascinante e ingênua de sua onipresença estimula a perda dos mecanismos de solução de conflito por associativismo, frente a um governo de magistrados e suas vocações salvadoras.

Hélio Pinto também se posiciona da mesma forma, observando tal transformação como perigosa:

Realmente, a pontual resolução de grandes problemas nacionais por meio de intervenção judicial tem um efeito perverso para a democracia, na medida em que desmobiliza, desmotiva e despolitiza os cidadãos por meio da indução de uma dependência dos juízes na tarefa de concretização da Carta Magna. A consequência é a redução do papel da cidadania, que fica marcada pela passividade e pela lógica do esforço mínimo – ou de nenhum esforço. Com efeito, é intuitivo que quanto maior for o protagonismo judicial na composição dos macroproblemas políticos e sociais, menor será a participação de cada indivíduo e da sociedade nessa tarefa, estimulando-se uma espécie de preguiça social, que só fortalece a juristocracia. Em outras palavras: em um país com um poderoso sistema de controle de constitucionalidade, como o Brasil, sobrelevar, em qualquer situação e de forma irrefletida, os princípios em detrimento das regras pode, paradoxalmente, comprometer um dos maiores princípios constitucionais, que é o democrático, pois o parâmetro para examinar a constitucionalidade dos atos normativos do poder público passa a depender das convicções pessoais, idiossincráticas e ideológicas do juiz constitucional, o que, em casos específicos, pode até produzir resultados justos, mas, globalmente, tende a representar uma violação da ordem constitucional, produzindo insegurança jurídica e consolidando um eventual arbítrio judicial. Assim como não se pode defender um modelo hermenêutico excessivamente legalista, infenso aos princípios e aos imperativos morais do constitucionalismo contemporâneo, também não é o melhor caminho conduzir-se pelo extremo

¹¹³ PINTO, op. cit., p.83.

¹¹⁴ GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia., p. 24.

oposto, menoscabando as regras constitucionais e a segurança que elas proporcionam¹¹⁵.

Os próprios juízes ativos das demais instâncias, por esmagadora maioria são plenamente concordes na criação de um controle interno para o STF, como bem retrata a pesquisa realizada por Carvalho, Vianna e Burgos¹¹⁶:

Questão 31: Os ministros do STF devem se submeter a algum tipo de atividade correicional, como uma corregedoria interna ao STF

Tabela 31.1 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	57 2,3%	11 5,8%	7 5,5%	0 0,0%	75 2,7%
Discorda pouco	23 0,9%	10 5,2%	2 1,6%	1 6,7%	36 1,3%
Concorda pouco	165 6,8%	14 7,3%	20 15,7%	1 6,7%	200 7,2%
Concorda muito	2185 89,9%	156 81,7%	98 77,2%	13 86,7%	2452 88,7%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

Tabela 31.2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	14 4,8%	4 26,7%	3 8,8%	0 0,0%	21 6,1%
Discorda pouco	6 2,1%	0 0,0%	2 5,9%	0 0,0%	8 2,3%
Concorda pouco	40 13,7%	5 33,3%	2 5,9%	1 16,7%	48 13,8%
Concorda muito	232 79,5%	6 40,0%	27 79,4%	5 83,3%	270 77,8%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Tabela 5

O ministro aposentado, Joaquim Falcão, também concorda que o Supremo não tem como mais avocar poderes, concluindo, obviamente, que somente em um sistema ilusório um juiz poderia julgar 5.400 processos por ano:

¹¹⁵ PINTO, op. cit., p.88.

¹¹⁶ Cf CARVALHO, Maria Alice Rezende de; VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Quem somos – A magistratura que queremos. AMB-Associação dos Magistrados Brasileiros: Rio de Janeiro, 2018

Nenhum país tem tempo nem orçamento para quatro graus de jurisdição. Nem a Justiça precisa de tanto para ser democrática. Para ser mais, o Supremo precisa ser menos.

Cada dia fica mais claro que é uma questão de poder. O Supremo não quer abrir mão de nada. Para ninguém. Nem para os tribunais estaduais, nem para os superiores. É excesso de concentração de poder. Nem o Supremo se une a favor de legislação que lhe reduza os recursos, como no caso da Emenda Peluso, nem toma outra iniciativa.¹¹⁷

O efeito deletério da juristocracia¹¹⁸ também pode ser compreendido, e até mesmo ter sido incentivado, por outros atores do jogo político.

De relance, parece que tanto o Executivo como o Legislativo abominariam tal crescimento desordenado como ameaça a suas liberdades institucionais, porém não necessariamente seria desse modo, sobretudo por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, como estratégia de certos grupos políticos, ao se evitar desgaste de imagem na abordagem de temas polêmicos (homossexualidade, aborto, drogas etc) – principalmente em épocas eleitorais - deixando a cargo de um poder aparentemente apolítico o poder decisório.

Em segundo, há também uma forma de pressão de grupamentos políticos minoritários, incapazes de exercer pressão na assembleia, de exercer pressão por meio de judicialização de pautas – criando uma nova arena de conflitos. Seja para barrar, ou estimular agendas, geralmente parte da oposição política a maior parte de iniciativa de ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, após o esgotamento das deliberações nos turnos das casas legislativas, há uma espécie de terceiro tempo que corre no STF, em que são deliberados os projetos e iniciativas parlamentares.

Com efeito, há que se acrescentar, pois, além dos diversos motivos elencados para a expansão do STF, a própria inércia, ou mesmo adaptação a esse cenário do legislativo e executivo.

É por aí que vem controlando a pauta pública, por meio de seus tentáculos, que independentemente do caráter do conteúdo de suas decisões, fica claro que em uma democracia sadia jamais um órgão judiciário poderia ter

¹¹⁷ FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

¹¹⁸ Entendo-a como: a) desequilíbrio na separação de poderes; b) enfraquecimento do pacto federativo; c) violação do princípio democrático

enveredado por tamanho ativismo. São tantas hoje as decisões que invadem competências, que fica quase impossível quantificá-las.

Não se quer com isso, deslegitimar a importância dos temas em questão, mas tão somente alertar para a extrapolação de competências, que geram mais instabilidade em uma enfraquecida democracia.

Sua estrutura híbrida, que adota em tese ideais democráticos e se vê como artífice das garantias constitucionais de inspiração teuto-americana, também mostra um centralismo hierárquico tipicamente patrimonialista, que desvirtua os princípios presidencialista, federalista e democrático.

Segundo relatório de gestão da competência de 2016¹¹⁹ (atualmente, o STF não tem suas contas julgadas pelo TCU), talvez a corte suprema brasileira seja a mais dispendiosa do mundo, contando o número de juízes. Em um país cujo déficit fiscal não é pequeno, seguem alguns números:

- Número de servidores: 1216;
- Número de estagiários: 306;
- Frota: 87 veículos e 3 caminhões;
- Número de terceirizados: 959, dentre os quais:
 - 25 bombeiros civis;
 - 85 secretárias;
 - 293 vigilantes;
 - 194 recepcionistas;
 - 19 jornalistas;
 - 29 encadernadores;
 - 116 serventes de limpeza;
 - 24 copeiros;
 - 27 garçons;
 - 8 auxiliares de saúde bucal;
 - 12 auxiliares de desenvolvimento infantil
 - 58 motoristas;
 - 7 jardineiros;

¹¹⁹ Informação retirada do próprio sítio eletrônico do órgão e lido pela ministra Carmen Lúcia.

Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/relatorio_de_gestao_2016.pdf

f. Acesso em 08/12/2020

- 6 marceneiros;
- 10 carregadores de bens;
- 5 publicitários.
- Gastos:
 - R\$ 15,78 milhões com assistência médica e odontológica;
 - R\$ 1,5 milhão com auxílio-moradia;
 - R\$ 2,162 milhões com educação pré-escolar;
 - R\$ 12 milhões com alimentação;
 - R\$ 204 mil com auxílio-funeral e auxílio-natalidade
 - R\$ 10,5 milhões com informática
 - Despesa total liquidada: R\$ 554.832.811, 63

Do que restou dito, encerramos tal capítulo, retomando Faoro, constatando que o Supremo Tribunal Federal pode ser considerado um estamento, caracterizado atualmente pelo afastamento dessa instituição no pacto político brasileiro. Seu controle, quase onipresente sobre todos aspectos da vida, conduz-nos a uma situação ímpar na república.

O estamento burocrático comanda o ramo civil e militar da administração e, dessa base, com aparelhamento próprio, invade e dirige a esfera econômica, política e financeira. No campo econômico, as medidas postas em prática, que ultrapassam a regulamentação formal da ideologia liberal, alcançam desde as prescrições financeiras e monetárias até a gestão direta das empresas, passando pelo regime das concessões estatais e das ordenações sobre o trabalho. Atuar diretamente ou mediante incentivos serão técnicas desenvolvidas dentro de um só escopo. Nas suas relações com a sociedade, o estamento diretor provê acerca das oportunidades de ascensão política, ora dispensando prestígio, ora reprimindo transtornos sediciosos, que buscam romper o esquema de controle¹²⁰

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal, com todas as forças angariadas a partir da Nova República, tornou-se uma grande força política, desequilibrando o pacto republicano, democrático e federativo¹²¹. Entre as possíveis causas estruturais (fora as características pessoais dos magistrados, tema que será abordado no próximo capítulo) da Supremacia do STF, poderíamos citar:

¹²⁰ FAORO, op. Cit., 740.

¹²¹ Há uma série de decisões nesse sentido, mais recentemente citem-se as seguintes: a) criação por decisão judicial do crime de homofobia por meio da ADO 26 e MI 4733; b) abertura do inquérito nº 4781 pelo próprio STF para investigação de supostas notícias que denegriam a imagem da corte.; c) o aborto permitido até o terceiro mês de gestação por meio d HC 124306; d) a polêmica da prisão em segunda instância por meio dos ADCs 43, 44 e 54.

- A. Tendência geral das elites políticas brasileiras ao centralismo, visão institucional de um poder político se vislumbrar isoladamente como propulsor das mudanças sociais. Papel antes desempenhado mais pelo Executivo (principalmente na Velha República, no Governo Vargas e na Ditadura Militar) e agora tomado pelo Judiciário;
- B. Inafastabilidade de qualquer temática do poder Judiciário (ao contrário do que ocorria no passado);
- C. Imensa gama de competências e garantias presente na Constituição de 1988. Constitucionalização de todas as searas do Direito (civil, administrativo, penal, processual, financeiro, tributário, ambiental, urbanístico etc);
- D. Influências de doutrinas jusfilosóficas neoconstitucionalistas que defendem um papel de efetivo protagonismo do judiciário. Mudança interpretativa fruto da nova visão do Direito – abertura para o decisionismo principiológico em qualquer tema;
- E. Alteração do discurso jurídico, dando-o um caráter mais abstrato e abrangente por meio dos princípios, a fim de inseri-los em todos os contextos da vida. Propagação exponencial dos princípios constitucionais implícitos e explícitos. Amalgamento para um contexto híbrido brasileiro de visões interpretativas americanas e alemãs, retiradas de seu contexto inicial;
- F. Criação e ressignificação de meios de ação institucionais do STF para controlar e aumentar a eficácia das suas decisões, como: súmulas vinculantes, súmulas comuns, julgamentos em demandas repetitivas, regimes de precedentes, extensão dos efeitos erga omnes em ações constitucionais, mutação constitucional, ações de controle de constitucionalidade etc. Aumento progressivo dos poderes da Corte;
- G. Inércia e mesmo incentivo dos poderes Executivo e Legislativo.

4 OS MINISTROS

Após elencarmos algumas motivações estruturais que propiciaram a emergência do STF como grande vetor de poder na contemporaneidade, nesta parte tentaremos abordar como esses elementos influenciam os atuais ministros e como eles próprios atuam e se veem como agentes políticos.

4.1 De órgão colegiado ao culto da personalidade

Reuniões entre ministros do Supremo no gabinete de um deles eram raridades. Cada um deles fazia — e faz — de seu espaço burocrático uma embaixada, um pequeno território autônomo em que podem dar vazão a suas idiossincrasias. Toffoli possui uma estátua em metal de São Jorge de meio metro de altura; Lewandowski tem um mural com medalhas e fotos com a rainha Elizabeth; Mendes expõe numa moldura de vidro uma camisa oficial do Santos, autografada por Pelé; Cármen Lúcia deixa à porta do gabinete um vaso de comigo-ninguém-pode, planta em forma de espada a que a crença popular atribui poderes de proteção; Barroso cerca-se de fotos panorâmicas do Rio de Janeiro e de uma enorme pedra de cristal, de valor mais místico do que geológico; Alexandre de Moraes exhibe, na entrada, condecorações e agradecimentos que recebeu da Polícia Militar de SP, lembranças dos anos em que foi secretário de Segurança Pública do estado.

A vitaliciedade do cargo transforma os ambientes em cápsulas da personalidade de cada ministro, os quais também imprimem suas normas de estilo ao gabinete¹²²

O relato acima descrito por Weber e Recondo corrobora a tese de outros intérpretes da cultura institucional brasileira – o patrimonialismo está amplamente presente no cotidiano da administração brasileira. De alguma forma a personalidade tem que se sobrepor à aridez ascética de um Estado impessoal, objetivo e burocrático. O perfil padrão do agente político, assim, é expandir suas idiossincrasias à gestão, remodelar o seu entorno e aos outros à sua imagem e semelhança.

Não só na maneira como decoram seus amplíssimos gabinetes, mas também em como orquestram um cem número de assessores para tentar dar conta de um contencioso processual imenso, atentando-se ao fato de que nenhum ministro fica efetivamente em Brasília e que todos possuem uma agenda repleta

¹²² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze – o STF, seus bastidores e suas crises. p.42

de compromissos particulares, incompatíveis com uma rotina rígida e fixa de horários.

O jogo de indicações, no qual cada ministro necessita de um *jockey*, para ser movido, com base mais no compadrio do que propriamente em uma efetiva afinidade com o cargo ou órgão, é admitido como sendo norma padrão pelo próprio ministro Luiz Fux:

Zavascki havia chegado ao Supremo sem um padrinho poderoso, o chamado “jôquei” que cavalga a candidatura do futuro ministro, abrindo picada no Planalto e no Congresso. Discreto, não saía distribuindo currículos nem procurando políticos.

Fux chegou ao Supremo graças à costura de muitos padrinhos, mas publicamente apontava Cabral como o jôquei de sua candidatura. “Uma pessoa que contribuiu muitíssimo para mim, na caminhada para o Supremo, foi o governador Sérgio Cabral”, contou à FGV. “Eu sou amigo dele e também da mulher dele. E ele levou meus currículos [para Dilma]. Você tem que ter uma pessoa para levar seu perfil e seu currículo a quem vai te nomear. Senão, não adianta”, ele disse em depoimento à jornalista Mônica Bergamo.¹²³

Do relato acima, podia-se facilmente perceber a diferença de comportamento do falecido ministro Zavascki, dotado de uma personalidade bem mais contida e infenso a uma superexposição de sua própria figura, suas características diferenciavam-se do padrão praticado pela atual Corte.

Como sabido, os ministros nem sempre possuíram esse comportamento, até porque, como vimos, a preponderância política do Estado brasileiro não se concentrava no STF. O falecido ministro Paulo Brossard, escolhido pelo presidente Sarney, primeiro ministro escolhido após a promulgação da nova Constituição, não passou por todo esse lobby institucional e de marketing. Lembrando que: “Naquela ocasião, não se andava pedindo para ser nomeado. Não havia listas, não havia pedidos, não havia nada”. Em contraposição, ao tempo de indicação do ministro Fachin, o então proponente ao cargo contratou duas grandes empresas assessoras de comunicação com vistas a lidar com todo o aparato midiático e preparação para o ajuste de seu discurso aos grandes setores políticos e organizacionais. Curioso também é o caso da nomeação do ministro Paulo Lessa, que simplesmente só tomou conhecimento que era indicado ao cargo no dia em que apareceu nomeado pelo então presidente Afonso Pena.

¹²³ Ibidem p. 50.

Afonso Pena, então presidente da República, nomeou para o Supremo o advogado Pedro Lessa, dono de uma das mais famosas bancas de advocacia de São Paulo, no início do século XX. Lessa não fora consultado nem recebera um convite prévio. Simplesmente apareceu nomeado. Titular de uma carreira acadêmica no Largo de São Francisco e de um escritório rentável, o advogado foi ao presidente da República para agradecer a nomeação e dizer que preferia ficar em São Paulo. Afonso Pena lhe disse que, como presidente da República, cumprira sua tarefa de escolher para o Supremo o melhor nome que havia para a vaga. E ele, Pedro Lessa, que cumprisse o seu papel, que era tão somente aceitar a função em nome da pátria. Lessa foi empossado no dia 20 de novembro de 1907, permanecendo no STF até sua morte, em 1921.¹²⁴

Tal posição de amplo destaque dos ministros jamais tinha sido vista na história de nossa república, além de Paulo Lessa há uma série de exemplos que demonstram uma grande diferença, não só de visão de direito e do mundo (outras influências intelectuais, culturais etc), como de autocontenção da própria personalidade. Observe o caso quase anedótico que Recondo e Weber contam de um ex-ministro habitando um simples apartamento funcional e amparando sua vizinha (que o confundiu com um zelador) em um caso de urgência:

O fato de nomes e rostos de ministros do STF serem conhecidos da população é bastante recente. No início dos anos 1960, o ministro Álvaro Ribeiro da Costa, morando num apartamento funcional na 206 Sul, socorreu uma vizinha que tivera um problema com o aquecedor de água do banheiro. Solícito, em roupas de fim de semana, consertou o aparelho. Agradecida, a vizinha, confundindo-o com o zelador, quis remunerá-lo com uma gorjeta.

Era raro um integrante do tribunal aparecer na mídia. Em janeiro de 1960, em meio aos embates internos sobre a mudança do STF para Brasília, o ministro Nelson Hungria queixou-se de que o colega Luís Gallotti teria passado ao jornal *Correio da Manhã* uma nota em que era criticado.¹²⁵

O ex-ministro Mário Guimarães, em passagem quase poética de sua obra sobre o papel do juiz, é bastante contido em relação à sua atuação e, portanto, ao do magistrado, sendo bastante fiel à doutrina de separação de poderes como elemento crucial para a democracia:

As leis, ensina JEAN CRUET, ‘fazem-se em cima. As boas jurisprudências vêm de baixo’. Surgem do contato mais direto do juiz com os litigantes. Por modesto que seja, não hesite, pois, o magistrado, quando acaso dissinda, em levar por diante o seu convencimento, desde que o faça estribando-o em razões honestas. Ante a asserção por todos proclamada, tenha presente que, não raro, a vida parodia o conto imaginoso de ANDERSEN sobre a roupa do rei.

¹²⁴ Ibidem p.132.

¹²⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, op. cit.

Não se entenda, entretanto, o que dissemos como repúdio à jurisprudência. A jurisprudência é, nos tribunais, a sabedoria dos experientes. É o conselho precavido dos mais velhos. Quem conhece a lei e ignora a jurisprudência, diz, com exagero embora, DUPLIANT, não conhece quase nada. Manter quanto possível a jurisprudência, será obra de boa política judiciária, porque inspira no povo confiança na Justiça. Não concebem os leigos que o certo na decisão de hoje se repute errado na sentença de amanhã.

Recapitulando e resumindo: aceite a magistratura a jurisprudência, mas não se escravize a ela. Acolha as doutrinas novas, quando convier, sem exageros, também.

Sem exageros também, repitamos. As ideias novas são como as frutas: se não sazonadas, podem fazer mal. Às vezes até, em vez de adiantar-se o juiz ao seu tempo, para aplicar o direito de amanhã, convirá dar passo atrás e restaurar interpretação que se aproxime do direito de ontem, elaborado em período de mais calma e de princípios mais sadios.

Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador.¹²⁶

Também o ex-ministro, Paulo Brossard, partilhava de semelhante preocupação, já um tanto assustado com as modulações de efeito nas decisões que o Supremo Tribunal vinha realizando àquela altura:

Segundo a doutrina consagrada, é ex-tunc o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pre-existe à declaração judicial. O julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pre-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é ex tunc¹²⁷

A diferença para a posição, por exemplo, para um Luís Roberto Barroso, que iluminado pretende avançar o processo histórico é crucial, “empurrando a história na direção certa”: “Quando o processo histórico emperra, é preciso que uma vanguarda iluminista faça com que ele avance. E este é o papel que o Supremo poderá desempenhar no dia de hoje.”¹²⁸

¹²⁶ GUIMARÃES, Mário. O juiz e a função jurisdicional. P. 328.

¹²⁷ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02-1/DF. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Relator Ministro Paulo Brossard. Julgamento em: 06 fev, 1992. Publicação no DJ: 21 nov. 1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 11/11/2019.

¹²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (organizadores). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, p. 247,

Em outro momento também, o ministro toma a voz de todas as mulheres do Brasil¹²⁹ e afirma em uma de suas decisões categoricamente que: “Em nome dos seus direitos reprodutivos este será um dia para não esquecer. Será o marco zero de uma nova era para a condição feminina no Brasil”.¹³⁰

Já o ministro Marco Aurélio¹³¹, sabendo da vastidão incontável de leis e princípios existentes no ordenamento brasileiro (além dos extrínsecos), afirmou em solenidade que: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”¹³². Em síntese, com a abertura hermenêutica atual, praticamente qualquer decisão pode ser encontrada no oceano principiológico e legislativo do direito brasileiro. A citação gera um profundo pensamento de insegurança aos julgados, pois tentar entender o ideal de justiça de um ministro de uma corte brasileira não é tarefa como compreender o de uma corte americana ou alemã, com sistemas mais previsíveis e mais infensos a controles.

Exemplos como o de Gilmar Mendes, que abertamente critica as leis de que não gosta, os procuradores envolvidos em determinados processos etc são agora comuns da Corte. Nessa vereda, assim se referiu o ministro certa feita sobre a lei da “Ficha Limpa”:

Essa lei foi malfeita, eu já disse no plenário. Sem querer ofender ninguém, mas já ofendendo, a lei parece que foi feita por bêbados. É lei malfeita. Ninguém sabe se é contas de gestão ou de governo. E é uma lei tão casuística, ela queria pegar quem tivesse renunciado¹³³

¹²⁹ Sem entrar no mérito da questão, apenas analisando-a do ponto de vista democrático: há dados do Instituto Paraná Pesquisas que apontam que apenas 18% da população brasileira é a favor da prática – sendo 23% de mulheres, em pesquisa realizada em todos os estados da federação.. Nesse sentido, parece ser essa mais uma opinião de algumas grandes organizações e parcela da elite do que realmente das mulheres brasileiras.

Pesquisa: https://www.paranapesquisas.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Aborto_Jun19-M%C3%ADdia.pdf. Acesso em 10/12/2019

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306 . Paciente: Elison dos Santos; outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 27 de abril de 1892. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> acesso em 01 de julho de 2020.

¹³² AURÉLIO, Marco, apud Marco Aurélio vê sua homenagem como estímulo disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Acesso em 01 de dezembro de 2019.

¹³³ MENDES, Gilma, apud KADALUS Kelly, Veja 10 declarações polêmicas de Gilmar Mendes (só) no último semestre. Gazeta do povo, Paraná, 16 de dezembro de 2016. Disponível em Leia mais em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/veja-10-declaracoes-polemicas-de-gilmar-mendes-so-no-ultimo-semester-ayxuwltw5f8q9xq9vkq9q2spz/> acesso 13 de julho de 2019.

Ou mesmo contra propostas contra corrupção quando:

É aquela coisa de delírio. Veja as dez propostas que apresentaram. Uma delas diz que prova ilícita feita de boa fé deve ser validada. Quem faz uma proposta dessa não conhece nada de sistema, é um cretino absoluto. Cretino absoluto. Imagina que amanhã eu posso justificar a tortura porque eu fiz de boa-fé¹³⁴

O ministro Dias Toffoli, ferindo completamente a inércia do poder Judiciário, ordenou a abertura do inquérito nº 4781 para investigação de supostas notícias que denegriam a imagem da corte, solicitando inclusive ao ministro Alexandre de Moraes a censura da publicação, pois envolvia seu nome em uma lista de pagamentos da Odebrecht. Observe a argumentação de Toffoli para o ato, cujo contraditório nem foi dado à parte: “Se você publica uma matéria chamando alguém de criminoso, acusando alguém de ter participado de um esquema, e isso é uma inverdade, tem que ser tirado do ar. Pronto. Simples assim,”¹³⁵

Como reflexo, a própria maneira de decidir, levando em consideração se tratar de um órgão colegiado, é influenciada por esse comportamento egocêntrico. A instabilidade e insegurança nascem justamente da falta de colegialidade, do que os romanos costumavam chamar de *ratio juris*¹³⁶. A inconstância e a maneira como as decisões mudam e se transformam na Corte aumentam ainda mais a sua força institucional, pois ficam todos a esperar o seu posicionamento. Nesta ausência de espírito administrativo, os atores apostam na personalidade e no histórico pessoal dos ministros para tentar adivinhar suas decisões. Isso porque:

O desprestígio do Parlamento, a corrupção sistêmica, a incapacidade do Congresso de reagir com velocidade às demandas populares mais urgentes, a crise dos canais de transmissão da democracia, isto é, dos partidos, abriam espaço para que os ministros do STF cedessem à tentação de construir um sistema conforme as suas preferências.¹³⁷

A essa dinâmica vem se acrescentando o que os pesquisadores vêm denominando de a teoria das “onze ilhas”, que pode ser compreendida como uma

¹³⁴ Idem, ibidem.

¹³⁵ TOFFOLI, Dias, Entrevista concedida ao jornal Valor Econômico em 18/04/2019. <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/toffoli-nega-censura-e-diz-que-houve-tentativa-de-constranger-o-supremo.ghtml>. Acesso em 20/12/2019.

¹³⁶ “É a locução latina, que se traduz, em razão do Direito, empregada para aludir ao fundamento jurídico alegado ou em alusão ao preceito de Direito, em que se apoia a pessoa. É a razão jurídica.” DE PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. v.4. 12 ed, p. 25.

¹³⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, op. cit. 69.

atuação fragmentária, ou seja, simplesmente pela ausência de colegiado. Conrado Hübner Mendes¹³⁸ estima que praticamente 90% das decisões tomadas possuem essa característica. O gráfico mostrado abaixo demonstra o aumento vertiginoso desse comportamento, juntamente com a queda brusca das decisões unânimes, considerando somente quatro tipos de ações constitucionais: (ADIns, ADPFs, ADCs e ADOs):

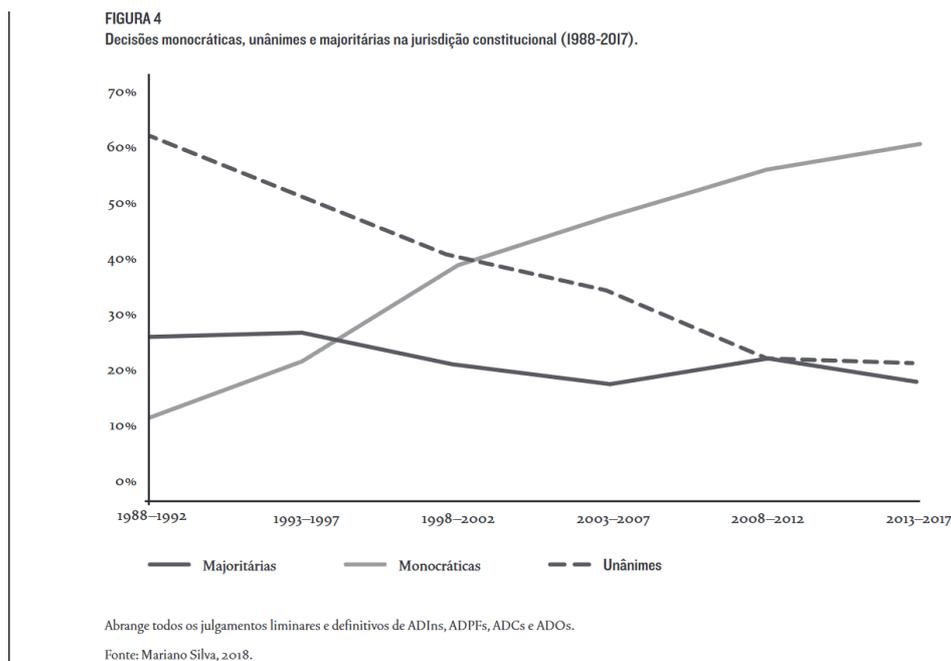


Figura 2

Tal fragmentariedade ainda é mais acentuada pela possibilidade crescente de os ministros poderem tomar decisões liminares de efeitos irreversíveis, ou basicamente “engavetar” processos para um momento futuro. É o que se convencionou chamar de definição de pauta, que está sobre total arbítrio do presidente da Corte, facultando-lhe a possibilidade, por exemplo, de selecionar qualquer processo “engavetado” e colocá-lo para julgamento na semana seguinte.

Outro fator influenciador é o poder de obstrução dado a cada ministro (sem nenhum tipo de controle de prazo¹³⁹). Assim, por exemplo, é corriqueiro

¹³⁸ Cf MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹³⁹ Prazos próprios são os destinados às partes, que uma vez descumpridos propiciam a perda da possibilidade de praticar o ato (fenômeno conhecido no mundo jurídico como preclusão temporal). Já, os impróprios são direcionados aos magistrados, cuja sua não observância não gera qualquer tipo de consequência no processo. Isto é, o prazo destinado ao juiz é um mero indicador, sem haver necessidade imperiosa de que ele lhe siga.

ocorrerem pedidos de vista, ou decisões monocráticas que demoram anos, até décadas, para voltarem ao Plenário, muitas vezes apenas para frear julgamento colegiado. Sem o mínimo controle nesse quesito, não se sabe ao certo se um processo será julgado em um mês ou vinte anos.

Nessa toada, é o que advoga Conrado Hübner e outros:

O STF vive o ápice de suas patologias institucionais. Chamar de supremocracia o protagonismo do Supremo Tribunal Federal é, no entanto, dar ênfase num alvo errado, na minha opinião. Hoje, preocupa menos o poder do STF enquanto Tribunal do que o poder de cada um dos seus ministros. Ministros têm o poder de sequestrar o Plenário por meio de seus pedidos de vista e de suas decisões liminares. Cortes fortes existem no mundo. Cortes desgovernadas e reféns do capricho e dos cálculos pragmáticos de cada um dos ministros, isso não há. Claro que devemos discutir os limites do poder de um tribunal. Mas antes temos que resolver uma questão preliminar: por que um ministro, à luz da justificativa de que “precisa pensar melhor sobre o caso”, pode ficar 6 meses, um ano, 5 anos, com o processo em sua gaveta?¹⁴⁰

Assim também Recondo e Weber:

Essa atmosfera ministrocrática, de valentia constitucional e pouco apego à jurisprudência e às decisões colegiadas, produziu onze Supremos: ministros exercendo individualmente o controle de constitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso via liminar, ou paralisando, com pedidos de vista, decisões tomadas pela maioria do plenário.¹⁴¹

Como analisamos nas novas características jusfilosóficas do Direito, cada ministro se vê dotado como um intérprete especial da Constituição, remodelando-a a todo momento ao sabor da ocasião, incorporando de maneira híbrida se sistema americana como “living Constitution”.

Também viu-se recentemente uma adesão generalizada dos integrantes do Supremo à ideia de que a Constituição é um organismo vivo, mutável, cujo conteúdo (mesmo que o texto permaneça intocável) é alterado de fora para dentro. Nos Estados Unidos, essa corrente, chamada “Living Constitution”, descreve os textos constitucionais como normas que evoluem, mudam com o tempo, adaptam-se às novas circunstâncias, sem que precisem ser emendadas. Era como se o STF aos poucos tivesse se tornado mais americanizado (sem as virtudes da discricção e do respeito ao *stare decisis*, os precedentes judiciais, típicos daquele tribunal). Um dos ministros que mais contribuiu para a guinada do constitucionalismo brasileiro em direção ao modelo estadunidense foi Luís Roberto Barroso.¹⁴²

¹⁴⁰ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Folha de S. Paulo, Tendências e Debates, p. 3, 01 fev. 2010.

¹⁴¹ RECONDO, Felipe; WEBER, op. cit. 69

¹⁴² Idem, Ibidem.

Como bem salientam os autores, com tantos poderes e somando-se tais atributos, tem-se uma tendência a uma personalidade de índole autoritária, solipsista, poderosa e bajulada por diversos setores que procuram ver seus interesses contemplados sem ter que enfrentar a arena de debate e discussão mais tortuosas do Executivo e do Legislativo. Poder-se-ia dizer que o STF, para parodiar Faoro, tornou-se o atalho político dos donos de poder.

Em última análise, a soberania popular não existe, senão como farsa, escamoteação ou engodo. Já na estrutura normativamente constitucional, democrática na essência, os detentores do poder participam na formação das decisões estatais, mediante mecanismos de controle que atuam na participação popular. Não importa que o encadeamento que vai da cúpula à base esteja enrijecido por minorias diretoras, conquanto que o circuito percorra a escala vertical.¹⁴³

Nessa vereda, também não seria equivocado enquadrar o STF dentro de uma elite política, como já citamos anteriormente, na concepção de Mills¹⁴⁴, em que há capacidade de tomar decisões importantes que de alguma forma modificam os rumos da sociedade. Ou também, poderíamos classificá-lo como comunidade política na esteira de Weber:

termo “comunidade política” deve ser aplicado a uma comunidade cuja ação social tem como objetivo a subordinação à dominação ordenada pelos participantes de um ‘território’ e a conduta das pessoas dentro dele. A dominação tem que ser exercida por meio da disposição de recorrer à força física, ou seja, às forças armadas.¹⁴⁵

4.2 Principais características de suas trajetórias

Abaixo, reproduzimos um quadro das principais características da trajetória dos atuais ministros:

Ministro	Celso de Mello
Universidade de origem	USP
Local de nascimento	Tatuí - SP

¹⁴³ FAORO op. Cit , p. 830.

¹⁴⁴ Cf MILLS, Charles Wright. Elites do poder. 3ª ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1975.

¹⁴⁵ WEBER, Max. O Direito na Economia e na Sociedade, p. 313.

Núcleo de atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Promotor do Ministério Público de SP; Assistente Jurídico da Secretaria de Cultura de São Paulo; Assessor Jurídico do Gabinete Civil; Secretário-geral da Consultoria Geral da República; Professor da PUC-SP.
Religião	Católico romano
Idade	74 anos
Profissão dos Pais	professores
Ramo de especialidade do Direito	Direito Constitucional; Direito Administrativo; Temáticas relacionadas ao Ministério Público.
Algumas condecorações (dados coletados até 05/1989 da biografia oficial do ministro. Porém, a lista se estendeu, angariando o magistrado outras inúmeras distinções nesse período, tais como o Prêmio da Associação Nacional de Jornais e a Grã- Cruz da Ordem do Congresso Nacional, entregue pelo então presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães).	<ul style="list-style-type: none"> - Cidadão honorário de Jacksonville, Flórida, EUA, por deliberação unânime do City Council (1963); - Cidadão Honorário de Osasco. SP (1979); - Cidadão honorário de Candito Mota. SP (1988); - Medalha Mérito Tamandaré, outorgada pelo Ministro da Marinha, mediante proposta do Conselho da Ordem do Mérito Naval (1986); - Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no grau de Grande Oficial, por decisão do egrégio Tribunal Superior do Trabalho (1988); - Outorga da Insígnia do Mérito da Magistratura pela Associação dos Magistrados Brasileiros (1989); - Ordem do Mérito Judiciário Militar (Superior Tribunal Militar), no grau de Alta Distinção (1989).

-----	Marco Aurélio Mello
Universidade de origem	UFRJ
Local de nascimento	Rio de Janeiro – antigo DF
Núcleo de atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Assistência em gabinete de juiz; assistência em gabinete de desembargador; advogado da Federação dos Agentes Autônomos do Estado da Guanabara; juiz do Tribunal Regional do Trabalho; ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor da UNB.
Religião	Católico romano
Idade	73 anos
Profissão dos Pais	Pai-advogado; Mãe – não encontrado
Ramo de especialidade do Direito	Direito do Trabalho e Direito Previdenciário
Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se mais de 100 distinções honrosas até 05/2018).	<ul style="list-style-type: none"> - Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, grau Grã-Cruz, concedida pelo Tribunal Superior do Trabalho. Brasília/DF. Setembro de 1981.; - Ordem do Mérito Brasília, grau Grande-Oficial, concedida pelo Governador do Distrito Federal. Brasília/DF. Abril de 1984.; - Ordem do Mérito Naval, grau Comendador, concedida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Brasília/DF. Dezembro de 1984.; - Ordem do Mérito Eptácio Pessoa, concedida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. João Pessoa/PB. Novembro de 1987.; - Grande Medalha da Inconfidência, por Méritos Excepcionais, concedida pelo Governador do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG. Abril de 1988.

	<ul style="list-style-type: none"> - Ordem do Rio Branco, grau Grã-Cruz, concedida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Brasília/DF. Abril de 1992; - Ruy Barbosa, concedida pela OAB/BA. Salvador/BA. Novembro de 1994; - Colar do Mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ. Dezembro de 1995; - Mérito Renascença do Piauí, concedido pelo Governador do Estado do Piauí. Teresina/PI. Abril de 1997; - Grande Colar da Medalha da Inconfidência, concedida pelo Governador do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG. Abril de 2002; - Ordem do Mérito das Comunicações, grau Grã-Cruz, concedida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Brasília/DF. Maio de 2002; - Mérito Cívico Afro-Brasileiro, concedido pela Sociedade AfroBrasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural—AFROBRAS. São Paulo/SP. Maio de 2002; - Machado de Assis, concedida pela Academia Brasileira de Letras. Julho de 2007; - Colar do Mérito de Contas, concedido pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Manaus/AM. Outubro de 2015.
-----	Gilmar Mendes
Universidade de origem	UNB
Local de nascimento	Diamantino - MT

Núcleo de atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Oficial de chancelaria; Procurador da República; Consultor da Secretaria Geral da Presidência da República; assessor técnico do Ministério da Justiça; Advogado-geral da União; professor da UNB.
Religião	Católico romano
Idade	64 anos
Profissão dos Pais	Pai-político; Mãe – informação não encontrada
Ramo de especialidade do Direito	Direito Constitucional; hermenêutica

Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se aproximadamente 40 distinções honrosas até 05/2008).

- Do Estado do Mato Grosso, com a admissão na Ordem do Mérito do Estado do Mato Grosso, no grau Comendador. 17 de janeiro de 1991.;
- Do Tribunal Superior do Trabalho, com a admissão na Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no grau de Comendador. 12 de agosto de 1991.;
- Do Presidente da República Federativa do Brasil, com a admissão na Ordem do Mérito Militar, no grau de Oficial. 31 de março de 1997.;
- Da Assembleia Legislativa de Belém/ PA, condecoração com a Medalha da Ordem do Mérito Legislativo. 2 de outubro de 1997;
- Concessão da medalha da Ordem do Mérito Santos Dumont. 20 de julho de 1998.;
- Do Presidente da República Federativa do Brasil, com a admissão na Ordem do Mérito Rio Branco, no grau de Grã-Cruz. 5 de maio de 2000;
- Do Governador do Distrito Federal com a admissão na Ordem do Mérito de Brasília, no grau de Grã-Cruz. 26 de abril de 2001;
- Da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, com a concessão da Medalha do Mérito Pedro Ernesto. 26 de novembro de 2001;
- Do Procurador-Geral da República Federativa do Brasil, com a concessão da Medalha do Mérito do Ministério Público. 15 de agosto de 2002;
- Da Academia Paulista de Letras Jurídicas, diploma de Acadêmico Perpétuo. 11 de agosto de 2003.;
- Do Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, diploma e escultura-símbolo do Tribunal, em reconhecimento aos relevantes serviços prestados ao sistema constitucional de Controle Público – Gramado, 21 de novembro de 2003;
- Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

	<p>Janeiro, com a concessão do Colar do Mérito Judiciário, em reconhecimento por relevantes serviços prestados à cultura jurídica e ao Poder Judiciário Fluminense. Rio de Janeiro/RJ, 08 de dezembro de 2006.</p> <p>- Do Governador do Estado de São Paulo, com a concessão do grau de Grã-Cruz da Ordem do Ipiranga/São Paulo/ SP, 08 de dezembro de 2006.</p>
--	---

-----	Ricardo Lewandowski
Universidade de origem	Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - FDSBC
Local de nascimento	Rio de Janeiro - RJ
Núcleo de atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Consultor da Empresa Metropolitana de Planejamento de São Paulo; juiz em SP indicado pelo 5º constitucional; desembargador no TJ-SP; professor da USP.
Religião	Católico romano
Idade	71 anos
Profissão dos Pais	Pai- industrial; Mãe – informação não encontrada
Ramo de especialidade do Direito	Direitos Humanos; Teoria Geral do Estado

<p>Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se aproximadamente 130 distinções honrosas até 01/2020).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Comenda Grã-Cruz do Mérito Judiciário “Evandro Lins e Silva” da Justiça de Primeiro Grau/ Seção Judiciária do Estado do Piauí, outorgada em 10 de dezembro de 2010; - Medalha do Mérito Eleitoral Frei Caneca, no grau Ouro, outorgada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por meio da Resolução 001, de 16 de fevereiro de 2011; - Comenda alusiva aos 400 anos de fundação da Câmara Municipal de Natal, Rio Grande do Norte, em 20 de dezembro de 201; - Ordem do Congresso Nacional, no grau Grã-Cruz, outorgada em 12.12.2012; - Ordem de Rio Branco, promoção ao grau de Grã-Cruz, em 17 de maio de 2013 - Troféu Raça Negra, criado em comemoração ao Dia Nacional da Consciência Negra, pela Sociedade Afro Brasileira de Desenvolvimento Sócio-Cultural/AFROBRÁS, recebido em 15 de novembro de 2010; - Medalha de Honra ao Mérito da Defensoria Pública do Estado da Bahia, em 15 de maio de 2014; - Comenda Professor Raymundo Cândido outorgada pela Ordem dos Advogados do Brasil –Seccional de Minas Gerais, em 06 de junho de 2014; - Título de Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro-RJ, em 20 de outubro de 2014; - Grande Colar da Inconfidência outorgada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, em 21 de abril de 2015, na cidade de Ouro Preto/MG; - Comenda da Ordem do Mérito da Defesa, no grau Grã-Cruz, outorgada pela Presidente da República, por meio de Decreto de 08 de junho de 2015; - Título de Cidadão Mato-Grossense, concedido pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato
--	--

	<p>Grosso, em 24 de julho de 2015;</p> <ul style="list-style-type: none">- Medalha do Mérito do Estado da Paraíba Governador Antonio Mariz, outorgada pelo Chefe do Executivo, em 14 de agosto de 2015;- Comenda da Ordem do Mérito do Poder Legislativo, outorgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Acre, em 14 de setembro de 2015;- Prêmio Direitos Humanos, na categoria Combate à Tortura, concedido pela Presidente da República, com fundamento no art. 84, XXI, da Constituição Federal, e no Decreto 95, de 12 de setembro de 1995, em 11 de dezembro de 2015;- Troféu Mérito da Advocacia Raymundo Faoro, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por ocasião da comemoração dos 85 da entidade, em 9 de novembro de 2015.
--	---

-----	Carmen Lúcia
Universidade de origem	PUC-MG
Local de nascimento	Montes Claros - MG
Núcleo de atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Advocacia em escritório particular; Procuradora do Estado (MG); Procuradora-Geral; professora da PUC-MG.
Religião	Católica romana
Idade	65 anos
Profissão dos Pais	Pai-empresário; Mãe – informação não encontrada
Ramo de especialidade do Direito	Direito Constitucional; Direito Administrativo

<p>Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se aproximadamente 40 distinções honrosas até 2009).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - “Prêmio Profissional do Ano”, concedido pela Associação de Mulheres da Carreira Jurídica (1988); - “Medalha de Honra da Inconfidência”, concedida pelo Governo do Estado de Minas Gerais (1997); - “Medalha de Mérito Legislativo”, concedida pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (2001); - Comenda Jurista Tobias Barreto, do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito – IBED (2003); - Condecoração no Grau de Grã-Cruz do Quadro Especial do Superior Tribunal Militar”, comemoração dos 199 anos do Tribunal (2007); - “Insígnia da Ordem no Grau de Grande Oficial”, concedida pelo Conselho da Ordem Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores (2007); - “Medalha de Mérito da Ordem do Mérito Naval”, concedida pelo Ministério da Aeronáutica (2007); - “Medalha da Academia Brasileira de Letras – 100 anos de Academia”, concedida pela Academia Brasileira de Letras (2007); - “Medalha de Mérito da Ordem do Exército – Grau de Grande Oficial”, concedida pelo Ministério do Exército (2008); - “Colar de Grã-Mestre da Ordem do Mérito Judiciário do Pará”, concedido pelo Tribunal de Justiça do Pará (2008); - “Medalha da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho Desembargador Ari Rocha, no grau Grã-Cruz”, concedida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2008); - “Colar do Mérito Judiciário Militar”, concedida pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (2008); - “Medalha dos 200 anos da Polícia Civil de Minas Gerais”, concedida pela Polícia Civil do
--	--

	<p>Estado de Minas Gerais (2008);</p> <p>- “Medalha do Mérito Eleitoral do Pará”, concedida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Pará (2009).</p>
--	--

-----	Dias Toffoli
Universidade de origem	USP
Local de nascimento	Marília - SP
Núcleo de atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Consultor da Central Única dos Trabalhadores (CUT); assessor parlamentar da Assembleia Legislativa de SP; assessor jurídico e advogado do Partido dos Trabalhadores (PT); subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República; advogado-geral da União; professor da UniCEUB (Centro Universitário de Brasília).
Religião	Católico romano
Idade	52 anos
Profissão dos Pais	Pai-empresário; Mãe – informação não encontrada
Ramo de especialidade do Direito	Direito Eleitoral; Sistema Judiciário

<p>Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se aproximadamente 55 distinções honrosas até 06/2019)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Do Instituto Rio Branco, com a Ordem do Rio Branco no grau de Grã-Cruz –maio de 2009; - Do Tribunal Superior Militar, com a condecoração de Grã-Cruz da Ordem do Mérito Judiciário Militar –10 de abril de 2018; - Do Instituto dos Magistrados do Brasil (IMB), com a Medalha do Mérito Cultural da Magistratura Brasileira comemorativa dos 38 anos do Instituto dos Magistrados do Brasil. 23 de novembro de 2017.; - Do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com a comenda da Ordem do Mérito Judiciário da Justiça do Trabalho da 15ª Região. 10 de março de 2017; - Do povo de Petrópolis, homenagem prestada por relevantes serviços prestados à Nação. 12 de dezembro de 2011 - Do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, com a Medalha de Mérito Eleitoral das Araucárias. 12 de dezembro de 2016; - Do Colégio de Presidentes dos TREs, com a Medalha do Mérito Eleitoral Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. 21 de novembro de 2014; - Da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil ADEPOL, com a Medalha Senador Delegado Romeu Tuma. 12 de dezembro de 2012; - Da Sociedade Afro-brasileira -AFROBRAS, com a Medalha do Mérito Cívico Afro-brasileiro, por ocasião da Cerimônia Comemorativa ao Dia Nacional da Abolição da Escravidão.13 de maio de 2011; - Da Harvard Law School Association of Brazil, com homenagem pelo empenho e contribuição para o fortalecimento dos laços entre o Poder Judiciário Brasileiro e os Estados Unidos da América.10 de dezembro de 2010; - Do Governo do Estado de Minas Gerais, com a Grande Medalha da Inconfidência. Abril de
--	--

	<p>2008;</p> <ul style="list-style-type: none">- Da Associação Nacional dos Procuradores Federais –ANPAF, com a Medalha Professor Santiago Dantas –novembro de 2003;- Do Tribunal Superior do Trabalho –TST, com a Medalha Mérito Judiciário do Trabalho, no grau de Comendador –11 de agosto de 2004.
--	---

-----	Luiz Fux
Universidade de origem	UERJ
Local de nascimento	Rio de Janeiro – antigo Distrito Federal
Algumas atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Advogado da Shell; assessor parlamentar da Assembleia Legislativa de SP; promotor de justiça do Rio de Janeiro; juiz eleitoral do Tribunal de Justiça Fluminense; ministro do STJ; professor da UERJ.
Religião	Judaísmo
Idade	66 anos
Profissão dos Pais	Pai - contador e advogado; Mãe – médica
Ramo de especialidade do Direito	Direito Processual

<p>Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se aproximadamente 60 distinções honrosas até 03/2019).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Colar do Mérito Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1998).; - Medalha Pedro Ernesto, outorgada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro (2001).; - Medalha Tiradentes, outorgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (2003).; - Medalha da Ordem do Mérito Judiciário Militar, outorgada pelo Superior Tribunal Militar (2003); - Medalha Albert Sabin, outorgada pelo Congraçamento Judaico-Brasileiro (2003).; - Título de Sócio Honorário da Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis, concedido pela própria Associação (2004).; - Ordem do Mérito Ministério Público Militar, outorgado pelo Ministério Público Militar (2004).; - Medalha do Mérito Cultural da Magistratura, outorgada pelo Instituto dos Magistrados do Brasil (2005).; - Medalha da Ordem do Mérito Militar, outorgada pelo Exército Brasileiro (2005).; - Troféu Raça Negra, pela Sociedade Afrobrasileira de Desenvolvimento Sociocultural – AFROBRÁS (2006).; - Medalha da Inconfidência, outorgada pelo Governo do Estado de Minas Gerais (2006).; - Medalha da Ordem do Mérito da Defesa, outorgada pelo Ministério da Defesa – Governo Federal (2008).; - Medalha do Mérito Farroupilha, outorgada pelo Estado do Rio Grande do Sul (2010); - Grande Oficial da Ordem de Rio Branco, pelo Ministério das Relações Exteriores – Brasília/DF (2012).; - Medalha do Pacificador, outorgada pelo Exército Brasileiro – Brasília/DF (2013).
---	---

-----	Rosa Weber
Universidade de origem	UFRGS
Local de nascimento	Porto Alegre - RS
Algumas atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Assistente da Secretaria da Administração do Estado do Rio Grande do Sul; auditora do Trabalho; juíza do Trabalho (TRT4); ministra do TST; professora da PUC-RS.
Religião	Não declarada
Idade	71 anos
Profissão dos Pais	Pai-médico; Mãe – pecuarista
Ramo de especialidade do Direito	Direito Trabalhista

<p>Algumas condecorações (no currículo oficial, subscrito pelo próprio ministro, contam-se aproximadamente 30 distinções honrosas até 06/2019).</p>	<ul style="list-style-type: none">- Agraciada pelo Conselho da Ordem do Mérito Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, em 11.8.1998, no grau de Comendador;- Agraciada com a Medalha da Ordem Catarinense do Mérito Judiciário do trabalho pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em 14.11.2003, em Florianópolis /SC;- Agraciada com o Troféu Mérito SATERGS, pela Sociedade dos Advogados Trabalhistas de Empresas do Rio Grande do Sul, em 30.6.2005, em Porto Alegre /RS;- Homenagem recebida pela Associação Leopoldina Juvenil na categoria Destaque Nacional, em 12.3.2008;- Homenagem recebida pela Secretaria de Assuntos da Mulher Magistrada da Associação dos Magistrados Brasileiros, em 14.11.2011;- Admitida pela Presidente da República Federativa do Brasil no Grau de Grande Oficial da ordem de Rio Branco, pelo Decreto de 18.4.2012;- Homenagem recebida pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho no XVII Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho, em abril/2012;- Homenagem recebida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasileiros, em janeiro/2013;- Agraciada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento –ENAMAT com medalha de honra ao mérito, em 04.3.2013;- Agraciada com a Ordem do Mérito da Defesa, grau Grande Oficial, pelo Ministério da Defesa, em 08.6.2015;- Agraciada com a medalha Myrthes Gomes de Campos, pela Seccional da OAB do Distrito Federal, em 09.3.2016;- Agraciada com a Ordem do Mérito do Tribunal Superior Eleitoral Assis Brasil, grau
---	--

	<p>Grã-Cruz, em 05.4.2016;</p> <p>- Agraciada com a Medalha da Ordem do Mérito Alferes Joaquim José da Silva Xavier, grau Grã-Cruz, pela Polícia Militar do Distrito Federal, 27.11.2018.</p>
--	---

-----	Luís Roberto Barroso
Universidade de origem	UERJ
Local de nascimento	Vassouras – RJ
Algumas atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Procurador do Estado do RJ; assessor jurídico da Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; sócio sênior do escritório “LUÍS ROBERTO BARROSO & ASSOCIADOS”; membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana do Ministério da Justiça; professor da UERJ.
Religião	Judaísmo
Idade	61 anos
Profissão dos Pais	Pai-promotor de justiça e advogado; Mãe – advogada
Ramo de especialidade do Direito	Direito Constitucional; Direitos Humanos; Hermenêutica

Algumas condecorações até 06/2019	<ul style="list-style-type: none">- Prêmio Jurídico Cândido de Oliveira Neto, Ordem dos Advogados do Brasil /RJ. 1980;- Prêmio Aliomar Baleeiro, Editora Forense. 1980;- Professor Emérito, Escola de Comando e Estado Maior do Exército. 1990;- Medalha do Mérito da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros. 2006;- Ordem do Mérito Advocatício, Ordem dos Advogados do Brasil - PA. 2008;- Prêmio APERGS, Escola Superior de Advocacia Pública - APERGS. 2009;- Medalha da Ordem do Mérito do Trabalho - Grau Comendador, Tribunal Superior do Trabalho. 2011;- Doutor Honoris Causa, UNIBRASIL Faculdades Integrada do Brasil. 2013;- Prêmio Jurídico-Literário, Universidade Federal de Viçosa. 2014;- Troféu Mérito da Advocacia Raymundo Faoro, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. 2015;- Grande Oficial da Ordem de Rio Branco, Ordem de Rio Branco. 2015;- Prêmio Direitos Humanos, Ministério dos Direitos Humanos. 2018;- Senior Fellow, Harvard Kennedy School. 2018.
-----------------------------------	--

-----	Edson Fachin
Universidade de origem	UFPR
Local de nascimento	Rondinha – RS
Algumas atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo	Sócio criador do escritório “Fachin Advogados Associados”; Procurador Jurídico do Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do PR; Procurador Geral do Inbra; Procurador do Estado do PR; professor da UFPR
Religião	Católico romano
Idade	61 anos
Profissão dos Pais	Pai - agricultor; Mãe – professora
Ramo de especialidade do Direito	Direito Civil

Algumas condecorações até 12/2019	<ul style="list-style-type: none">- Medalha Honra ao Mérito, ENAMAT, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. 2018;- Comenda do Mérito Judiciário do Estado do Paraná, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2015;- Homenagem em reconhecimento à luta pela promoção da Justiça e relevantes serviços às Instituições Democráticas, Ministério Público do Estado do Paraná.;- Comenda de Cavalheiro, Sociedade Civil Boca Maldita. 2015;- Moção de Louvor pela posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFPR. 2014;- Membro Honorário do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. 2014;- Comenda Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, grau Comendador, Tribunal Superior do Trabalho. 2012;- Medalha Comemorativa Comenda de Mérito "Des. Alceste Ribas de Macedo", Associação dos Magistrados do Paraná, AMAPAR. 2010;- (2007/2011) Vice-Presidente da Mesa da Assembleia do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. Eleito em Coimbra, 28 maio 2007. Rio de Janeiro, RJ., Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. 2007;- Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 14 out., Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002;- Associado Honorário do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-Graduação em Direito., Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-Graduação em Direito. 2000;- Membro fundador empossado na Cadeira nº. 13 da Academia Paranaense de letras jurídicas,
-----------------------------------	---

	<p>Academia Paranaense de Letras Jurídicas. 1998; - Sócio Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito-IBED. 1997.</p>
--	---

-----	Alexandre de Moraes
Universidade de origem	USP
Local de nascimento	São Paulo – SP
Algumas atividades profissionais prestadas antes do ingresso no cargo.	Promotor do Ministério Público de SP; Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo; Presidente da Febem/SP; secretário municipal de Transportes de São Paulo; secretário de Estado da Segurança Pública de São Paulo; Ministro de Estado da Justiça e Cidadania ;Sócio fundador do escritório “Alexandre de Moraes -Sociedade de Advogados”; professor da USP.
Religião	Católico romano
Idade	51 anos
Profissão dos Pais	Informação não encontrada
Ramo de especialidade do Direito	Direito Constitucional

<p>Algumas condecorações até 12/2019.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Medalha de Mérito, Corregedoria Geral da Polícia Militar. 2004; - Troféu Forças Vivas, Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará. 2004; - Diploma de Mérito pelo Valorização da Vida, Secretaria Nacional Antidrogas. 2004; - Colar do Mérito do Tribunal de Justiça Militar, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. 2006; - Colar de Mérito do Judiciário, Tribunal de Justiça de São Paulo. 2004; - Colar do Mérito Judiciário, Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo. 2006; - Colar do Mérito Judiciário, Tribunal Superior do Trabalho. 2006; - Colar do Mérito Judiciário, Superior Tribunal Militar. 2006; - Defensor do Estado Democrático de Direito - Edgard de Moura Bittencourt, Associação Paulista dos Magistrados – APAMAGI. 2009; - Medalha Comemorativa do Centenário do Corpo de Bombeiros, Polícia Militar do Estado de São Paulo, Corpo de Bombeiro. 2009; - Medalha Ministro Franciulli Netto, Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura - COPEDEM. 2009; - Grau de Comendador da Ordem, Conselho da Ordem do Rio Branco, Ministério das Relações Exteriores. 2010; - Conselheiro, FEBRABAN, Federação Brasileira de Bancos. 2012; - Cidadão Emérito de Santos, Câmara Municipal de Santos. 2017.
---	--

4.3 A atuação dos ministros como consequência do estamento burocrático

Também, como já mencionado no capítulo II, vale esclarecer que a postura expansiva dos ministros parece transcender elementos biográficos, como: classe, gênero, local de nascimento, universidade de origem, idade, religião etc. Embora possam apresentar aparentes divergências em alguns casos.

Pelo que se observa das biografias, não necessariamente os ministros provêm da elite econômica, tendo muitas vezes o histórico familiar mais ligado à Administração Pública, ou outras áreas de influência.

Com relação a um possível determinismo em função do gênero, a ministra Carmen Lúcia, por exemplo, é conhecida por ser mais conservadora nos costumes, sendo uma católica de linha mais tradicional. Em sessão no Supremo, no dia 10/08/2016, ela solicitou ser chamada de “presidente”, ao invés de “presidenta”. (desinência de gênero imposta mediante decreto pela ex-presidente Dilma Rousseff como forma de fortalecer as pautas feministas).

Os estados estão basicamente representados pela importância socioeconômica para federação, sendo 10 ministros provenientes de: SP, RJ, MG e RS.

A religião também não aparece como determinante no agir dos ministros, o pluralismo religioso e o princípio do estado laico são amplamente mencionados na Corte. E a esmagadora maioria se considera não praticante, exceção feita talvez à ministra Carmen Lúcia, mas que também não explicita publicamente tal fato.

Já no que diz respeito à diferença etária, constata-se que ela pouco excede 20 anos do ministro mais novo para o ministro mais velho, não ocasionando assim um embate crucial de gerações. Muitas vezes os mais novos tomam medidas mais conservadoras que os mais velhos – não há uma regra. Na decisão que ocasionou a criação do crime de homofobia (ADO 26 e MI 4.733), por exemplo, o mais velho da corte (Celso de Melo) votou a favor, enquanto o segundo mais novo (Toffoli) votou contra.

Com relação às universidades, praticamente todos são oriundos do sistema público. Embora fuja um tanto do objetivo do presente trabalho, seria interessante notar se existem tradições universitárias capazes de influir nas decisões dos ministros. Nota-se, por exemplo um forte impacto do neoconstitucionalismo na

UERJ. Todos os ministros têm ampla penetração nos meios universitários e no campo da produção científica do direito (publicação em livros, revistas, artigos, jornais, palestras, simpósios, colóquios etc), tendo considerável presença nesses setores. Não há dúvida que o poder inerente a tais cargos atrai para eles a órbita de interesse desses campos.

Em mais um movimento de expansão de suas imagens, o televisionamento pelo TV Justiça, a partir de 2002, das sessões do STF propiciou ainda uma maior exacerbação da exposição desses ministros (fenômeno bem analisado pelo ministro aposentado Joaquim Falcão ¹⁴⁶), que passaram a verdadeiras personalidades na mídia, nos shows televisivos, nas revistas de comportamentos etc.

Também é importante notar que os onze magistrados alavancaram sua carreira na administração pública, não existindo na atual Corte, membro algum que tenha se notabilizado exclusivamente por uma carreira na iniciativa privada.

Como já mencionado, o caráter estamental parece mais propício para compreender a lógica que anima o Supremo. Analisando a biografia dos ministros, impressiona também a quantidade exorbitante de condecorações e honrarias conferidas a cada um deles (retiramos propositalmente as de mérito acadêmico, que possuem um critério mais objetivo de aferição) – algo superior a muitos monarcas. Dentro de uma linha de tentativa de cooptação deste estamento, vê-se que a Administração Pública é, na maioria dos casos, a grande provedora dessas insígnias, talvez não por outro motivo seja a grande litigante no STF. Apesar de um pouco defasados, dois gráficos produzidos pela FGV/RJ demonstram a disparidade de ações no que diz respeito a servidores públicos e celetistas e a porcentagem de ações oriundas dos membros da federação:

¹⁴⁶ Lemos (2005) nota que essa estratégia é bem diferente daquela adotada pela Suprema Corte norte-americana, uma vez que esta busca manter um maior distanciamento da mídia. As sessões em que os justices deliberam não são abertas ao público, por exemplo. Mas esse distanciamento não é absoluto, pois, como a maior parte das questões com as quais lidam as supremas cortes são complexas e muito técnicas, o público depende em grande parte da mídia para compreender essas decisões, que traduz o jargão jurídico para a linguagem comum. Assim, o sucesso da comunicação das cortes com o público, passa primeiro pela relação destas com a mídia (Staton, 2010). Staton (2004) constata que, no ano de 2004, mais de 70% dos tribunais constitucionais na Europa e nas Américas produziam comunicados de imprensa em que anunciavam resoluções-chave jurisprudenciais - FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? IN: Lua Nova- Revista de Cultura e Política, nº88. São Paulo: 2013

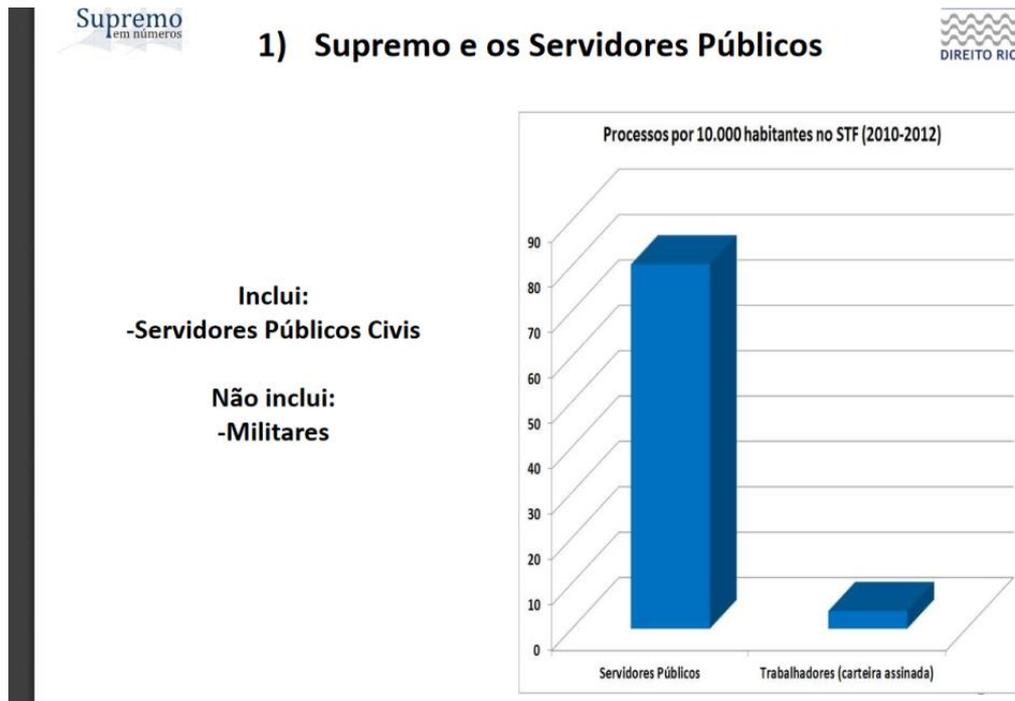


Tabela 7

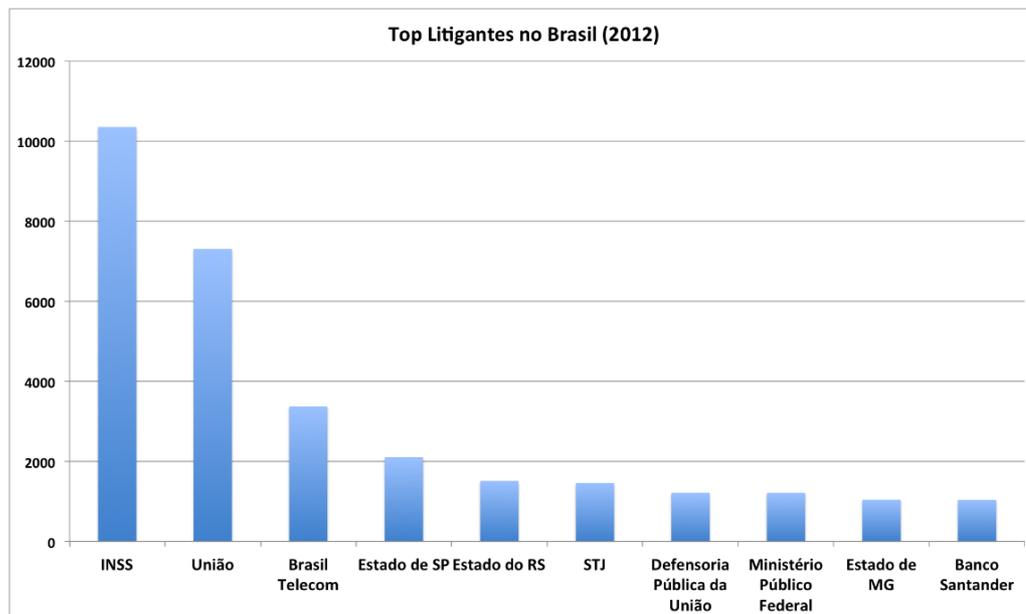


Tabela 8

Portanto, o poder público é, em primeiro lugar, o mais assíduo frequentador do STF, o que não surpreende se elites dirigentes da administração tentem cooptar a atenção dos ministros. Além das honorarias, há também o pagamento de palestras feitas aos ministros em instituições públicas, muitas vezes com preços bem elevados. Em 2018, O Tribunal de Contas de Rondônia (um dos

estados mais pobres do Brasil), por exemplo pagou ao ministro Luís Roberto Barroso R\$ 46,8 mil por uma hora de palestra.



Figura 2

Outro fator de tentativa de a Administração tentar influenciar os ministros é o fato de que o teto do servidor público é regulado pelo salário dos magistrados do STF, que são os mais elevados do serviço público, sendo vedado a qualquer funcionário o ultrapassar, por expresse mandamento constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do

Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos¹⁴⁷

Seguindo ainda a linha das “onze ilhas”, algo que vem sendo muito criticado, em especial por ofensa ao princípio da transparência, é a não divulgação do código-fonte do algoritmo responsável pelo sorteios do processo. Isso gera muita instabilidade social, sobretudo no tangente aos inúmeros habeas corpus de indivíduos já condenados em instâncias inferiores. Ademais levando-se em consideração que há um ministro que concede mais HCs do que dias de trabalho em um ano. Levantamento feito pelo jornal “O Estado de São Paulo”: Em 2019, 4.323 habeas corpus chegaram ao Supremo. Desse total, 807 foram concedidos de forma monocrática em parte ou em sua totalidade, tendo sido Gilmar Mendes responsável por 250 deles. Há evidentemente, em grande parte da população, a desconfiança de que a instituição seleciona arbitrariamente quem deve ficar preso e quem deve ficar solto.

Isso somado ainda a blindagens institucionais, como ao atual não julgamento de contas do STF pelo Tribunal de Contas da União, dão ao órgão uma aura de intocabilidade, um estamento impenetrável ao controle popular. Faoro descreveu com propriedade tal fenômeno quando estabeleceu que:

O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRASIL, Constituição da república federativa do Brasil 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 01 julho de 2020.

¹⁴⁸ FAORO, op. Cit. p. 828.

5 CONCLUSÃO

Com relação a este trabalho, evidentemente muitos caminhos poderiam ter sido trilhados, o campo de pesquisa de pesquisa hoje é bastante vasto, permeando diversos saberes. Nosso objetivo fundamental foi, através de uma perspectiva política e jurídica, apenas apresentar as condicionantes (ou o “espírito” na terminologia Weberiana ¹⁴⁹) que motivam o agir da atual Suprema Corte Brasileira, contrapondo às motivações estamentais àquelas de caráter democrático, federal e republicano.

O grande jurista português J. J Canotilho, notório influenciador na criação da Constituição Portuguesa e também da brasileira, figura amplamente presente na formação de intelectual de grande parte do universo jurídico brasileiro, sentenciou: “O Supremo do Brasil é o tribunal mais poderoso do mundo”. Nossa pesquisa nos levou à mesma conclusão do autor, visto que conforme analisamos ao longo de toda a exposição, não existe temática da vida civil e pública na qual o STF não exerça notória influência.

Tal fenômeno, contudo, leva a um sinal de alerta, pois independentemente da matriz política ou ideológica, em qualquer democracia minimamente desenvolvida nenhum órgão pode concentrar tamanhas atribuições e competências.

Fazendo um breve regresso histórico ao momento da proclamação da República, tínhamos um Executivo àquela altura como centro dos três poderes, centrado na ideologia positivista como motor para um Brasil próspero. Já o protagonismo do Judiciário foi ocorrendo gradualmente, podendo-se dizer que, somente após a Constituição de 1988, houve efetivamente a brusca transformação, imbuída de ideais neoconstitucionalistas, que no dizer do ministro Luis Roberto Barroso “devem empurrar a história na direção certa”. Não seria forçoso concluir, portanto, que o século XIX foi o período de protagonismo do Legislativo, o XX do Executivo, e o XXI está sendo do poder Judiciário.

Acreditamos, a partir de presente estudo, que a motivação para atuação dos supremos magistrados pode ser compreendida pelos seguintes fatores:

¹⁴⁹ WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo, p. 100.

- a) Herança estamental, na formação social e institucional brasileira;
- b) Inércia e mesmo estímulo dos poderes Executivo e Legislativo no que tange à questões delicadas, que poderiam causar “danos” para as carreiras de seus membros;
- c) Aumento dos poderes institucionais do Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988;
- d) Adoção de ideias propícias ao ativismo judicial, como a de Constituição Dirigente, os métodos de interpretação “princípiosológicos”, o ativismo judicial etc;
- e) Mudança na lógica discursiva do Direito, que propiciou o aumento de força do tribunal para além da lei;
- f) Personalidades que se enxergam como uma elite dirigente que deve guiar o Brasil;
- g) Constitucionalização de praticamente todos os temas do direito;
- h) Ausência de controle efetivo da suas atividades.

Na literatura consultada e na pesquisa realizada para a presente dissertação, não conseguimos constatar como certas características (embora importantes como método de análise), tais quais: idade, raça, sexo, local de nascimento, partido político do presidente pelo qual foi indicado; pudessem ter exercido influência significativa nas condutas e decisões dos membros do STF. A existência de uma dimensão estamental na Corte nos pareceu um caminho proveitoso de investigação e de explicação de “ethos”.

Também, constatamos que os ministros criaram, individualmente, suas próprias teias de relações de poder, associando seus interesses estamentais¹⁵⁰ com o interesse público e construindo um órgão e decisões à sua maneira. Nessa posição, os ministros passaram a ser agentes estratégicos de uma seletiva pauta de interesses, dado à infinidade de processos presentes na corte - um contencioso inabarcável para 11 seres humanos.

Infelizmente, dentro de uma lógica estamental, tal realidade levou à associação da atividade dos ministros a grandes pautas políticas e econômicas que conseguem judicializar constantemente causas que necessitam de vultosas doses de interesse político e de recursos financeiros para chegar até à corte, o que,

¹⁵⁰ Como se pôde constatar pelas inúmeras homenagens e prêmios oferecidos a cada ministro no capítulo precedente, não à toa o poder público é desproporcionalmente o mais assíduo frequentador da Corte.

necessariamente, alija imensa parcela da população dos processos decisórios da corte. Assim, ao invés de caminhar-se para um cada vez mais amplo acesso à justiça, parece permanecer viva a expressão do grande poeta romano Ovídio: *Cura Pauperibus Clausula Est* (O Tribunal está fechado para os pobres).

Fazendo parte dessa arquitetura processual, deve ser ressaltado, que, como sabido, o projeto de aprovação de uma lei é muito mais complexo e difícil de influenciar do que a prolação de uma mera decisão monocrática de um ministro. Como muitos atores já perceberam essa possibilidade no jogo político, o mesmo é um “recurso” frequentemente mobilizado para compensar as dificuldades de aprovação de certas pautas no Poder Legislativo.

Percebemos que grande parte dos pesquisadores concorda que o STF hoje é o grande poder da República. Como já mencionamos, não se tentou aqui discutir a importância, ou o conteúdo de uma série de questões por ele decididas, nem mesmo a questão político-ideológica que permeia suas decisões em temas sensíveis. O que procuramos questionar e problematizar é que, dentro de um Estado Democrático de Direito, tão extenso poder não pode estar restrito a um órgão com tamanha concentração de atribuições e capilaridades em toda vida pública brasileira. E como bem observou Pierre Birnbaum: em uma sociedade civil forte, o papel dos advogados é fundamental; em uma sociedade fraca, o juiz acaba sendo o grande protagonista.¹⁵¹

A complexidade do processo político brasileiro não permite soluções ditatoriais (executivas ou judiciais). No fundo, a proeminência de um tribunal plenipotenciário demonstra-se como uma usurpação do princípio democrático, pois bloqueia a soberania popular pelo controle quase absoluto dos atos públicos e privados.

Também constatamos como paralelamente o princípio federalista também vem sendo esmaecido com a concentração crescente do poder decisório – já que as instâncias estaduais e municipais sofrem a pressão das decisões vinculativas – muitas vezes, ficando incapacitadas de se adaptarem ao caso concreto, com suas determinadas especificidades regionais e culturais.

¹⁵¹ Sous la direction de GRAWITZ, Madeleine et LECA, Jean. TRAITÉ DE SCIENCE POLITIQUE. Tome 4: Les politiques publiques. Paris: Les Presses universitaires de France, 1re édition, 1985, 558 pp.

Assim ainda ocorre com o princípio republicano, que tem como fundamento a separação e o controle recíproco dos poderes, visto que as atribuições legislativas e executivas são sufocadas por um super judiciário. Mais recentemente, até o Ministério Público vem “atraindo” competências, realizando investigações e tomando diligências policiais por sua própria vontade, perpetradas sem provocação pelo presidente da Corte.

Deduzimos que tamanhas mudanças não seriam possíveis sem uma ampla virada no campo jurídico, através de uma ampla modificação do problema hermenêutico, do papel do Judiciário, da legislação, da assunção da teoria dos princípios, da ideia da Constituição dirigente, da sociedade aberta e de intérpretes¹⁵². Vimos que se as Constituições anteriores excluíram, em absoluto, a apreciação judicial do ato político por expressa determinação, esse não foi o caminho escolhido pelo atual constituinte, quando estabeleceu o princípio de inafastabilidade de qualquer lesão ou ameaça de direito do Judiciário.

Pôde-se inferir, contudo, que tais ideais contemporâneos de novo papel do juiz e do direito, embora com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais a toda a sociedade, entraram em conflito com nossas práticas culturais judiciárias, centradas em um espírito estamental e burocrático que creio traduzir parte significativa das atitudes dos membros do Supremo Tribunal Federal, contribuindo para o problema do ativismo judiciário e conseqüentemente de uma hierarquização do Judiciário brasileiro.

Como se pôde perceber, todavia, o STF nem sempre foi assim. A manifestação de um espírito estamental ficou mais visível a partir da Constituição de 1988, não obstante já termos destacado, que as influências intelectuais que animavam a corte já se mostravam presentes um pouco antes (movimento que começa timidamente no pós-guerra) .

O Supremo Tribunal Federal é um órgão fundamental em um sistema democrático e republicano e que, em uma ótica de soberania popular, como previu o constituinte em seu artigo 1º, deve estar em harmonia com a sociedade e com os poderes instituídos. Aliás, como já salientado, a diferença de muitas nações com algum grau de desenvolvimento social, segundo Acemoglu e Robinson, passa pelo problema da representação da sociedade, segundo a divisão dos poderes.

Deveria o desenvolvimento do STF caminhar harmonicamente com o desenho institucional brasileiro, tal como escolhido pela Constituição. Porém, ela análise das atuais práticas do Supremo essa harmonia parece perverter-se por razões múltiplas, razões pelas quais a sociedade civil (imprensa, associações, representações profissionais, organizações sociais etc) deve estar sempre atenta, buscando aprimorar sua crítica para o aperfeiçoamento da Corte. Se é a soberania popular que move a democracia, observa-se no Brasil, que o poder tende sempre a se concentrar gradativamente sem o seu necessário controle, não obstante as mudanças de paradigmas institucionais.

O controle de constitucionalidade, tarefa a princípio inerente a uma suprema corte, é fundamental para a segurança de um governo regularmente eleito, de suas medidas institucionais, da segurança de seus atos e, sobretudo, para o bem-estar do país. O descompasso dessa importante função com as diretrizes do estado democrático de direito gera uma série de entraves, que aumentam a instabilidade da vida pública brasileira.

Entendemos que essa discussão é de extrema importância não só para a comunidade acadêmica, mas também para toda sociedade, pois possibilita uma maior participação no controle das instituições, bem como seu aprimoramento que, em última análise, contribuiria para a própria harmonia social (como o constituinte assim definiu no preâmbulo do texto constitucional).

E não há possibilidade de existir harmonia sem participação, como bem ressaltou Aristóteles¹⁵³, quando observou que para ser cidadão tornava-se necessário “participar dos tribunais e das magistraturas” e “quem for incapaz de fazer parte de uma comunidade, quem não precisa de nada, bastando-se a si mesmo, é uma besta ou um deus, não uma parte da cidade.”

Esperamos que nossa singela contribuição auxilie, juntamente com uma extensa gama de publicações já realizadas, a esclarecer a atual relação da Suprema Corte com a nossa sociedade.

¹⁵³ Cf ARISTÓTELES. Política. Trad. por Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

6

Referências bibliográficas

- ABBOLD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. *Revista de Processo* (vol. 233), 2014.
- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier 2012.
- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Revista Universitas Jus*, (v. 25, n.1), 2014.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, introdução e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 1997.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. por Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. (In) *Hermenêutica Jurídica*. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Petrópolis: Editora Vozes / Câmara dos deputados, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 7ª edição. Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização da Política, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n.º. 96, pp. 3-41, 2010.
- BASTOS, Tavares. *A Província: Um estudo sobre a descentralização no Brasil*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1937.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Barueri: São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, N., MATEUCCI, N. & PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BOTTOMORE, Thomas Burton. *As Elites e a Sociedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.
- BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02-1/DF*. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Relator Ministro Paulo Brossard. Julgamento em: 06 fev, 1992. Publicação no DJ: 21 nov. 1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 11/11/2019.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 30 de julho de 2019.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 de junho de 2019
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 16 de junho de 2019.
- BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 16 de junho de 2019.
- BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm. Acesso em 10 de agosto de 2019.
- CALMON, Pedro. História do Brasil., 7 vol., Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio, 1959.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO, José Murilo de. A formação das almas: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CARVALHO, José Murilo de. Forças Armadas e política no Brasil. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- CARVALHO, José Murilo de. Os Bestializados. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- CARVALHO, Maria Alice Rezende de; VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Quem somos – A magistratura que queremos. AMB- Associação dos Magistrados Brasileiros: Rio de Janeiro, 2018
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. v.1. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1993.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Trad. Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- DUVERGER, Maurice. Os Regimes Políticos. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.
- DWORKIN, Ronald. M. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. M. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMAN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. Supremo em números – III Relatório Supremo em Números O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.
- FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? IN: Lua Nova- Revista de Cultura e Política, nº88. São Paulo: 2013

- FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Editora Globo, 2008.
- FAUSTO, Boris (org.). História do Brasil. São Paulo: Edusp, 1996.
- FAUSTO, Boris (org.). História Geral da Civilização Brasileira – O Brasil Republicano: estrutura de poder e economia. São Paulo: DIFEL/Difusão Editorial S. A., 1977.
- FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo; PILA, Raul. Presidencialismo ou Parlamentarismo? Brasília: Senado Federal - Conselho Editorial, 1999.
- FREYRE, Gilberto. Ordem & progresso. Rio de Janeiro: Record, 1990.
- GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GOFFMAN, E. A representação do eu na vida cotidiana. Petrópolis: Vozes, 1983.
- GRAWITZ, Madeleine et LECA, Jean. TRAITÉ DE SCIENCE POLITIQUE. Tome 4: Les politiques publiques. Paris: Les Presses universitaires de France, 1re édition, 1985,
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (v. 1).
- GUIMARÃES, Mário. O juiz e a função jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. American State Papers, The Federalist. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952.
- HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2007.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. Companhia das Letras, Edição comemorativa 70 anos. 2006.
- HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (Coord.). O Supremo por seus assessores. São Paulo: Almedina, 2014.
- IHERING, Rudolph von. El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, Estudio Preliminar sobre «Ihering, ensayo de explicación», de Monereo Pérez, José Luis. Editorial Comares, Granada, 1998.
- JALORETTO, Maria Fernanda; Mueller, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica IN: EALR, Brasília, V. 2, nº 1, p. 170-187, Jan-Jun, 2011.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.
- KOERNER, Andrei. O poder judiciário no sistema político da primeira república. Revista USP, (21), 1994.
- LAGO, Laurenio. Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos. 1828-2001. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo, Alfa - Omega, 1975.
- LESSA, Pedro. Reforma Constitucional. Rio de Janeiro: Brasileira Luz, 1925.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os artigos federalistas. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1993

- MALBERG, Carré de. Teoría general del Estado. Ed: Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2013.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. Constitutional Courts and Deliberative Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MICELI, Sergio. Carne e osso da elite política brasileira pós-1930. In: FAUSTO, Boris (direção). História Geral da Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, tomo III, volume 3.
- MILLS, Charles Wright. Elites do poder. 3ª ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1975.
- MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 23ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MORA, José Ferrater. Diccionario de filosofía, 4 vol., Madrid: Alianza, 1984
- NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. 2 vol. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.
- PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. 2007. 258p. Tese (doutorado) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. Tratado da argumentação – A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PINTO, Hélio Pinheiro. Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Rio de Janeiro: Fórum, 2018.
- PIVA, Luiz Guilherme. Ladrilheiros e semeadores: a modernização brasileira no pensamento político de Oliveira Vianna, Sérgio Buarque de Hollanda, Azevedo Amaral e Nestor Duarte (1920-1940). São Paulo: EDUSP, 2000.
- RAPOSO, Eduardo. Banco Central do Brasil – uma interpretação do Brasil contemporâneo. São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec editora, 2011.
- RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze – o STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: Rio de Janeiro: 2019.
- RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965. v. 1.
- SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV. 2006.
- SADEK, Maria Tereza. Os juízes e a Reforma do Judiciário. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 2001.
- SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma in OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, Vol. X, nº 1, Maio, 2004.
- SANTOS, Marcelo Paiva dos. A história não contada do Supremo Tribunal Federal. Revisão de Rubens Hess Marins de Souza. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009.
- SCHWARTZMAN, Simon. As bases do autoritarismo brasileiro. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

- SECRETARIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 150 ANOS. Brasília, 1976.
- SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda. CAMINHOS PARA A CORTE: Estado e sociedade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 2015. Tese de Doutorado. PUC-Rio.
- SILLS, David L. [Ed.]. International Encyclopedia of the Social Sciences. New York: Macmillian-Free Press, 1968.
- SOUSA, Octávio Tarquínio de. História dos fundadores do império do Brasil, vol.1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1972.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4 a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TEIXEIRA, José Elaerles Marques Teixeira. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2005.
- TOOBIN, Jeffrey. The Nine – inside the secret world of the Supreme Court. 325. Doubleday: New York, 2007.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal no Império e na República. In: Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. Coleção Temas Brasileiros. Brasília: Editora UnB, 1982.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro, Revan/ Iuperj, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck. “Americanistas e Iberistas: a polêmica de Oliveira Vianna com Tavares Bastos”. In: A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck. Não há limites para a patológica judicialização da política in Revista Consultor Jurídico – edição online. Publicado em 03 de janeiro de 2016. <https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>. Acesso em 15/10/2019.
- VIANNA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. Brasília: Senado Federal, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese de Doutorado. USP.
- WEBER, Max. Economia y Sociedad. Esbozo de sociologia comprensiva. México: Fondo de cultura económica, 1984.
- WEBER, Max. Ensaio de Sociologia. Rio de Janeiro, LTC Editora, 1982.
- WEBER, Max. Metodologia das Ciências Sociais. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 1992.
- WEBER, Max. O Direito na Economia e na Sociedade. São Paulo: Ícone, 2011
- WILLIAMS JR, Robin Murphy. A sociedade americana (uma interpretação sociológica). Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.