
PROCESSO DECISÓRIO NO STF

AUTOR: DIEGO WERNECK ARGUELHES

Sumário

Processo Decisório no STF

| | |
|--|----|
| I. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CURSO | 3 |
| II. REGRAS E OBSERVAÇÕES GERAIS PARA O CURSO | 8 |
| III. PROGRAMA E LEITURAS | 10 |
| AULA 1. APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA DO CURSO: COMO EXPLICAR DECISÕES DO STF? | 10 |
| AULA 2: DESENHO INSTITUCIONAL E PROCESSO DECISÓRIO — PROBLEMAS FUNDAMENTAIS | 12 |
| AULA 3: RISCOS E LIMITES DA “DELIBERAÇÃO” | 14 |
| AULAS 4, 5 E 6: O STF É UM TRIBUNAL DELIBERATIVO? | 15 |
| AULAS 7 E 8: PUBLICIDADE OU SEGREDO? | 42 |
| AULAS 9 E 10: DESENHO INSTITUCIONAL E PODER JUDICIAL | 50 |
| AULAS 11 E 12: MODELOS EXPLICATIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL: UMA INTRODUÇÃO | 51 |



I. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CURSO

Este curso completa o ciclo de matérias obrigatórias de Direito Constitucional. Desde o curso de “Teoria do Direito Constitucional”, no primeiro semestre, até “Direito Constitucional Econômico”, houve um enfoque crescente no papel e nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Seja na proteção aos direitos fundamentais, seja na concretização de ideais constitucionais como “independência e harmonia entre os poderes” ou os princípios da ordem econômica, ou até mesmo para entender o grau de (i)mutabilidade do texto constitucional brasileiro, estudar o direito constitucional vigente no Brasil implica, cada vez mais, analisar as decisões concretas que o STF tomou sobre esses temas ao longo das últimas duas décadas. Nesse sentido, o curso de “Processo Decisório no STF” é um próximo passo em relação aos cursos anteriores. Muitas de nossas discussões partirão de decisões importantes do STF, sobre temas variados de direitos fundamentais, separação de poderes, democracia e outros aspectos da nossa estrutura constitucional.

Contudo, nosso enfoque e metodologia de análise serão bastante distintos dos cursos de constitucional até aqui. Isso porque, nas nossas leituras e discussões, a substância do direito constitucional em si não terá papel de destaque. Nosso objeto de estudo primário será o *processo* pelo qual o Supremo Tribunal Federal chega a essas decisões que, uma vez tomadas, moldam o direito constitucional brasileiro. Para os nossos fins, portanto, mais importante do que os Ministros do STF decidiram é investigar *como* a decisão foi tomada. Esse “como”, porém, não se limita aos argumentos jurídicos que os Ministros apresentam, em seus votos e decisões, para justificar o resultado que consideram exigido pela Constituição.

Em nosso curso, vamos abrir possibilidades de análise que vão muito além das controvérsias especificamente jurídicas no campo do direito constitucional. Neste ponto de sua formação na FGV Direito Rio, você já está familiarizado com a ideia de que a tomada de decisão no campo do direito, em especial do direito constitucional, envolve conflitos de argumentos e interpretações. Juízes, advogados e outros profissionais e cidadãos vão invariavelmente se dividir quanto à melhor maneira de interpretar e aplicar certos dispositivos. Mas é bastante comum que, quando confrontados com o fato de que essas divergências são inevitáveis, juristas tentem explicá-las apenas como resultado da multiplicidade de bons argumentos sobre um determinado tema. Ou seja, mesmo quando se reconhece que há muitos argumentos possíveis e, com isso, várias decisões razoáveis diante de um mesmo problema constitucional, com frequência os profissionais do direito tentam explicar esse cenário recorrendo unicamente a variáveis *jurídicas*: os Ministros divergem porque foram persuadidos por argumentos técnicos distintos. Em nossas

discussões, vamos ampliar bastante esse horizonte de análise, investigando o quanto variáveis *extra-jurídicas* podem ajudar a explicar o comportamento dos Ministros do STF.

Reconhecer que decisões judiciais são tomadas por fatores que não se resumem a argumentos técnicos não é, em si, nenhuma novidade. Em qualquer país do mundo, em qualquer sistema, em qualquer época, a decisão judicial apresenta um traço desconfortável: ela pode ser justificada com argumentos jurídicos “técnicos” mesmo quando, no fundo, essa decisão pode ser motivada por convicções pessoais “não-técnicas” do juiz, que podem inclusive nem aparecer no voto escrito ou na sentença.¹ Além das regras jurídicas, procure imaginar que outras considerações (morais, econômicas, políticas), por exemplo, podem influenciar o convencimento dos Ministros do STF em casos como o da correção das cadernetas de poupança diante dos planos econômicos, ou do financiamento de campanha por parte de pessoas jurídicas.

Reconhecer isso não é fazer nenhum tipo de acusação aos juízes; não há nenhuma equivalência necessária entre “extra-jurídico”, nesse sentido, e “anti-jurídico”. Trata-se simplesmente de reconhecer que os argumentos oficiais dos votos, geralmente técnicos, contam parte da história. Os votos e seus argumentos técnicos são uma importante prestação de contas do juiz para a sociedade, além de oferecem parâmetros ou critérios para o raciocínio jurídico de futuro juízes, promotores, advogados. Mas há inúmeros estudos, em diversos países, tentando mapear as maneiras pelas quais variáveis como gênero, crenças morais e políticas e experiência profissional prévia podem ajudar a explicar diferentes comportamentos (justificativas e decisões) de Ministros de um mesmo tribunal, olhando para o mesmo problema e os mesmos artigos de lei. Por exemplo, um Ministro que fez carreira na advocacia provavelmente enxergará os limites do direito constitucional à “ampla defesa” de maneira distinta daquele que fez carreira no Ministério Público. E, onde a Constituição se refere à “democracia”, um Ministro que ocupou cargos no Poder Legislativo provavelmente verá possibilidades diferentes em relação àquele que foi juiz de carreira antes de entrar no STF.²

Nenhum desses fatores isolados determina o comportamento do Ministro, em especial nos chamados “casos difíceis”, quando o próprio direito parece não fornecer respostas boas ou claras para o problema. O efeito dessas variáveis, porém, não pode ser negado de antemão. Quem indica um Ministro para o STF — bem como quem aprova a indicação — não está colocando ali uma máquina de julgar. Indica-se uma pessoa com uma vida profissional prévia, com crenças morais e políticas e outras circunstâncias que, em parte, moldarão o olhar que aquele Ministro ou Ministra terá sobre o direito. Quanto mais aberta a cláusula a ser interpretada — “igualdade”, “liberdade”, “dignidade” e “devido processo legal” são exemplos frequentes — maior a

¹ Há vasta literatura sobre essa divergência (justificativa oficial da decisão versus explicação dos fatores que de fato levaram, do ponto de vista do juiz, àquela decisão específica). Nos EUA, o movimento do “Realismo Jurídico”, bastante forte na primeira metade do século XX, reuniu diversos profissionais e pesquisadores engajados em encontrar os fatores que realmente explicavam o comportamento dos juízes para além dos argumentos oficiais os votos e sentenças. Para duas visões abrangentes e divergentes sobre o movimento, seus principais argumentos e seu legado, cf. Brian Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a naturalized jurisprudence”, *Texas Law Review*, v.76, n.2, 1997; Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Cf. também Frederick Schauer, “The Challenge of Legal Realism”, capítulo VI do livro *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

² Em casos decisivos de separação de poderes, por exemplo, o Ministro Paulo Brossard, que integrou o tribunal após importante carreira política, geralmente se manifestava em favor da preservação das competências e do papel da legislatura, mesmo quando isso implicasse limitação do poder do STF. Para citar apenas o mais famoso dos inúmeros exemplos, recomendamos a leitura dos votos do Ministro Brossard no MS 21.289-DF, referente ao processo de *impeachment*, pelo Senado Federal, do presidente Fernando Collor de Mello.



chance de o Ministro encontrar, refletidas no direito, as suas próprias convicções morais e políticas.

Esse fenômeno não é exclusividade de casos particularmente importantes, difíceis ou controvertidos. Mas, tanto nos casos mais fáceis quanto nos mais controvertidos, a dificuldade para o pesquisador está em saber exatamente *quais* são esses fatores extra-jurídicos potencialmente relevantes e *como* (e em que condições) eles podem afetar o resultado, do ponto de vista de diferentes juízes, em diferentes instituições e culturas jurídicas. Ou, de outro lado, mesmo considerando que as regras jurídicas são, sim, parte importante da história, sempre cabe perguntar *como* elas são importantes. E a resposta a essa pergunta podem variar de acordo com a área do direito, com o tipo de caso, com o desenho institucional e com o momento em que o caso é decidido.

Evidentemente, há grande debate sobre como responder a essas questões. Embora algumas das leituras selecionadas para o curso apresentem algumas respostas *possíveis*, as mensagens mais importantes neste semestre terão a forma de dúvidas, problemas e perguntas, não de respostas. A ideia é que, ao fim do curso, o olhar de vocês sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal (e, com isso, do judiciário em geral) ganhe novos recursos, novos níveis de complexidade — e, com isso, novos e potencialmente difíceis conjuntos de perguntas, problemas e questões. Nesse sentido, uma primeira questão que nos acompanhará durante o curso diz respeito a pensarmos nos Ministros do STF (e nos juízes em geral) também como atores *políticos*. Na comunidade acadêmica do direito, há grande resistência esse tipo de visão; em última instância, é comum que se escreva sobre os Ministros do STF como se sequer fosse *atores*, mas simplesmente mensageiros de comandos constitucionais. Em contraste a essa visão, abordaremos o comportamento dos Ministros do STF de maneira comparável a como cientistas sociais e analistas políticos abordam o comportamento de outras instituições políticas, como o Congresso ou a Presidência da República. Não se trata de dizer que os Ministros do STF se comportam da mesma forma que os membros dessas outras instituições. Mas estaremos abertos, em princípio, para testar ferramentas de análise comuns para entender o comportamento desses diferentes atores.

Estamos acostumados a perguntar, por exemplo, de que forma o desenho institucional dos poderes da Presidência ou do processo decisório interno das casas do Congresso cria incentivos ou limites para que os ocupantes desses cargos ajam estrategicamente em sentido amplo — negociando, fazendo concessões e aceitando posições que não lhes parecem as melhores; mandando mensagens distintas para públicos diferentes; formando coalizões que variam de acordo com o tema e também com relações pessoais, dentro da instituição em que operam; analisando o melhor momento para utilizar este ou



aquele poder, ou ainda para permanecerem inertes. Não deveríamos excluir de antemão, de nossa análise sobre comportamento judicial, essas mesmas ferramentas e possibilidades em nosso olhar sobre o STF. Os Ministros do STF (como os juízes em geral) são seres humanos. Quando estão na posição de exercer poder e precisam decidir, é possível que, além de levar em conta suas convicções sinceras sobre a questão, também levem em conta os limites e possibilidades do cenário político e institucional em que se encontram. É preciso no mínimo reconhecer que esse tipo de comportamento também é *possível* no âmbito do judiciário.

Nessa perspectiva, uma segunda mensagem importante do curso é que o resultado das decisões do STF, que moldam o direito constitucional brasileiro, pode ser profundamente contingente em vários casos. Como veremos ao longo das aulas, há diversas variáveis completamente externas ao mérito jurídico de uma questão constitucional que podem afetar, de forma bastante radical, o que resultado a que os Ministros do STF chegarão. Por exemplo, discutiremos como diferentes *composições* do STF chegaram a posições diferentes sobre questões muito semelhantes; como o *momento* em que certas decisões foram tomadas pode ter afetado e até determinar seu resultado; como a *ordem de votação*, dentro do plenário do STF, pode fazer com que certos argumentos e questões apareçam mais do que outros; como a *audiência* ou o grau de *exposição pública* a que os Ministros se sentem sujeitos pode ajudar a explicar posições diferentes dentro do próprio tribunal; como manifestações dos *outros poderes* podem influenciar o comportamento dentro do STF em alguns casos.

Essas variáveis não serão sempre influentes, muito menos decisivas por si sós. E, mesmo que sejam influentes, é possível que não afetem de maneira uniforme diferentes juízes e composições do STF ao longo do tempo. Mas estaremos o tempo inteiro investigando a possibilidade de que uma dada decisão poderia ter sido diferente se os fatores acima, dentre outros possíveis, fossem diferentes. Nesse tipo de discussão, recorreremos também a estudos *normativos* sobre o desenho institucional do processo decisório no STF. Quais os objetivos que desejamos promover? Qual o processo decisório ideal para um tribunal constitucional em uma democracia como a brasileira? Que tipo de comportamento dos Ministros nós deveríamos promover, e que tipo de comportamento deve ser combatido?

O curso tem objetivo formativo e instrumental. Ele foi pensado para incentivar nos alunos a capacidade de fazer certas perguntas sobre o processo decisório do STF e enfrenta-las de forma minimamente sistemática. A partir das ferramentas e discussões do curso, você pode começar a encarar de que maneira o resultado de certas decisões poderia ter sido *diferente* se o cenário interno e externo no qual foram tomadas — a combinação de *timing*, opinião pública, relação com os outros poderes e dinâmica decisória interna do órgão



colegiado, para citar apenas alguns exemplos — fosse diferente, incidindo de forma distinta sobre o mérito especificamente jurídico da questão. Esse tipo de olhar e de habilidade analítica é útil não apenas para o profissional do direito especificamente interessado no direito constitucional ou no Supremo Tribunal Federal, mas também para análises mais amplas, em outras instituições, sobre como a organização do processo decisório pode gerar decisões muito diferentes, independentemente do mérito da questão sendo decidida.



II. REGRAS E OBSERVAÇÕES GERAIS PARA O CURSO

As aulas combinarão breves exposições do professor com discussões sobre casos, textos, decisões judiciais e/ou materiais audiovisuais. A preparação prévia por parte dos alunos será fundamental para as discussões em sala de aula. Salvo disposição expressa, as leituras indicadas são obrigatórias. Nem todas as “leituras” consistem em textos acadêmicos; algumas são notícias de jornal, outras são artigos de jornal, e algumas “leituras” serão vídeos de sessões do STF.

Haverá alguns textos em inglês. Como serão disponibilizados logo na primeira semana de aula, vocês terão tempo para realizar a leitura com calma e procurar o professor para tirar eventuais dúvidas. É natural e esperado que vocês tenham dúvidas na realização das leituras, especialmente quando os textos forem em inglês.

Como material geral para o curso, recomenda-se a leitura dos três **Relatórios do Projeto Supremo em Números**, disponíveis no site: www.supremoenumeros.com.br. Faremos referência a partes dos relatórios em várias das aulas, mas a leitura integral desses textos é altamente recomendada. Esses documentos contêm dados quantitativos abrangentes e atualizados sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Conhecer esses dados (inclusive para criticá-los) é indispensável para quem deseja se aprofundar no estudo da nossa corte suprema.

Em vários momentos do curso, durante as discussões e na realização da leitura prévia, vocês entrarão em contato com dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que pode ser encontrado no site do tribunal. Não é necessário memorizar nenhum desses dispositivos. Quando necessária, a consulta aos trechos relevantes do Regimento será sempre permitida em todas as nossas atividades, e o conhecimento de artigos específicos não será cobrado em qualquer tipo de avaliação. Além disso, em sala de aula, o professor enfatizará os dispositivos mais relevantes para os debates do curso. Mesmo assim, ao final do curso, vocês possuirão uma familiaridade mínima e geral com os dispositivos mais centrais para a estruturação do processo decisório do tribunal (por exemplo, a ordem de votação, os poderes do Relator e do Presidente do Tribunal, regras de desempate).

AValiação

A Nota Final será composta pela média entre duas notas:

- Nota 1 (10,0): Prova individual, em sala de aula, realizada na semana de provas da P1.



- Nota 2 (10,0): Trabalho individual, de 1400 a 2000 palavras (cerca de 4-6 páginas), a ser entregue na semana da P2, em data a ser acertada. Para o trabalho, o(a) aluno(a) deve:
 - (i) encontrar pelo menos *duas notícias de jornal* sobre o STF, publicadas a qualquer momento de janeiro de 2014 para cá, que possibilitem discussões sobre processo decisório no STF; e
 - (ii) explicitar e analisar essas questões, no contexto da matéria jornalística, por meio da *aplicação de conceitos e ferramentas apresentadas em ao menos duas aulas do curso*.

Ao realizar os trabalhos e provas, lembre-se dos objetivos do curso. A ideia é que você consiga explicar aspectos do funcionamento cotidiano do STF por meio de uma análise focada no seu processo decisório, utilizando informações disponíveis publicamente (p.ex., na cobertura jornalística, ou nas sessões transmitidas pela TV Justiça).



III. PROGRAMA E LEITURAS

[Este material didático prevê as leituras e discussões das primeiras **12 aulas**. As aulas restantes serão reservadas para palestras e debates com especialistas convidados.]

AULA 1. APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA DO CURSO: COMO EXPLICAR DECISÕES DO STF?

Após a apresentação do programa do curso, faremos uma breve discussão sobre as matérias abaixo, que você deve procurar na internet. O conteúdo completo está disponível online, mediante cadastro gratuito no site do jornal *Estado de São Paulo*. Leia as reportagens com atenção e procure responder às questões que se seguem. Algumas das respostas podem exigir pesquisa adicional de sua parte.

LEITURAS:

Felipe Recondo, “Supremo deve assegurar ao CNJ poder de abrir investigação contra magistrado”, *Estado de São Paulo*, 01/02/2012

Felipe Recondo, “Decisão Anti-CNJ ameaça 2.500 casos”, *Estado de São Paulo*, 11/12/2011.

PERGUNTAS:

- Qual a controvérsia *jurídica* a que esses casos se referem? Quais os principais argumentos jurídicos mencionados para sustentar cada um dos lados no debate?
- Pela leitura das reportagens, você diria que este foi um caso “difícil” para os Ministros do STF? Por quê?
- Se você fosse um dos Ministros do STF chamados a resolver o caso, que considerações externas à questão jurídica descrita na 1ª pergunta, acima, seriam relevantes na sua decisão?
- Procure identificar quais as diferenças entre os dois contextos decisórios descritos em cada uma das reportagens que podem ser relevantes para explicar o comportamento dos Ministros.
- A segunda reportagem faz uma previsão do resultado de um julgamento do STF, *antes* da sessão em que esse julgamento viria a ocorrer.



Essa previsão foi acertada? Como você imagina que o jornalista fez essa previsão?

- Se você estivesse no lugar dele, que elementos e variáveis levaria em consideração para tentar arriscar uma previsão?
- A primeira decisão, descrita na primeira reportagem, ajuda de alguma forma a explicar o resultado da segunda? Como?



AULA 2: DESENHO INSTITUCIONAL E PROCESSO DECISÓRIO — PROBLEMAS FUNDAMENTAIS

LEITURAS:

Virgílio Afonso da Silva, “Deciding Without Deliberating”, 2013. ***Ler somente itens 1 a 5.***

Conrado Hubner Mendes. “O projeto de uma corte deliberativa”. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. 2012. ***Ler somente o item 3 (p. 59-69)*** [texto enviado pelo professor]

Rafael Mafei Rabelo Queiroz, “O papel dos vencidos”, *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 16-17, jan., 2013.

PERGUNTAS:

- O que significa dizer que uma decisão é “deliberativa”? Por que isso é um atributo positivo, no raciocínio de Silva e Mendes?
 - o Deixando de lado a ideia de “deliberação”, você consegue imaginar maneiras alternativas de justificar, em uma democracia, o papel exercido por um tribunal constitucional?
- De que maneira diferentes aspectos do desenho institucional podem tornar uma corte mais ou menos “deliberativa”, no sentido empregado pelos autores?
- Além da dimensão da “deliberação”, quais as outras dimensões de organização interna do seu processo decisório em relação às quais tribunais podem ser diferentes?
 - o Como você classificaria o STF com base nessas categorias?
- Qual seria a organização interna “ideal” para cada um dos autores? Com base em que critérios? Você concorda com esses critérios e com os arranjos ideais que eles recomendam?



- De que maneira os diferentes autores encaram o problema dos *votos vencidos*?
 - o Na sua análise, os votos vencidos aumentam ou diminuem a legitimidade da decisão de um tribunal constitucional?
 - o A possibilidade de publicação de votos vencidos individuais torna o tribunal mais ou menos “deliberativo”?
 - o Você considera que os textos de Mafei, de um lado, e Mendes e Silva, de outro, são convergentes ou divergentes quanto ao papel e à importância dos votos vencidos?



AULA 3: RISCOS E LIMITES DA “DELIBERAÇÃO”

LEITURAS:

Cass Sunstein & Reid Hastie, “Garbage In, Garbage Out? Some micro sources of macro errors”. *Journal of Institutional Economics*, Março 2014.

Perguntas:

- Quais as vantagens associadas a processos *colegiados* de tomada de decisão?
- Quais os riscos associados a esses processos? Quais os mecanismos típicos do comportamento humano que, segundo os autores, produzem esses riscos?
- De que maneira a *deliberação* entre os membros dessas instituições pode contribuir para esses riscos?
- Dos riscos descritos pelos autores, quais você considera mais ou menos aplicáveis a instituições judiciais?
- Quais você considera mais ou menos perigosos, em termos dos problemas concretos que podem gerar, no caso de instituições judiciais?
- Sua resposta às duas perguntas acima seria diferente se estivéssemos falando, p.ex., do Supremo Tribunal Federal, em vez de uma turma de desembargadores em um tribunal de 2ª instância? Esses riscos são amplificados ou diminuídos no caso do STF?



AULAS 4, 5 E 6: O STF É UM TRIBUNAL DELIBERATIVO?

Nas próximas duas aulas, a partir dos conceitos e problemas discutidos na última aula, procuraremos determinar se e em que sentidos o Supremo Tribunal Federal pode ser considerado uma instituição *deliberativa*. Como veremos ao longo da primeira aula, porém, essa é uma pergunta que precisa ser desagregada em partes menores, tendo em vista a configuração institucional do STF. Dentro da mesma instituição — “O” Supremo — existem na verdade múltiplos processos decisórios e múltiplos contextos institucionais distintos nos quais diferentes atores tomam decisões.

Assim, indagar se o STF é ou não uma instituição deliberativa requer, antes de mais nada, um mapeamento prévio dos diferentes contextos decisórios a que a pergunta pode se referir, dentro da mesma instituição. Nesse sentido, uma constatação importante diz respeito à *colegialidade* do tribunal. Imaginamos que, quando falamos de uma decisão “do STF”, estamos lidando com uma instituição colegiada, que só decide após um processo no qual todos os Ministros se manifestam. Mas nem sempre é esse o contexto institucional no qual uma decisão *do STF* — revestida da autoridade da instituição como um todo — será tomada e apresentada às partes e à sociedade. Considere, por exemplo, os seguintes dados sobre as “decisões monocráticas” no STF:

“A conjunção entre o volume dos processos que entram pelas 36 portas abertas, a consequente estratégia processualizante das partes e a pressão por alguma decisão-resposta por parte do Supremo acabou deturpando seu perfil institucional. O Supremo adaptou-se, talvez patologicamente. Se, em teoria, o Supremo é um órgão colegiado, como prevê o próprio texto constitucional, não é assim que a corte funciona na prática decisória, para a grande maioria das decisões. Não é assim que a corte funciona. É antes um conjunto de magistrados que julgam monocraticamente. Dentre as mais de 1,3 milhão de decisões proferidas pelo Supremo ao longo dos últimos 22 anos, mais de 87% foram monocráticas. Outros 12% foram decisões de turmas. Somente menos de 0,6% foram tomadas pelo Plenário. (...) A opção pelas decisões monocráticas não foi uma escolha da constituinte. Supremo é uma corte, e não um ou outro ministro. Mesmo que temporariamente. A opção pelas liminares, que se prolongam às vezes por anos, foi uma questão de necessidade. Quase de sobrevivência. Do Supremo e da sociedade. Mas isso, assim como a prevalência das questões processuais, deturpa o perfil da Suprema Corte. Afastam a prática do esperado na teoria. A opção teórica-constitucional por um Supremo colegiado foi uma opção contra personalismos e a favor da decisão dialogada, democrática, construída por vários participantes. Seu objetivo é o de garantir uma



decisão plural, debatida, ponderada, técnica. Não é primariamente dessa forma, porém, que tem atuado o Supremo. Não são raros os casos em que interpretações individuais dos ministros — manifestadas em decisões monocráticas por vezes sabidamente minoritárias — acabam por prevalecer em casos individuais. (...) Na verdade, o atual sistema processual no Supremo foi se constituindo através de camadas geológicas disformes e conformes, consentâneas e conflitivas, complementares e supressivas. Inexiste uma lógica unitária. O que há são percalços, construções e acidentes da história jurídico-política.³

Na leitura para as próximas duas aulas, procure ter em mente os diferentes contextos institucionais dentro dos quais os Ministros do STF são chamados a se manifestar sobre questões jurídicas. Para a discussão em sala, o professor trará dados adicionais sobre a multiplicidade de processos decisórios, às vezes bem diferentes entre si, dentro da mesma instituição “STF”.

PARTE 1 — COLEGIADO OU ARQUIPÉLAGO?

Leia os seguintes trechos da **ADPF 45/2004**, Rel. Ministro Celso de Mello, que será discutida em sala de aula com o professor:

DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. (...) O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. (...) Impende assinalar que a regra legal em questão — que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental — entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.

³ Trecho extraído de FALCÃO, J.; CERDEIRA, P. C.; ARGUELHES, D. W. (2013), “O Supremo Tribunal Federal Processual”, in MARTINS, I.G.S.; ROSSET, P.; AMARAL, A.C.R. (Orgs.). Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. São Paulo: Lex Magister. P.299-308.



Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais — que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (...).

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. (...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (...) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de



decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na EC nº 29/2000. (...) Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.”⁴

LEITURAS:

Fabiana Luci de Oliveira, “Redes de Votação no STF”, *Revista de Sociologia e Política*, v.20, n.44, 2012.

Virgílio Afonso da Silva, “Deciding Without Deliberating”, 2013. *Ler apenas item 7.*

Luis Orlando Carneiro, “O que o STF decidiu durante o recesso judiciário”, matéria publicada no JOTA em 2 de fevereiro de 2015, disponível em: <http://jota.info/principais-decisoes-plantao-presidente-stf>

PERGUNTAS:

- As decisões monocráticas, da maneira como se apresentam no STF, podem ou não ser consideradas um problema para o caráter “deliberativo” do tribunal? Por quê?
- Suponha que, de fato, o STF não seja um tribunal “deliberativo”, como propõe Silva. Nesse cenário, como explicar os resultados descritos no artigo de Oliveira? Você consegue imaginar explicações alternativas para esse alto índice de coesão?
- Com base nas leituras dessa aula, você responderia à última pergunta da aula anterior (“O STF é um tribunal deliberativo”) de maneira diferente? Por quê?
- Que informações adicionais sobre o processo decisório interno do STF você acredita serem necessárias para explicar os resultados encontrados por Oliveira?

⁴ Decisão publicada no DJU de 4.5.2004.



PARTE 2 — “COLEGIADO” = “DELIBERATIVO”?

Leitura:

Adriana Vojvodic et al, “Escrevendo um Romance, Capítulo Primeiro: Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal”, 2009. ***Ler somente itens 1.2 e 1.3.***

CASO:

Nas próximas páginas, você encontrará uma seleção de trechos de votos dos Ministros do STF no julgamento da ADPF 132, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro e decidida pelo plenário da corte em 4 de maio de 2011. Na ação, alegava-se que preceitos fundamentais da nossa Constituição exigiam o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, impondo a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis em geral (artigo 1723 do Código Civil) aos casais homoafetivos. A ADPF 132 foi julgada ao mesmo tempo em que a ADPF 178, que levantava basicamente a mesma discussão constitucional. Os trechos foram selecionados para representar, da melhor maneira possível, a linha de raciocínio adotada pelo(a) Ministro(a) na justificação de seu voto. Leia-os com atenção e, a seguir, tente responder às questões que se seguem.

Trechos dos votos dos Ministros do STF na ADPF 132⁵

Ayres Britto

“De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (...), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação — é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.”

“E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.”

⁵ A seleção dos votos foi preparada por Evandro Süssekind.

“Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênua de opinião divergente — é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.”

“II.1. — que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural— religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”; que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós.”

“Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para

inferiorizar a mulher perante o homem é uma espécie de *briga particular* ou *bandeira de luta* que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.”

“Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...;”

“que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo per-



feito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica.”

“Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se preferir, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.”

“Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.”

Luiz Fux

“É por essas tantas razões que voto pela procedência dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 — nesta, o respectivo pedido subsidiário — e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) *interpretado conforme a Constituição*, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.”

“Com estas considerações, proceda-se ao exame do mérito propriamente dito, que as confirmará. É possível resumir a pretensão na seguinte fórmula: postula-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, do modo a gozar do mesmo reconhecimento que o Estado concede à união estável entre homem e mulher.”

“Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de

família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais.

“Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.”

“Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“*entre homem e mulher*”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil”

Cármen Lúcia

“Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.”

“Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.”

“Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.”

Ricardo Lewandowski

“É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união “*entre o homem e a mulher*”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).”

“Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

“Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: — *Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.*

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: — *Isso é coação moral irresistível.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): — *Concedo a palavra ao relator.*

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: — *A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.*

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): — *Sr. Presidente, estou de acordo.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): — *Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).”* 1

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.”

“Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.”

“Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.”

“E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.”

“Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.”

“Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.”

“A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.”

“Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.”

“Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.”

“O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.”

“Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.”

“Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi*

idem jus, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.”

Joaquim Barbosa

[Acompanha o relator.]

Gilmar Mendes

“Tal como eu já tinha falado inicialmente, em aparte ao voto da Ministra Cármen Lúcia, vi com alguma preocupação a formulação deste pedido de interpretação conforme, porque em princípio, a meu ver, o texto legal não fazia nada mais do que reproduzir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher — tal como já foi

destacado agora, de forma bastante precisa, no voto do Ministro Lewandowski —, fazendo, então, a genealogia da criação do próprio modelo jurídico que está no texto constitucional. De modo que, diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial. Mas me curvo — como já disse também — ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união.”

“A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de “união estável entre homem e mulher”. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.”

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — Eu só acho que nós temos o dever, a obrigação de explicitar os fundamentos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — A base; inclusive temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.”

“É o que nós temos neste caso. O fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção — nem poderia ser — à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.”

“Então, a meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução, tal como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da aplicação, *per analogiam*, por analogia, poderíamos chegar a essa aplicação. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.”

“Presidente, com isso eu chego à parte final do meu voto, para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto

ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação. Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.”

“Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação, pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski. As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.”

Debate

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI — Ministro Gilmar Mendes, assinalo no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmo, assenti e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) — Agora, não foi o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição fique afastada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) — Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.”

“Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.”



“O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador”.

“Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional. Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo.”

“É preciso, portanto, que nós deixemos essa questão muito clara, porque ela terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.”

“Em 2003, o então Senador Sérgio Cabral foi autor da Proposta de Emenda à Constituição n. 70, por meio da qual se propugnou a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Em 2006, o próprio autor retirou a proposta.”

“É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado. Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações

existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.”

“Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta recordar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.”

“Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa. Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, em sentido semelhante ao que explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação doutrinária, uma lacuna valorativa ou axiológica.”

“É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.”

“É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção — nem poderia ser — à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.”

“Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto — ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas —, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.”

Marco Aurélio

“O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.”

“Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002.”

“A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.”

“Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adiante, é desenganadamente negativa.”

“A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar.”

“Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmiento (“Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais”. *In* Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos, 2008, p 644), estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.”

“Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.”

“Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquina a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.”

“Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) lembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico interpretativo.”

“Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado.”

“Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.”

Celso de Mello

“É por tal razão que o magistério da doutrina — apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) — *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado de que se revestem *tanto o reconhecimento* do direito personalíssimo à orientação sexual *quanto a proclamação* da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, *em ordem a permitir* que se extraiam, *em favor* de parceiros homossexuais, *relevantes consequências* no plano do Direito, *notadamente* no campo previdenciário, e, *também*, na esfera das relações sociais e familiares.”

“De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, *inteiramente*, as razões *excelentemente* expostas pelo eminente Relator, no ponto *em que supera* a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal *impediria* o acolhimento do pedido.”

“*Também não vislumbro*, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência *de lacuna voluntária* ou *consciente* (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação *evidenciaria* a existência de “*silêncio eloquente*”, *capaz de comprometer* a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, *constitucionalmente*, “*como entidade familiar*” (CF, art. 226, § 3º). *Nessa perspectiva*, Senhor Presidente, entendo que a extensão, *às uniões homoafetivas*, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto *justifica-se e legitima-se* pela direta incidência, *dentre outros*, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra *o direito à busca da felicidade*, os quais configuram, numa *estrita* dimensão que privilegia *o sentido de inclusão* decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir *suporte legitimador* à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero *entidade familiar*.”

“Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo como entidade familiar, desde que presentes, *quanto a ela*, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as *conjugalidades homoafetivas*, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer *o integral amparo* do Estado, que lhes deve dispensar, *por tal razão*, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.”

“Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo *monopólio da última palavra* de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), *nada mais representa* senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, *que converteu* os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado *o relevantíssimo papel* que se lhes cometeu, *notadamente* a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.”

“Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, *ao fazê-lo*, julgo procedente a presente ação constitucional, para, *com efeito vinculante*, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, *como entidade familiar*, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, *com idêntica eficácia vinculante*, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.”

César Peluso

“Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê?

Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo — não mais que isso —, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.”

“E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer — e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênias para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo — que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenche-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude — não

da igualdade —, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.”

“Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem releveu o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis. O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia — pensamento estritamente pessoal —, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação. Isto é um ponto de vista estritamente...”

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) — Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.



O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica. Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) — Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) — Exatamente. Ao contrário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI — Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) — Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) — Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência — espero traduzir bem —, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) — Nada, ao contrário. Estamos todos de acordo, portanto, também nisso. E não me estendendo mais, mas cumprimentando Vossa Excelência, em primeiro lugar, depois a todos os demais Ministros pelas brilhantes argumentações e justificações, também me congratulo com a Corte pela posição hoje tomada, e tomada por unanimidade. Encerrando a sessão, vou proclamar o resultado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — Presidente, se vossa Excelência me permitir, eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse, na ementa, como nós vínhamos até estabelecendo, a diversidade de fundamentos trazidos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) — De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) — O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) — Exatamente.”



PERGUNTAS:

- Qual foi o “placar” de votos dos Ministros da ADPF 132?
- Qual foi a *ratio decidendi* por trás da decisão tomada pelo tribunal?
- Quais foram as principais divergências entre os Ministros? Você consegue imaginar qual a diferença prática que essas divergências podem fazer?
- Todos os Ministros mantêm os mesmos argumentos ao longo dos debates? Houve alguma mudança de posição? Essa mudança de posição foi reconhecida?
- Você considera que houve deliberação entre os Ministros? Quando? Quando não houve?
- Procure no site do STF a *ementa* da ADPF 132 e responda:
 - o Você considera que a ementa reflete adequadamente as convergências e divergências entre os Ministros no julgamento?
 - o Você considera que a ementa reproduz com exatidão a *ratio decidendi* da decisão tomada pelo tribunal?
- O texto de leitura obrigatória para esta aula (Vojvodic et al, 2009) contribui de alguma forma para a sua compreensão do que ocorreu na discussão da ADPF 132?
- Você sabe como são elaboradas as ementas dos acórdãos do STF? Qual a diferença que o processo de elaboração de ementas pode fazer para tornar o STF um tribunal mais ou menos deliberativo?
- De modo geral, de que maneiras o processo decisório interno ao STF poderia ser reformado de modo a promover decisões colegiadas mais deliberativas?

LEITURAS COMPLEMENTARES PARA A DISCUSSÃO:

“Sessão de Leitura no STF”

Conrado Hübner Mendes

Fonte: *Folha de São Paulo*, 05 de outubro de 2010.

Mais de 14 horas foram gastas para que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre a constitucionalidade de um artigo da Lei da Ficha Limpa. Queríamos saber se essa norma seria aplicável ao processo eleitoral em curso. A importância e a urgência do caso dispensam comentários.

O tribunal nos respondeu o seguinte: cinco ministros acham que sim, cinco acham que não. Como uma cadeira estava vaga, não houve como desempatar. Sem decisão, o caso foi arquivado. Lembrei-me de bem-humorada passagem no final de um julgamento em maio de 2008 (ADI 3510, vídeo

disponível no YouTube). Entre risos de colegas, o ministro Eros Grau, minoria no julgamento, declarou: “Esse tribunal deu lições de serenidade hoje. (...) Aqui não há individualidade nenhuma, me considero integrado nesse todo (...) Para mim não foi 6 a 5, para mim foi uma decisão do tribunal do qual eu faço parte, e não sou senão um pedaço desse tribunal”.

Em seguida, o ministro Celso de Mello complementou: “O ministro Eros Grau tem toda razão quando diz que esse tribunal, considerado o princípio da colegialidade, há de proferir decisões como um todo orgânico. Aqui não há vencidos e não há vencedores. (...) Há apenas um debate legitimado pelo dissenso das ideias, ideias que foram expostas de maneira refletida, de maneira calma, de maneira tranquila”.

São sintomas de esquizofrenia institucional, de cisão entre a realidade e a percepção da realidade. Posso estar errado no diagnóstico. Sintomas, afinal, são só sintomas.

Talvez essas 14 horas tenham sido gastas num profundo debate, no qual, após intensa troca de argumentos e um esforço sincero para digerir as posições em jogo, cada ministro, apesar de tentar, não se convenceu. Preferiu abraçar-se a seu voto, que, a propósito, trouxe pronto do seu gabinete.

Na minha opinião, não foi isso o que vimos. Fomos expostos a 14 horas de uma sonolenta sessão de leitura. Era o texto escrito, não o ministro, que participava daquela sessão. Construímos um tribunal no qual o encontro entre os juízes passou a ser a parte menos importante do seu processo decisório.

A sessão pública preserva um ritual, mas raramente altera o julgamento. Tem sido quase irrelevante. Como, pelo que sabemos, os ministros tampouco se encontram em privado para discutir os casos, o que nos resta é ouvir a leitura desta colcha de retalhos, soma de 11 (nesse caso, de dez) pedaços mal costurados. Efeito dessa curiosa colegialidade à brasileira. Enxergar nisso uma “decisão orgânica” soa como licença poética.

A cadeira vaga expôs uma ferida aberta há anos no Tribunal. Não se espera que uma corte, numa sociedade pluralista, alcance o consenso. O desacordo pode mostrar a vitalidade da discussão e a complexidade do tema.

Em muitas cortes do mundo, votos vencidos são evidências da qualidade da deliberação, não o contrário. São bem-vindos para o arejamento da argumentação jurídica. A pluralidade de votos do STF, porém, indica fenômeno diverso. Enraizou-se, ali, um excessivo apego à autoria individual e um desinteresse em produzir votos coletivos.

A boa técnica judicial pede, no entanto, desapego. Situações extremas podem resultar num impasse. O que vimos nesse caso não foi uma situação extrema, mas cotidiana. Por azar, não havia ninguém para desempatar. Tanta irracionalidade se naturalizou no dia a dia da Casa. Ao contrário do que se disse, o STF é também responsável pelo impasse.



O tribunal precisa repensar seu modo de decidir. “De maneira refletida, de maneira calma, de maneira tranquila.”

“Onze Ilhas”

Conrado Hübner Mendes

Fonte: *Folha de São Paulo*, 1º de fevereiro de 2010

O STF (Supremo Tribunal Federal) teve uma agenda politicamente delicada em 2009. Chegaram ao tribunal casos que envolviam a antiga Lei de Imprensa, a demarcação de terras indígenas, a extradição de dissidente político, entre muitos outros temas de menor visibilidade pública.

Suas decisões provocaram reações várias na mídia, tanto na defesa quanto no ataque. Raramente, porém, essas reações se preocuparam em ler com cuidado o que foi dito nas decisões. Colaboraram, assim, para um diálogo de surdos. Não confiaram na própria capacidade de argumentar nem na disposição do STF de ouvir.

Uma pena que não estejamos debatendo os argumentos utilizados pelo STF. Eles são diversos. Em regra, têm estilo prolixo e arrevesado. Constituem peças clássicas do bacharelismo beletrista.

Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos “do tribunal” quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal.

Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. E por que isso deveria nos preocupar?

Começemos pela compreensão do propósito de uma corte colegiada, uma empreitada coletiva cujo resultado pretende ser melhor que a soma das opiniões individuais.

Esse ganho só se concretiza quando os membros de tal órgão firmam o compromisso ético de se engajarem numa deliberação genuína. Requer atitudes que não são fáceis de pôr em prática. Exige, de cada um, disposição para duvidar de suas convicções iniciais, vontade de minimizar o desacordo e o reconhecimento da importância de uma opinião institucional coesa, fundada em razões claras.

Praticantes da deliberação escutam tanto quanto falam e não se importam em ser persuadidos. Formam um time que joga em conjunto, sem estrelismos individuais. São colegas, não adversários. Cooperam, não competem. Respeitam o direito ao voto vencido e concorrente, justificáveis se produtos do



desacordo autêntico, não de vaidade ou preciosismo. Um tribunal, se pretende construir uma jurisprudência vigorosa, que sirva de bússola para o regime democrático, precisa almejar uma deliberação assim ambiciosa.

Nossa jurisprudência constitucional, contudo, é quase obscurantista, refém das idiosincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros do STF e facilmente manipulável pela retórica advocatícia. Fragiliza nossa linguagem dos direitos fundamentais, que permanece desguarnecida de uma casuística coerente nas decisões do Supremo.

O voto do ministro Peluso no caso em que o jornal “O Estado de S. Paulo” alegava ter sido censurado, por exemplo, menciona essa patologia da corte, mas não se posiciona a respeito dela. Não se incomoda com a frequente ausência, nas suas palavras, de uma “pronúncia coletiva”, de uma “inteligência sistemática dos votos”, de uma “verdadeira opinião da corte”. Apenas constata ser esse hábito consequência de “singular modelo deliberativo historicamente consolidado”.

Há tempos se instiga o STF a repensar seus ritos decisórios e hábitos deliberativos. As sugestões de reforma são antigas e não requerem mobilização legislativa, só ajustes internos.

O Supremo volta hoje ao trabalho, e essa seria uma boa meta para 2010.

A tarefa não é simples, nem seria correto responsabilizar os atuais ministros por tal prática. Estão seguindo uma tradição. No entanto, tradições podem ser submetidas a uma reflexão crítica transformadora.

O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade.

O STF não é infalível. Seus erros, assim como acertos, integram o processo de aprendizado democrático. Errando ou acertando, contudo, não pode se dar ao luxo de sonegar razões claras e colegiadas que possamos desafiar, recusar ou apoiar.

Não pode continuar a se proteger por trás de sua filosofia decisória “historicamente consolidada”, de um emaranhado de opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir.

A celebração de um tribunal “descolegiado”, ao invocar passivamente tal tradição como álibi, é perniciososa para o Estado de Direito.

Quando a unanimidade não esclarece

Diego Werneck Arguelhes & Leandro Molhano Ribeiro

Fonte: *Valor Econômico*, 22 de junho de 2012

Se um estrangeiro nos perguntasse quais têm sido as grandes controvérsias constitucionais recentemente enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, ficaria perplexo. O grau de consenso no tribunal parece ser muito alto. Ao discutir a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o tribunal decidiu por unanimidade. O mesmo ocorreu com discussões sobre ação afirmativa por critérios raciais e sobre o alcance da liberdade de expressão para defender a legalização da maconha. No caso da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia, embora a decisão não tenha sido unânime (9x2), o tribunal ficou muito longe de se dividir. O estrangeiro descobriria o seguinte: no Brasil, a tarefa de discutir o que significa igualdade, liberdade e autonomia individual, ao contrário do que tipicamente ocorre em muitos outros países, não tem sido suficiente para dividir o tribunal.

Esse visitante concluiria, então, que o nosso Supremo tem por hábito institucional tomar decisões que reflitam o máximo consenso possível entre seus integrantes. Certo? Não. Há, sim, casos que dividem — às vezes intensamente — os Ministros do Supremo. Há casos em que a discussão é acirrada e só termina, sem se resolver, com decisão de apertada maioria. Mas, se problemas perenes do direito constitucional contemporâneo, como igualdade e liberdade, não são suficientes para dividir a corte, quais seriam então os nossos casos “difíceis”?

A resposta traria uma nova surpresa. O Supremo parece se dividir mais em função de conjunturas, do contexto, e não de grandes temas constitucionais. Divide-se em função do cenário imediato da decisão e de suas implicações. Em vez de debates sobre igualdade, liberdade e autonomia individual, temos acirradas e improváveis discussões sobre os casos de Cesare Battisti (6x5) e Antonio Palocci (6x5). Temos um Supremo dividido (6x5) quanto à necessidade de se transcrever gravações obtidas por meio de escutas telefônicas, como na decisão relativa à Operação *Hurricane*, e quanto à extensão poderes de investigação do Conselho Nacional de Justiça (também 6x5). Casos que se tornaram importantes pela conjuntura, e não pelos temas em si.

A princípio, a caso da Lei da Ficha Limpa (6x5) parece ser um contra-exemplo. Sem dúvida, a discussão em torno da lei envolvia uma série de problemas constitucionais, ligados ao significado de democracia. Mas terá sido isso que dividiu a corte? Em 2007, em uma decisão muito mais arrojada sobre fidelidade partidária, o Supremo não teve maiores problemas para considerar que a perda do mandato do parlamentar que trocar de partido é um elemento essencial do conceito de “democracia”. A maioria foi esmagadora (8x3). O que levou à divisão do tribunal não parece ter sido a dificuldade



se discutir um conceito como “democracia”, mas outros fatores: o contexto político, com os Ministros tendo que decidir teses constitucionais que influenciaram a competição eleitoral em curso.

Estes exemplos são insuficientes para sustentar qualquer afirmação mais forte de que somente conjunturas e contextos políticos — e não a interpretação de princípios constitucionais abstratos — tem sido capazes de dividir o Supremo. Mas servem para levantar pelo menos uma preocupação importante. Um tribunal que se divide é um tribunal que reconhece uma multiplicidade de respostas possíveis para um dado problema. Daí a frequência com que expressões abertas como “igualdade” e “liberdade” estão no centro de grandes polêmicas constitucionais em todo o mundo. Se, no Brasil, esses princípios constitucionais não geraram divisão e controvérsia entre os Ministros, das duas, uma. Ou os Ministros têm concepções extremamente parecidas do que significam esses grandes e espinhosos ideais constitucionais, ou a decisão do tribunal não enfrentou a multiplicidade de respostas possíveis. Só saberemos a resposta em casos futuros, quando o tribunal voltar a enfrentar esses temas. Às vezes, a unanimidade não esclarece.



AULAS 7 E 8: PUBLICIDADE OU SEGREDO?

No Brasil, com a criação da TV Justiça em 2002, todos os julgamentos do plenário do STF são televisionados a vivo. Esse tipo de publicidade pode afetar o comportamento dos Ministros? Quais são os indicadores dessa influência, e de que diferentes maneiras ela pode variar quanto a diferentes Ministros, temas e contextos decisórios? Se essa influência é perceptível, como ela pode ser compatibilizada com justificativas típicas sobre o papel de um tribunal constitucional em uma democracia? De que maneiras diferentes arranjos institucionais podem promover, no comportamento dos juízes, reações desejáveis e evitar reações indesejáveis à publicidade? Nas próximas duas aulas, discutiremos essas e outras questões conexas.

PARTE 1

Leia o texto e as notícias separados abaixo e, ao final, procure responder as questões que se seguem.

“Direito, Mídia e Opinião Pública”⁶

Joaquim Falcão

As relações entre a interpretação da constituição, mídia e opinião pública são inevitáveis. Existem há muito tempo. No Brasil e no exterior. Variam de importância e assumem formas diferenciadas no correr da história. (...) Os exemplos são inúmeros. A teoria e prática da democracia não se fazem longe da tarefa de imaginar, argumentar, debater, analisar, explicar preceitos jurídicos, fazer constituições, interpretá-las. Defender novas leis, revogar outras, mobilizar os cidadãos, eleitores, através dos meios de comunicação.

Foi assim também no final dos anos setenta, início dos anos oitenta, quando inúmeros intelectuais brasileiros, de ciências exatas e humanas, foram explicar, defender e desenhar o futuro redemocratizado do Brasil. Nos jornais, outra vez. Cientistas, transformados em articulistas, sem deixar de ser professores. Falando, analisando para muito além dos laboratórios e salas de aula. Para a opinião pública.

Uniram-se entre si, e a quase todos, em torno de dois objetivos jurídico-políticos: fazer passar a emenda constitucional em favor das Diretas Já, e instaurar a Assembleia Nacional Constituinte. Raymundo Faoro, como presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, escolheu um instituto jurídico impregnado de liberdade — o *habeas corpus* — para iniciar o diálogo da democracia com o governo militar de Ernesto Geisel.

⁶ Extraído de “Direito, Mídia e Opinião Pública”, pp.7-13, in *Mensalão: Diário de um Julgamento* (Joaquim Falcão e Adriana Coiro, orgs., 2013). As notas de rodapé do original foram removidas.



De repente estes conceitos —emenda constitucional, eleição direta, constituinte e *habeas corpus*— saem dos livros, das salas de aula, e ganham os jornais, televisões, as ruas. Passam a ser palpáveis, compreensível na opinião pública. Fortalecem a opinião pública e ao mesmo tempo, dela retiram sua força.

O conhecimento jurídico fundamentou a comunicação midiática que mobiliza leitores e telespectadores, além de intérpretes, os fazedores derradeiros da constituição.

Acredito que meu argumento inicial esteja claro, para você, leitor. Não se pode escrever a história da democracia constitucional americana, de nossa primeira constituição, do abolicionismo, ou da recente redemocratização brasileira sem entender o papel da imprensa, da mídia, dos meios de comunicação, e da influência da opinião pública no processo de elaboração e de aplicação da constituição. Nem se pode também entender o julgamento do Mensalão como interpretação da constituição sem entender o papel da mídia.

Neste sentido três episódios precisam ser lembrados. Dois, de amplo conhecimento público. O terceiro, não. Só agora revelado.

O primeiro ocorre quando a TV Globo transmite para mais de 25 milhões de telespectadores — eleitores-, o recebimento de três mil reais por um agente público como propina para fraudar uma licitação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Com isto, instaura-se no Congresso a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) dos Correios.

E o deputado Roberto Jefferson (PTB) utiliza os meios de comunicação, com ousadia politicamente suicida, para especificação e ampliação de suas denúncias. Surge o Mensalão.

O segundo episódio ocorre quando o repórter Roberto Stuckert Filho fotografa troca de e-mails nos laptops dos ministros do Supremo no meio da sessão em que se decidia o destino da denúncia contra os réus do Mensalão. Ministros teciam comentários sobre tendências, desfechos, votos dos outros. O jornal O Globo publica as fotos na primeira página⁷, imediatamente reproduzida em todo o Brasil.

Alguns dias depois a Folha de S.Paulo confirma o que os laptops revelavam. Publica comentários no mesmo sentido feitos pelo Ministro Ricardo Lewandowski em restaurante, em Brasília⁸. A denúncia estava prestes a ser recusada. Se fosse, não teria havido nem réus, nem Mensalão.

A difusão da conversa dos laptops, e os comentários no restaurante, colocaram a legitimidade e independência do Supremo em risco diante da opinião pública.

Leitores e telespectadores começaram a querer se informar e bem saber como o Supremo devia funcionar numa democracia. E como estaria funcionando de fato.

Prevaleceria o ideal da imparcialidade ou a contingência da politização? Que riscos se enfrentavam? Para que serviria um Supremo que tenderia a

⁷ *Ministros do STF combinam e antecipam voto por e-mail*. O Globo, Edição de 23 de agosto de 2007.

⁸ *Tendência era amaciar para Dirceu*, diz ministro do STF. Folha de S.Paulo. Edição de 30 de agosto de 2007. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3008200702.htm>



minimizar ou desconhecer o que fora revelado pela televisão e pela imprensa? Por que motivos?

As imagens e falas divulgadas deixaram pouco espaço para o Supremo rejeitar a denúncia feita pelo Procurador Geral da República Antonio Fernando de Souza e relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa. A moralidade administrativa exigida pela constituição, o eficaz funcionamento do Supremo, a liberdade da mídia e a influência da opinião pública entrelaçavam-se e concretizavam o estado democrático de direito. Juntos impediriam o julgamento do Mensalão de morrer antes de ser julgado. Tudo o que fora visto sairia da vida judicial, antes de ter entrado.

Finalmente, o terceiro episódio, indicador da influência da mídia e da opinião pública sobre o funcionamento do Supremo foi revelado pelo Ministro Ayres Britto, depois que se aposentou. “Qual a decisão mais difícil do julgamento?”, perguntou-se ao Ministro. Ele não hesitou. “Foi a decisão de colocar o processo em pauta. Julgá-lo.”

“Uma decisão”, acrescentou, “que teria de ser tomada por quem quer que fosse presidente do Supremo depois da entrevista do Ministro Ricardo Lewandowski, à Folha de S.Paulo, em 14 de dezembro de 2011⁹. Eu ou qualquer outro que ali estivesse.” Nesta entrevista, o ministro revisor admite publicamente que havia sim o risco de prescrição de muitos dos crimes apontados pela denúncia. Disse: “Com relação a alguns crimes não há dúvida nenhuma que poderá ocorrer a prescrição”.

A demora de julgar do próprio Supremo absolveria réus sem julgamento. Mas como? Começou a se perguntar a opinião pública. Para que existe o Supremo se ele não julga a tempo? O risco da perda de credibilidade ficou iminente. A legitimidade do Supremo foi posta em jogo. Para a opinião pública, através da mídia, seria o Supremo a primeira e principal vítima de si mesmo? Condenar-se a si próprio por sua própria lentidão? A necessidade de o Supremo colocar em pauta o julgamento se confundia para muitos com o próprio destino da instituição.

“Tendência era amaciar para Dirceu”, diz Ministro do STF

Vera Magalhães — *Folha de São Paulo*, 30.08.2007

Em conversa telefônica na noite de anteontem, o ministro Ricardo Lewandowski, do STF (Supremo Tribunal Federal), reclamou de suposta interferência da imprensa no resultado do julgamento que decidiu pela abertura de ação penal contra os 40 acusados de envolvimento no mensalão. “A imprensa acuou o Supremo”, avaliou Lewandowski para um interlocutor de nome

⁹ “Mensalão terá prescrição de penas, diz Lewandowski”. *Folha de S.Paulo*. Edição de 14 de dezembro de 2011. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderpolitica/ricardo_lewandowski.shtml

“Marcelo”. “Todo mundo votou com a faca no pescoço.” Ainda segundo ele, “a tendência era amaciar para o Dirceu”.

Lewandowski foi o único a divergir do relator, Joaquim Barbosa, quanto à imputação do crime de formação de quadrilha para o ex-ministro da Casa Civil e deputado cassado José Dirceu, descrito na denúncia do procurador-geral da República, Antonio Fernando de Souza, como o “chefe da organização criminosa” de 40 pessoas envolvidas de alguma forma no escândalo.

O telefonema de cerca de dez minutos, inteiramente testemunhado pela Folha, ocorreu por volta das 21h35. Lewandowski jantava, acompanhado, no recém-inaugurado Expand Wine Store by Piantella, na Asa Sul, em Brasília. Apesar de ocupar uma mesa na parte interna do restaurante, o ministro preferiu falar ao celular caminhando pelo jardim externo, que fica na parte de trás do estabelecimento, onde existem algumas mesas —entre elas a ocupada pela repórter da Folha, a menos de cinco metros de Lewandowski.

A menção à imprensa se deve à divulgação na semana passada, pelo jornal “O Globo”, do conteúdo de trocas de mensagens instantâneas pelo computador entre ministros do STF, sobretudo de uma conversa entre o próprio Lewandowski e a colega Cármen Lúcia.

Nos diálogos, os dois partilhavam dúvidas e opiniões a respeito do julgamento, especulavam sobre o voto de colegas e aludiam a um suposto acordo envolvendo a aposentadoria do ex-ministro Sepúlveda Pertence e a nomeação —que veio a se confirmar— de Carlos Alberto Direito para seu lugar. Lewandowski chegou a relacionar o suposto acordo ao resultado do julgamento.

Ontem, na conversa de cerca de dez minutos com Marcelo, opinou que a decisão da Corte poderia ter sido diferente, não fosse a exposição dos diálogos. “Você não tenha dúvida”, repetiu em seguidas ocasiões ao longo da conversa.

O fato de os 40 denunciados pelo procurador-geral terem virado réus da ação penal e o dilatado placar a favor do recebimento da denúncia em casos como o de Dirceu e de integrantes da cúpula do PT surpreenderam advogados de defesa e o governo. Na véspera do início dos trabalhos, os ministros tinham feito uma reunião para “trocar impressões” sobre o julgamento, inédito pelo número de denunciados e pela importância política do caso.

Em seu voto divergente no caso de Dirceu, Lewandowski disse que “não ficou suficientemente comprovada” a formação de quadrilha no que diz respeito ao ex-ministro. “Está se potencializando o cargo ocupado [por Dirceu] exatamente para se imputar a ele a formação de quadrilha”, afirmou.

Enrique Ricardo Lewandowski, 58, foi o quinto ministro do STF nomeado por Lula, em fevereiro do ano passado, para o lugar de Carlos Velloso. Antes, era desembargador do Tribunal de Justiça de SP. No geral, o ministro foi o que mais divergiu do voto de Barbosa: 12 ocasiões. Além de não acolher a denúncia contra Dirceu por formação de quadrilha, também se opôs ao



enquadramento do deputado José Genoíno nesse crime, no que foi acompanhado por Eros Grau.

No telefonema com Marcelo, ele deu a entender que poderia ter contrariado o relator em mais questões, não fosse a suposta pressão da mídia. Ao analisar o efeito da divulgação das conversas sobre o tribunal, disse que, para ele, não haveria maiores conseqüências: “Para mim não ficou tão mal, todo mundo sabe que eu sou independente”. Ainda assim, logo em seguida deu a entender que, não fosse a divulgação dos diálogos, poderia ter divergido do relator em outros pontos: “Não tenha dúvida. Eu estava tinindo nos cascos”.

Lewandowski fez ainda referência à nomeação de Carlos Alberto Direito, oficializada naquela manhã pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Negou ao interlocutor que fizesse parte de um grupo do STF contrário à escolha do ministro do Superior Tribunal de Justiça para a vaga de Pertence, como se depreende da conversa eletrônica entre ele e Cármen Lúcia. “Sou amigo do Direito. Todo mundo sabia que ele era o próximo. Tinha uma campanha aberta para ele.”

Ainda em tom queixoso, gesticulando muito e passando várias vezes a mão livre pela vasta cabeleira branca enquanto falava ao celular, Lewandowski disse que a prática de trocar mensagens pelos computadores é corriqueira entre os ministros durante as sessões. “Todo mundo faz isso. Todo mundo brinca.”

Ministros do STF especulam sobre votação no processo do mensalão

Alan Gripp, Roberto Stuckert Filho, Francisco Leali, Carolina Brígido e Maiá Menezes — *O Globo*; *O Globo Online*. 22.08.2007

No primeiro dia do julgamento do caso do mensalão no STF, uma troca de mensagens de computador entre os ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia revelou conversas sobre detalhes de seus votos, confidências sobre a decisão de outro colega e até um possível reflexo do julgamento na sucessão do ministro Sepúlveda Pertence (aposentado recentemente). Nas mensagens, há reclamações sobre o novo presidente da 1ª Turma do STF, Marco Aurélio de Mello, e declarações sobre o poder de influenciar, no próximos três anos, decisões entre os distintos grupos que compõem o tribunal. É o que revela reportagem de ‘O Globo’ nesta quinta-feira.

O procurador-geral da República, Antonio Fernando de Souza, fazia a sustentação oral da acusação quando os dois ministros iniciariam um bate-papo pela intranet. A conversa, que durou horas e foi captada pelas lentes dos fotógrafos que acompanhavam o julgamento, contém indícios de que os dois ministros pretendem rejeitar parte da denúncia, desqualificando crimes imputados pelo Ministério Público a alguns dos acusados.

A conversa começou às 11h57. Separados por três metros, eles aprovam as palavras do procurador: “*Ele está — corretamente — jogando para a platéia*”, escreve Lewandowsky. “*É, e tentativa de mostrar os fatos e amarrar as situações para explicar o que a denúncia não explicou...*”, comenta Carmen. Pouco mais de 30 minutos depois, Lewandowski se rende: “*Carmen: impressiona a sustentação do PGR*”.

A ministra sugere uma reunião com assessores dos dois gabinetes. Os ministros indicam que pretendem aceitar, em parte, a denúncia. Uma das dúvidas se refere ao crime de peculato — uso de cargo público para apropriação ilegal de recursos ou bens. Lewandowski não está seguro se o crime pode ser imputado aos que não ocupavam cargo público à época — como José Genoino (então presidente do PT) e Silvio Pereira (ex-secretário-geral do PT) — ou não eram donos do dinheiro que circulou pelo valerioduto. A denúncia pede que eles sejam processados como co-autores.

“*Minha dúvida é quanto ao peculato em co-autoria ou participação, mesmo para aqueles que não são funcionários públicos ou não tinham a posse direta do dinheiro*”, diz ele. A dúvida é discutida em seguida com seu assessor, Davi de Paiva Costa. O assessor reafirma sua posição, mas se põe à disposição para alterar o voto do ministro. Lewandowski firma posição: “*Não, vamos ficar firmes nesse aspecto. manifestei apenas uma dúvida*”.

Por volta das 16h, Lewandowski fala da nomeação do substituto de Pertence. Um dos mais cotados é o ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Direito. Carmen diz: “*Lewandowski, uma pessoa do STJ (depois lhe nomeio) ligou e disse [...] para me dar a notícia do nomeado (não em nome dele, como é óbvio) [...] mas a resposta foi que lá estão dizendo que os atos sairiam casados (aposent. e nom.) [aposentadoria e nomeação] e que haveria uma [...] de posse na sala da Professora e, depois, uma festa formal por causa [...] Ela (a que telefonou) é casada com alguém influente*”.

Em seguida, Carmen conta: “[...] O Cupido (sentado ao lado da ministra estava Eros Grau) acaba de afirmar aqui do lado que não vai aceitar nada (ilegível)”. Lewandowski mostra-se confuso com a mudança repentina de assunto: “*Desculpe, mas estou na mesma, será que estamos falando da mesma coisa[?]*”, pergunta ele. Ela esclarece: “*Vou repetir: me foi dito pelo Cupido que vai votar pelo não recebimento da den. [denúncia] entendeu?*”

O ministro responde que compreendeu. E comenta: “*Ah. Agora, sim. Isso só corrobora que houve uma troca. Isso quer dizer que o resultado desse julgamento era realmente importante [cai a conexão do computador]*”. Carmen diz que o alertara antecipadamente e recebeu o comentário: “*Interessante, não foi a impressão que tive na semana passada. Sabia que a coisa era importante, mas não que valia tanto*”, escreveu Lewandowski.

A conversa segue com uma avaliação de Carmen: “*Não sei, Lewandowski, temos ainda três anos de ‘domínio possível do grupo’, estamos com problema na*



turma por causa do novo chefe [o novo chefe da primeira turma do STF, da qual os dois fazem parte, é o ministro Marco Aurélio Melo], vai ficar (ilegível) e não apenas para mim e para v. [você] principalmente para mim, mas também acho, para os outros (Carlos e J.) [Carlos Ayres Brito e Joaquim Barbosa, este pertencente à segunda turma]. Esse [Joaquim Barbosa, relator do caso] vai dar um salto social agora com esse julgamento e o Carlinhos está em lua de mel com os dois aqui do lado”.

Carmen pede ao assessor Franke José Soares Rosa cópias de outras decisões para, se possível, recusar a acusação de formação de quadrilha contra um dos acusados. Enquanto os dois ministros trocavam confidências, Joaquim Barbosa lia notícias e artigos na internet. Um deles na Rádio do Moreno, do jornalista Jorge Bastos Moreno, no Globo On line. (...)

LEITURA OBRIGATÓRIA:

Virgílio Afonso da Silva, “Deciding Without Deliberating”, 2013. ***Ler somente tópico 8.3.***

PERGUNTAS PARA DISCUSSÃO EM SALA:

- Do ponto de vista *normativo*, você considera positivo ou negativo que as sessões do STF sejam (a) públicas e (b) televisionadas? Extraia das matérias e textos da leitura da aula exemplos desses efeitos positivos ou negativos.
- Sua resposta seria diferente se, em vez da Ação Penal 470 (o caso do “Mensalão”), estivéssemos diante de um julgamento de:
 - o Um mandado de segurança de um parlamentar minoritário contra uma decisão da mesa do Congresso Nacional?
 - o Uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, como, por exemplo, a ADPF 132 (união estável homoafetiva), discutida nas aulas passadas?
 - o Um *habeas corpus* em que se discute o cerceamento de direito de defesa de um réu nas instâncias inferiores?



PARTE 2

Leitura:

Jon Elster, *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Pp.98-105, 118-123, 126-136.

PERGUNTAS:

- Quais os objetivos que a organização do processo decisório de um tribunal do júri deve atender?
- Na sua avaliação, quais as dimensões mais importantes nas quais o comportamento dos jurados pode variar em função do desenho institucional? (isto é, quais são as variáveis *dependentes*, que se quer influenciar)
- Quais são as principais *variáveis independentes* discutidas no texto de Elster?
- A partir do texto de Elster, podemos pensar em diferentes dimensões nas quais um julgamento pode ser “público”. Procure listar ao menos três dessas dimensões. Qual delas você considera mais importante?
 - o De que forma a “publicidade”, em qualquer das dimensões acima, pode afetar o impacto esperado de outras variáveis?
- A organização do STF pode ser comparada à de um tribunal de júri, do ponto de vista dos objetivos a serem promovidos? Quais as semelhanças e diferenças?
 - o Sua resposta poderia variar em função do contexto decisório específico no qual um julgamento do STF ocorre? (p.ex., o tipo de processo, se é o julgamento pelo plenário ou por uma das turmas etc)
- Após a leitura, você mudou de opinião com relação à sua posição sobre as questões levantadas na aula passada? Se sim, como?

**AULAS 9 E 10: DESENHO INSTITUCIONAL E PODER JUDICIAL****LEITURAS:**

Victor Ferreres Comela, “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Specialized Court: Some Thoughts on Judicial Activism”

Diego Werneck Arguelhes, “Poder Não é Querer: Preferências Restritivas e Redesenho Institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”
Ler apenas tópicos II e III, pp.4-22

Joaquim Falcão, Ivar Hartmann & Vítor Chaves, “3º Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo” (2014).

PERGUNTAS:

- Que diferença faz, para um tribunal, possuir mecanismos de controlar que questões enfrentar, e quando enfrenta-las? É positivo ou negativo garantir esse poder a um tribunal constitucional ou corte suprema? Quais os riscos, vantagens e desvantagens envolvidos?
- Quais são os diferentes mecanismos pelos quais uma “corte suprema”, no texto de Ferreres Commella, possui para controlar quais casos decidirá?
- Dentro do modelo de Ferreres Commella, O Supremo Tribunal Federal se aproxima mais de um “tribunal constitucional” ou de uma “corte suprema”? Por quê? Que diferença isso faz?
- Do ponto de vista do desenho de tribunais constitucionais e cortes supremas, é possível haver controle de *quando* decidir sem controle formal sobre *o quê* decidir?
- O Supremo Tribunal Federal possui mecanismos de controlar (a) quais casos enfrentará e (b) quando enfrentará esses casos? Liste esses mecanismos. Qual a sua base legal?



AULAS 11 E 12: MODELOS EXPLICATIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL: UMA INTRODUÇÃO

Nesta aula, procuraremos sistematizar os problemas e *insights* surgidos nas discussões passadas a partir de uma breve incursão na literatura empírica sobre comportamento judicial. Na primeira aula, tentaremos compreender os principais modelos explicativos sobre comportamento judicial desenvolvidos nas últimas décadas, com ênfase na literatura sobre a Suprema Corte dos EUA. A ideia aqui é formular um conjunto de *perguntas*, não de respostas, para investigação do comportamento do STF. Na segunda aula, discutiremos especificamente se e em que condições esses modelos explicativos (e suas premissas e perguntas fundamentais) podem ser adaptados e transpostos para a realidade brasileira. Durante a leitura, (a) procure identificar quais os principais pressupostos de desenho institucional dos modelos descritos no artigo, ao mesmo tempo em que (b) contrasta a realidade da Suprema Corte dos EUA com a do STF no Brasil, em especial do ponto de vista do desenho institucional.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, “Pressupostos Institucionais de Teorias sobre Comportamento Judicial e sua Transposição ao Caso Brasileiro”, *Direito e Praxis*, v.4, n.7, 2013. ***Ler apenas itens 1 a 3***



DIEGO WERNECK ARGUELHES

J.S.D. pela Yale Law School. Mestre em Direito Público e bacharel em Direito pela UERJ. LL.M pela Yale Law School. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade da FGV DIREITO RIO.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO