



A RACIONALIDADE NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

RATIONALITY IN THE CONSTRUCTION OF JUDICIAL DECISIONS AND THE INFLUENCE OF THE PUBLIC OPINION IN THE HIGHER COURTS

Veridiana Vallada Antão¹

RESUMO: Uma decisão judicial vai além do simples cumprimento de um dever do Estado. Quando um julgador profere uma decisão, ele aplica e exerce suas próprias convicções dentro dos limites de sua individualidade. Para um único caso concreto há incontáveis possibilidades de aplicação do Direito, cabendo ao julgador, a tomada de exigências racionais que corroboram com instituições garantidoras de direitos. Ocorre que as teorias acerca das decisões judiciais dentro da Filosofia e Teoria do Direito, não são capazes de descrever fatidicamente como os juízes – monocráticos ou órgãos colegiados judiciais – julgam na prática. Essas teorias se tornam desconexas da realidade, uma incompreensão generalizada sobre como argumentar, sustentar um ponto de vista ou defender um caso com chances de êxito em juízo.

Palavras-chave: Decisões Judiciais; Aplicação do Direito; Racionalidade; Opinião Pública.

ABSTRACT: A judicial decision goes beyond the simple fulfillment of a State's duty. When a judge decides, he applies and exercises his convictions within the limits of his

¹Advogada inscrita na OAB/SP com graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP/USP. É Vice-Presidente da Comissão de Direito Civil da 12ª Subseção da OAB/SP.

individuality. For a single concrete case, there are countless possibilities for applying the Law, and the judge is responsible for making rational demands that corroborate with rights-holding institutions. Theories about judicial decisions within Philosophy and Theory of Law, however, are not able to describe entirely how judges - monocratic or collegiate judicial bodies - judge in practice. These theories become disconnected from reality, a general misunderstanding about how to argue, sustain a point of view, or defend a case with a chance of success in court.

Keywords: Judicial Decisions; Application of Law; Rationality; Public Opinion.

INTRODUÇÃO

Uma decisão judicial é muito mais do que obediência às normas jurídicas. Ao decidir, o julgador, além de cumprir um dever do Estado, aplica e exerce suas próprias convicções. Ou seja, o agente (ou autoridade) que julga aplicará, dentro dos limites de sua individualidade, uma parte flexível de suas obrigações.

Desta forma, uma decisão judicial enfrenta inúmeras discussões, uma vez que são estabelecidas, cada vez mais, exigências racionais que possam aperfeiçoar as instituições garantidoras de direitos.

Assim, para um único caso concreto haverá diversas opções de decisões. A escolha será tomada a partir de sua comparação e o consequente reconhecimento de qual melhor soluciona o caso dado. Ocorre que para esta averiguação é necessário o enfrentamento de um aspecto tangencial que delimitará os critérios a serem empregados, ou seja, será realizada uma distinção e valoração dos critérios utilizados.

Fato é que, mesmo que haja diferentes possibilidades dentro da “moldura”, o Direito será exercido por comandos não normativos como a política jurídica que leva em conta os valores e fatos sociais.

Entretanto, as teorias que analisam a construção das decisões judiciais, dentro do campo da Filosofia e Teoria do Direito, não conseguem descrever como os juízes realmente decidem e, sobretudo, como as cortes superiores funcionam na prática. Ou seja,

elas retratam como as decisões DEVEM ser tomadas, mas não são capazes de explicitar como elas realmente ocorrem. Neste sentido, há a necessidade de se analisar fatores externos capazes de diretamente interferir na tomada da decisão judicial – seja decisões monocráticas ou colegiadas.

Foi a partir do julgamento do Mensalão em 2012 que as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a ser mais sensíveis às vozes das ruas. A opinião pública tomou conta do Tribunal que, pela primeira vez, condenou agentes políticos corruptos em longas sessões televisionadas. Nesse cenário, os ministros da Suprema Corte foram atraídos ou repelidos pela opinião pública ao sabor dos campos de força que se formaram em torno do assunto em debate.

Neste sentido, é possível afirmar que o modo de operar dos meios de comunicação – principalmente os de massa – interfere diretamente na opinião pública, uma vez que a reiteração de uma notícia tende a gerar uma confirmação da certeza de determinados fatos, não sendo estes necessariamente verdadeiros. Assim, quando uma opinião é acolhida pelos meios de comunicação, a tendência é torná-la dominante.

É neste contexto que se pretende realizar uma reflexão acerca de fatores externos, como a opinião pública, já que elas são capazes de interferir substancialmente nas tomadas de decisões dos juízes e cortes superiores.

O ensaio pretende, a partir da Teoria da Decisão – abrangendo fundamentos interdisciplinares que colocam conceitos matemáticos, filosóficos, jusfilosóficos, teórico-jurídicos e sociológicos - buscar a racionalidade de uma decisão judicial, tendo como base a relação entre os fatores internos e externos da tomada de decisão dos órgãos superiores judiciais.

1- A CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES E O COMPORTAMENTO JUDICIAL

Decidir é muito mais do que uma obediência às normas jurídicas. A autoridade julgadora, além de cumprir um dever do Estado “exercita uma parte flexível de suas próprias obrigações e limites no isolamento de sua individualidade e sob o influxo de procedimentos que pendulam entre o conteúdo da decisão e sua exteriorização formal, a sentença”. (MONTEIRO, 2007, p. 6105).

A Teoria da Decisão do Direito constitui uma interdisciplinaridade em seu fundamento. Logo, uma decisão judicial sempre será formulada em um mundo de direitos e deveres e a consciência do julgador. De certa forma, o julgador está a todo momento participando de um círculo subjetivo para a tomada de sua decisão. Ocorre que uma decisão judicial possui um fator determinante de diferenciação das demais decisões: ela é tomada por um agente detentor de uma autoridade específica para tal: o magistrado. A atividade judicial traz consigo aspectos ideológicos e concepções jurídico-políticas das relações entre a função de julgar e o poder político.

A compreensão da decisão judicial como uma função exercida pelo Estado teve uma dimensão a partir do pensamento iluminista² já que, até o surgimento do Estado de Direito (Revolução Francesa), o raciocínio judicial era uma expressão política, além de uma forma de sacerdócio³, que era dado, de certa forma, um grande valor aos precedentes, ou seja, um valor substantivo às decisões judiciais. Assim, os casos similares eram tratados de forma igual, sendo proferida a mesma decisão.

Foi somente a partir do pensamento iluminista que a atividade judicial passou a ser vista como uma manifestação de vontade soberana e não como uma simples expressão da razão humana.

A compreensão ampliada da decisão judicial como função reguladora exercida pelo Estado somente recebeu um profundo impacto transformador com o

² “*Iluminismo* designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau”. (BARROSO, 2001, p. 19).

³ “A janela da História possibilita a metódica divisão da experiência da produção judicial do Direito em três grandes períodos característicos. O primeiro momento evidencia as funções sacerdotais do agente da decisão judicial orientadas para a realização de alguma forma divinatória de justiça nas sociedades primitivas. A seguir, as primeiras instituições decisórias são desenvolvidas na vigência das organizações das sociedades antigas como a greco-romana e persistem diferenciando-se até o nascimento do Estado de Direito. A partir daí, apresenta-se e aperfeiçoa-se o modelo de decisão judicial implementado e desenvolvido pelo paradigma liberal do Direito [...] O juiz-sacerdote é institucionalizado primeiro explicitamente, depois, aos poucos, a postura sacerdotal passa a ser interiorizada no imaginário da função judicante que domina a produção judicial do Direito até a Revolução Francesa e certamente ainda imanente nos dias atuais.”. (MONTEIRO, 2007, p. 6115).

pensamento iluminista. Isso porque, até o surgimento do Estado de Direito com a Revolução Francesa, o raciocínio judicial, ao mesmo tempo uma forma de sacerdócio e uma expressão da Política, esteve na maior parte de sua experiência histórica preocupado com a justiça de suas decisões como valor substantivo, dando grande importância aos precedentes, devido à idéia de que os casos essencialmente similares deveriam ser tratados com igualdade. Durante todo esse tempo, o ideal de justiça universalmente válido domina o cenário dos raciocínios judiciais produzidos, ou seja, o agente da decisão judicial coloca-se na posição de autocompreender-se como um sacerdote encarregado de revelar as verdades e realizar a justiça universal. A existência desse ideal pode ser verificada como patrimônio do saber jurídico tradicional fundado num sistema de justiça universalmente válido, que remonta ao Direito romano, passando pelo Direito canônico, pelo Humanismo racionalista, pelo *common law*, chegando até às portas do iluminismo. (MONTEIRO, 2007, p. 6115).

Desta forma, o Estado passa a ser um árbitro imparcial e o juiz “*labouchequprononce lês paroles de laloi*” (MONTESQUIEU, 1987, p. 176), ou seja, um revelador das disposições gerais e abstratas da lei. O Direito passou a conter um caráter ideológico, equiparando-se à política legitimação do poder:

O direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a denominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação. (BARROSO, 2001, p. 14).

Neste novo sistema de separação dos poderes, o papel do julgador restou abreviado, uma vez que a ideia de legalidade e segurança jurídica dominaram o cenário, fortalecendo, desta forma, “o tratamento sistemático do Direito e a dedução lógica para os raciocínios judiciais”. (MONTEIRO, 2007, p. 6117).

Assim, para um único caso concreto haverá diversas opções de decisões. A escolha será tomada a partir de sua comparação e o conseqüente reconhecimento de qual melhor soluciona o caso dado. Ocorre que para esta averiguação é necessário o enfrentamento de um aspecto tangencial que delimitará os critérios a serem empregados, ou seja, será realizada uma distinção e valoração dos critérios utilizados.

Assim, quando dizemos que uma decisão foi fundamentada na lei, isto implica dizer, na realidade, que houve opção por uma entre várias possibilidades oferecidas no quadro que a lei constitui.

Hans Kelsen (1976) afirma que a interpretação não pode concluir por apenas um sentido, uma vez que esta medida constituiria uma ficção do posicionamento. Assim, cabe ao intérprete fazer o levantamento dos sentidos que a norma apresenta, mas também desenvolver o esforço para verificar qual o sentido mais correto e justo. É, de certo modo, uma atividade mental que indica o conteúdo das normas jurídicas, sem conduzir obrigatoriamente a uma única solução.

Entretanto, esta atividade é de natureza cognoscitiva, já que a *opiniodoctorum* não poderá ir além do exame de vários sentidos que as normas apresentam. Ocorre, porém, que a partir do momento em que o julgador/intérprete deve buscar, segundo Kelsen (1976), outras fontes, onde mais esse deverá buscar senão nos elementos teleológicos, axiológicos, histórico ou sociológico? Assim, estas “outras fontes” estariam diretamente em confronto com sua Teoria, já que para o autor o Direito seria apenas norma.

Fato é que, mesmo que haja diferentes possibilidades dentro da “moldura”, o Direito será exercido por comandos não normativos como a política jurídica que leva em conta os valores e fatos sociais.

O objetivo é buscar uma decisão que seja aceitável através de sua fundamentação jurídica. A fundamentação previne a arbitrariedade da decisão, ou seja, dá à decisão a devida legitimidade. Desta forma, a fundamentação será a justificativa da tomada daquela decisão. Entretanto, justamente por as razões não possuírem uma validade universal, as decisões sempre serão objetos de discussão, questionamento e revisão.

Como já discutido anteriormente, a decisão judicial obedecerá naturalmente a critérios aposteriorísticos, ou seja, serão levados em conta critérios de experiências vividas pelos julgadores e justamente por isso se torna imprescindível sua justificação para tornar, desta forma, a decisão aceitável. Em outras palavras, a justificação é um critério de legitimidade, uma tentativa de racionalizar a respectiva decisão.

Como assegura Cláudia Servilha Monteiro (2007), a decisão judicial sofrerá dois tipos de controle, o interno – exercido através do direito recursal - e o externo – exercido pela Sociedade. Estes controles atuam diretamente na motivação das decisões, sendo uma condição necessária para o próprio processo democrático, uma vez que a fundamentação é uma exigência constitucional (Art. 93, IX da CF/88).

Aqui é importante ressaltar a forte influência do controle externo, uma vez que, segundo Jery Wróblewski (1985), a justificação interna determina as premissas que nortearão a decisão e a justificação externa, por sua vez, indicará quais as premissas corretas.

Voltando ao raciocínio de Kelsen (1976), se há diversas formas de interpretação – e essas são absolutamente necessárias para a aplicação do Direito – a segurança jurídica estaria abalada, uma vez que cada julgador produz inovações jurídicas. Entretanto, justamente para garantir a segurança nas relações jurídicas, toda decisão judicial deve ser norteada pelos princípios constitucionais democráticos⁴.

Sendo assim, uma decisão judicial nada mais é que uma linguagem normativa de um processo comunicativo que tem como pressuposto a intersubjetividade entre os membros de uma sociedade. É o exercício do poder da própria sociedade, sendo o Direito, além de um fenômeno social, um fenômeno decisional.

Entretanto, todas as teorias acima mencionadas não conseguem descrever como os juízes realmente decidem e, sobretudo, como as cortes superiores funcionam na prática. Ou seja, elas retratam como as decisões DEVEM ser tomadas, mas não são capazes de explicitar como elas realmente são construídas.

Logo, essas teorias tornam-se ineficazes, uma vez que desconexas da realidade, ou seja, “uma incompreensão generalizada sobre como argumentar, sustentar um ponto de vista ou defender um caso com chances de êxito em juízo”. (MELLO, 2018, p. 690).

Neste sentido, há a necessidade de se analisar outros fatores que capazes de interferir substancialmente nas tomadas de decisões judiciais. Segundo Patrícia Perrone Campos de Mello (2018), há três modelos capazes de explicar o comportamento judicial: o legalista, ideológico e estratégico. O primeiro é embasado único e exclusivamente no material jurídico ortodoxo, ou seja, corresponde aos textos normativos, precedentes judiciais, à hermenêutica e à dogmática jurídica. Entretanto, este modelo é insuficiente para explicar o comportamento dos julgadores na tomada de decisão, já que outros podem diretamente influenciar no processo decisório. Porém, segundo a autora (2018, p. 693):

⁴ “As leis que regulamentam essa relação são denominadas leis políticas e são chamadas também de leis fundamentais, não sem alguma razão, se essas leis forem sábias, porque, se em cada Estado não há senão uma maneira de o dirigir, o povo que a encontrou deve ater-se a ela, mas, no caso de ser má a ordem estabelecida, por que se há de tomar por fundamentais leis que o impedem de ser bom?”. (ROUSSEAU, 2008, p. 79).

A solução de uma grande gama de casos que chega às cortes constitucionais e supremas cortes pode ser explicada por meio desse modelo. Trata-se, geralmente, de casos em que o texto constitucional é explícito acerca da solução, ou cuja questão do fundo geralmente já foi apreciada. Nessas situações, as cortes se engajam em uma atividade de correção de erro e de retificação das decisões proferidas pelas demais instâncias [...] No Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, um grande quantitativo de recursos – na verdade a grande maioria deles – é decidido com base na mesa reiteração de jurisprudência ou, ainda, com base em critérios formais de (in)admissibilidade. Nessas hipóteses, o comportamento legalista pode apresentar um grande potencial explicativo do comportamento judicial.

Já o segundo modelo – o ideológico – refere-se à ideologia do magistrado como um fator determinante para a tomada de sua decisão. Pode-se entender ideologia como o conjunto de valores e idéias que integram a visão do mundo do magistrado. Assim, a partir deste conjunto é possível compreender como determinado juiz julgará aquele caso concreto.

Este modelo foi embasado nas pesquisas empíricas (SEGAL, 1989, p. 557), realizadas no ambiente ideológico norte-americano, uma vez que há expressa dicotomia entre democratas e republicanos, tendo projeção direta na matéria constitucional. Desta forma, os democratas – ou progressistas – tendem a ser mais favoráveis aos direitos fundamentais e intervenção estatal na economia. Os republicanos – ou conservadores – por sua vez, não prezam pelas minorias e acreditam em uma economia liberal. Assim, através dos estudos – que utilizaram dois métodos distintos: (i) a explicação do comportamento dos juízes da Suprema Corte norte-americana e (ii) a atuação de juízes federais norte-americanos -, é possível afirmar que interferências ideológicas não podem ser generalizadas, pois as alterações ideológicas de cada magistrado podem ser alteradas ao longo do tempo, comprometendo, desta forma, a capacidade preditiva deste modelo.

Todavia, cumpre salientar que o modelo ideológico é relevante na compreensão dos comportamentos judiciais acerca de diversos fatores que interferem na tomada de decisão, principalmente nas situações em que há um alto grau de indeterminação acerca do direito e na insuficiência do material jurídico ortodoxo.

Não obstante, é importante mencionar que no Brasil, como não há um sistema ideológico bipolarizado como nos Estados Unidos (democratas e republicanos), este modelo acaba caindo por terra, já que impossível antecipar o voto de magistrado

simplesmente por suas inclinações ideológicas. Contudo, existem outros elementos capazes de prever – ou indicar – a decisão tomada, tais como: família, criação, meio social, religião, vinculação nos movimentos sociais etc.

O terceiro e último modelo - o estratégico – acaba sendo compatível com o modelo ideológico, mas com a característica de um comportamento mais sofisticado por parte dos magistrados. Assim como o modelo ideológico, “os juízes tendem a decidir de forma a influenciar o desenvolvimento do direito no sentido que consideram mais adequado”. (MELLO, 2018, p. 699). Entretanto, o magistrado busca identificar como seus colegas (do colegiado) se posicionarão em determinado julgamento, para que assim ele vote, não de acordo com suas convicções, mas em consonância com o entendimento capaz de ter maior adesão entre a corte.

Nessas circunstâncias é possível que ele procure identificar como os outros membros de um colegiado se comportarão em determinado julgamento e opte por votar não propriamente conforme as suas convicções, mas de acordo com um entendimento mais moderado e capaz de conquistar a adesão da maioria – o que o modelo estratégico convencionou chamar de *second best decision*. Entre votar como deseja e restar vencido, ou proferir um voto que não considera o ideal, mas que tem chance de ser aprovado pelo colegiado, é possível que o juiz opte pela segunda alternativa. Nesse caso, o magistrado agirá estrategicamente. (MELLO, 2018, p. 699).

Ocorre que neste modelo os magistrados não agem de forma racional, uma vez que a pré-compreensão do caso concreto e a consequente escolha da decisão de acordo do que espera em relação aos outros magistrados, pode gerar um “cálculo equivocado”, como por exemplo, através do viés da confirmação, onde há uma tendência em interpretar informações de modo a que confirmem preconceitos detidos pelo intérprete.

Além disso, a comprovação empírica deste modelo é praticamente inviável, já que, segundo Patrícia Perrone Campos Mello (2018, p. 701):

O enquadramento de certas atitudes como estratégicas ocorre *a posteriori*, em decorrência de interpretações desenvolvidas para explicar eventos que já se passaram e que essa particularidade faz com que o próprio observador perca a imparcialidade na compreensão dos fenômenos e gere, involuntariamente, percepções confirmadoras da sua hipótese.

Entretanto, apesar das críticas, este modelo possui um grande potencial explicativo na interação entre os membros de um órgão colegiado, como também as cortes superiores e

demais agentes externos. Nesta medida, é possível classificar o modelo estratégico entre interno e externo. O interno diz respeito à interação entre os membros de um órgão colegiado, ou seja, como mencionado anteriormente, o magistrado depende da decisão da maioria para seu voto prevalecer. Já o externo refere-se à interação entre as cortes e as instituições e agentes externos, entre eles o Poder Executivo, Legislativo e opinião pública.

Deste modo, as cortes e órgãos colegiados podem acabar sendo sensíveis como alguns agentes responderão por sua tomada de decisão. No Brasil, utilizando como referência o Supremo Tribunal Federal – órgão de cúpula do Poder Judiciário – “há regras que dispõem sobre a admissibilidade de recursos, sobre o modo de funcionar interno do Tribunal e sobre a sua interação com os demais Poderes” (MELLO, 2018, p. 705) e, justamente por isso, abre margem à comportamentos estratégicos.

Embora a CF/88 assegure independência ao Poder Judiciário, há a previsão de uma série de regras que funcionam como “freios”. Assim, se o Judiciário tem o poder de validar atos e normas produzidos pelo Poder Executivo e Legislativo, é o Executivo que detém o poder para assegurar o cumprimento destas decisões. Além disso, se cabe ao Presidente da República indicar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Legislativo aprovar o orçamento e reajustes dos juízes.

É possível, desta forma, demonstrar que o STF produz um “cálculo” sobre suas decisões, justamente para preservar sua estabilidade institucional, uma vez que parte de sua legitimidade deriva da credibilidade e da consistência de argumentos que os justificam e do apoio que detém junto à população. Assim, se a Suprema Corte puder antever um grande embate com os demais Poderes, avaliará, primeiramente, se possui o apoio da opinião pública, para que então possa buscar apoio aos demais Poderes.

Assim, as cortes superiores – representadas neste estudo pelo Supremo Tribunal Federal – agem como a Teoria dos Jogos⁵, uma vez que avaliam o momento esperado dos

⁵ A Teoria dos Jogos pertence à Matemática - criada por Von Neumann e Morgenstern (2004) -, mas também é encontrada em diversas áreas como Psicologia, Antropologia e na Filosofia com os autores como Leibniz, Schiller, Spencer, Wittgenstein, Heidegger e Gadamer. Nas Ciências Sociais, a teoria investiga “casos de decisão relativos ao poder e à competência, às situações de conflito, de competição, oposição e de cooperação”. (MONTEIRO, 2008, p. 3398). Neste âmbito, ela propõe um modelo ideal de comportamento para os agentes racionais levando em conta o comportamento racional dos demais agentes envolvidos na situação. Ou seja, ela estabelece critérios para a tomada de uma decisão racional em uma situação competitiva. “A Teoria dos Jogos, a seu turno, explica a ação humana justamente quando a consecução de um objetivo depende do comportamento de terceiros, demonstrando que, nessas condições, o agente definirá a sua conduta com base nas atitudes que espera dos demais. Por isso, se um juiz acreditar que suas preferências

demais e uma possível ameaça institucional, para que então possa tomar sua decisão minimizando os riscos e preservando sua estabilidade.

2- OPINIÃO PÚBLICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Foi a partir do julgamento do Mensalão⁶ em 2012 que as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a ser mais sensíveis às vozes das ruas. A opinião pública tomou conta da Suprema Corte que, pela primeira vez, condenou agentes políticos corruptos em longas sessões televisionadas. Em um cenário como este, os ministros são atraídos ou repelidos pela opinião pública ao sabor dos campos de força que se formam em torno do assunto em debate.

Decisões judiciais, por natureza, desagradam um laudo da causa. O STF, como Corte Constitucional, vocacionado à realização do controle concentrado de constitucionalidade, em que a existência de um caso concreto, de um personagem em julgamento, é irrelevante para o desenlace da ação, deveria estar relativamente à paixão das arquibancadas.

Mas a política desaguou no Supremo, e casa grande caso parece embutir um subtexto, um homem público em julgamento. A presença de “inimigos políticos” nas lides, mesmo que ocultos, passou a hiperbolizar o interesse pelas decisões dos ministros. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 83).

A partir da década de 60, o Supremo Tribunal Federal passou a ser um protagonista político no que tange à hermenêutica constitucional. Isso se deve a sua excessiva publicidade e a direta relação comunicativa entre a Corte e a sociedade civil.

Depois do golpe de 1964, as atenções em relação ao Supremo Federal aumentaram. Os habeas corpus impetrados por pessoas atingidas pela ditadura militar e os inquéritos contra políticos da oposição já eram suficientes para ampliar a visibilidade do Tribunal. Na década de 1970 foi criado o Comitê de Imprensa do Tribunal, um espaço reservado na sala do prédio principal do STF destinado aos jornalistas que poderiam enviar suas matérias às redações. Já nos anos 90, as emissoras de TV foram autorizadas, pela primeira vez, a transmitir ao vivo um julgamento do STF – não como um esforço pela transparência, mas

sinceras não obterão o apoio da maioria, ele tenderá a moderar seu entendimento, a fim de produzir um voto que possa ser apoio pelos demais, optando por uma *secund best decision*”. (MELLO, 2018, p. 700).

⁶ O escândalo do Mensalão consistiu em um esquema de desvio de dinheiro público, onde eram realizados repasses de fundos de empresas à partidos políticos em troca de apoio político.

sim para evitar tumulto. O julgamento referia-se ao Mandado de Segurança contra o impeachment do então presidente Fernando Collor. Foi a partir de daí que houve uma mudança de paradigma: o STF passou a conversar com a sociedade por meio da imprensa (RECONDO; WEBER, 2019, p. 91).

Desde 2002, o então presidente da Corte Min. Marco Aurélio Mello, determinou que as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal seriam transmitidas ao vivo pela TV Justiça⁷. Sua decisão sofreu grande resistência interna e, com isso, as sessões plenárias eram gravadas e posteriormente iam ao ar. Foi somente em 2003 que as sessões passaram a ser transmitidas ao vivo pela TV, além de seu canal de rádio. Não obstante, a internet possibilitou de forma rápida e completa as transmissões, através, principalmente, das redes sociais como Twitter, Facebook e Youtube que, diariamente, publicam conteúdos, notícias e informações jurídicas.

Dos grandes julgamentos aos bate-bocas, dos votos às estratégias de plenário, da jurisprudência consolidada às decisões conjunturais, o Supremo vem sendo acompanhado pela TV, pelo rádio e pela internet, ao vivo ao alcance de qualquer cidadão. E, como em todo seriado, tal exposição produziu bandidos e mocinhos, protagonistas e antagonistas que trocam de papel ao sabor do humor da audiência. Mais poderosos e célebres do que nunca, os ministros também se tornaram vidraças, alvo do necessário escrutínio da mídia, do público. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 94).

De certo modo, esta ostensiva publicidade do Supremo Tribunal Federal é aclamada, já que ela representa a transparência da atuação do Judiciário (representada pela Corte), dando a sensação do fortalecimento do Estado Democrático de Direito através do acesso da sociedade nos julgamentos, o que possibilita, conseqüentemente, uma maior participação e mobilização quanto aos problemas do país ali tratados e discutidos.

Além disso, a deliberação entre os Ministros ocorrida às portas abertas propicia, não só o controle do arbítrio individual⁸, como também a ciência das partes quanto às

⁷O Ministro Marco Aurélio, presidente interino no governo de Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei nº 10.461/2002 que dispõe, em seu art. 23, inciso I, acerca da inclusão da TV Justiça no serviço de TV a cabo. A medida foi tomada em virtude do déficit de informações de emissoras quando às notícias do âmbito do judiciário, a fim de possibilitar uma maior informação e participação da sociedade quanto às principais decisões, direitos e deveres. (BRASIL, 2002).

⁸Um órgão colegial exige a atitude coordenada de cada membro. Ou seja, cada membro deverá considerar o trabalho realizado pelos outros membros e o resultado, por sua vez, dependerá justamente desta atitude coordenada. A colegialidade se assemelha com a atuação em equipe, uma vez que em ambos há colaboração e deliberação entre seus membros. Essa interação é essencial, já que o resultado alcançado é o produto obtido

razões que foram consideradas pelo colegiado. De fato, a publicidade possibilita a aferição entre os fundamentos expostos na decisão escrita e aqueles debatidos durante a sessão de julgamento. Há, de certo modo, uma relação direta entre a publicidade e os princípios do contraditório, ampla defesa e motivação da decisão judicial - elementos de legitimação democrática do procedimento de elaboração da decisão judicial. (FRANCO, 2016, p. 67-68).

Entretanto, as transmissões da TV Justiça transformaram os ministros em protagonistas de um teatro político que fragiliza o espírito de colegialidade, além dos consensos adquirirem uma dinâmica imprevisível.

A relação entre ministros do STF e imprensa formou um ecossistema único no mundo, pela intensidade, frequência natureza das trocas. Em 2018, havia quarenta profissionais de imprensa credenciados no tribunal, contra 25 registrados na Suprema Corte americana. No mesmo ano, o STF mantinha uma Secretaria de Comunicação com 22 jornalistas e orçamento de aproximadamente 54 milhões de reais para alimentar TV, Twitter, rádio, notas impressas e comunicação interna. tornaram vidraças, alvo do necessário escrutínio da mídia, do público. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 89).

Esta massiva publicidade acarreta certo populismo judicial uma vez que os Ministros, naturalmente, utilizam deste meio como uma oportunidade para se destacarem. É certo que a transmissão ao vivo dos julgamentos é apenas um dos elementos que influenciam no processo decisório da Suprema Corte. Todavia, há um senso comum equivocado que parece se esconder por trás das discussões sobre o Supremo Tribunal Federal. (SILVA; MENDES, 2009).

Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes (2009) destacam que as transmissões ao vivo dos julgamentos criam uma falsa transparência institucional, pois não gera nenhum efeito direto na qualidade dos julgamentos:

Um tribunal constitucional transparente é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica

através desta troca de informações. Neste sentido, a colegialidade reforça o caráter impessoal, independente e imparcial do julgador justamente para que não haja a responsabilização de um único julgador (despersonalização). Além disso, a colegialidade também funciona como uma contenção do arbítrio individual, ou seja, como uma forma de evitar a concentração de poder em um só indivíduo – no caso, o julgador. Assim, a contenção do arbítrio individual tutela, principalmente, o jurisdicionado e o conteúdo da prestação jurisdicional, uma vez que induz o magistrado à neutralidade, equilibrando, desta forma, o entendimento de todos os julgadores.

jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade. Em suma, é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinados no debate público.

O que, de fato, se pode identificar nas transmissões dos julgamentos é apenas a agregação de onze opiniões pessoais que não possuem a menor pretensão em construir uma decisão institucional. Em outras palavras, há uma personalização da figura do julgador - o que confronta diretamente o princípio do colegiado. Ou seja, tanto a sociedade civil, quanto a comunidade jurídica passam a identificar os Ministros como pessoa do processo e estes, por sua vez, se preocupam com suas imagens na mídia, já que possuem plena consciência de seu papel político e, justamente por isso, tentam manter a imagem de autoridade e a legitimidade da instituição.

Não é incomum ver, através das transmissões dos julgamentos, a vaidade e o receio às críticas que os ministros possuem durante o processo decisório. Ao invés dos ministros realizarem um debate em busca da melhor decisão para o caso concreto, há a defesa de suas posições individuais.

E é justamente daí que Conrado Hübner Mendes (2010) utiliza a expressão “onze ilhas”, o qual exemplifica a dificuldade de cada Ministro em discutir e debater, além da falta de disposição para convergir.

O termo “onze ilhas” foi utilizado na década de 2000, pelo então Min. Sepúlveda Pertence, que classificou o STF como um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis. Entretanto, no decorrer dos anos 2000, a geopolítica do Tribunal ganhou nova formatação:

As onze ilhas tornaram-se Estados autônomos e independentes, cada um deles capaz de declarar guerra contra o Estado inimigo – o colega ao lado -, fazer sua própria política externa – com os outros poderes – e pautar-se por um regramento próprio. No Supremo, onde mais de 90% das questões são decididas individualmente, as ilhas se espraiaram em continentes e a colegialidade conheceu uma fragmentação inaudita. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 44).

E ainda:

O Supremo vive no desequilíbrio das onze agendas. O controle precário sobre essa miríade dos rumos do tribunal se dá, da mesma forma, por ações individuais internas – como a suspensão pelo presidente de uma liminar concedida monocraticamente por um ministro – ou, ou por reversões de decisões pelo Legislativo, algo que ocorre raramente. [...] O poder individual de seus integrantes estrangula a legitimidade do tribunal. E a falta de controle interno do processo decisório aprofunda a percepção do público de que o Supremo cada um

faz sua política como bem entende, baseando-se em interpretações próprias do que são as leis e a Constituição. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 291-293).

O interesse individual do agente de decisão em uma situação de cooperação com outros participantes foi enfrentado por Hobbes (1983), na Filosofia Política, num esforço de fundamentação da Sociedade Civil. Para o filósofo, a durabilidade do pacto social depende da existência de um Poder comum capaz de assegurar o respeito entre os homens e as ações individuais sejam em prol de um interesse comum.

Assim, a idéia hobbesiana de justiça relaciona-se com uma espécie de coerção que obrigue o cumprimento de um pacto (social) por todos os indivíduos, sob o risco de aplicação de alguma penalidade. Desta forma, este poder era conferido a uma única autoridade soberana que restringiria todas as vontades individuais por apenas uma – representando, desta forma, uma unidade de todas as vontades. Além disso, na concepção de Thomas Hobbes (1983, p. 110-111), este Poder Soberano pertenceria a uma autoridade judicial que teria a função de ouvir e julgar todas as controvérsias que poderiam surgir relacionadas à lei (pacto social).

Esta ideia fica melhor elucidada na Teoria da Decisão de Otfried Höffe (1977, p. 182) ao levantar a questão da moralidade nas escolhas das discussões acerca da fundamentação democrática das decisões políticas. Assim, para o autor (HÖFFE, 1977) a Teoria traduz apenas os termos formais do raciocínio de Hobbes. Ou seja:

os indivíduos tendem a buscar seus interesses pessoais sem se importar se eles possuem uma origem material, egoística, altruísta ou socialmente indiferentes. Para o autor, na linguagem da Teoria dos Jogos, tratam-se, tão somente, de uma cooperação recíproca entre egoístas formais. [...] o raciocínio da Teoria dos Jogos bem se presta a fornecer sistematicidade à estratégia de argumentação de Thomas Hobbes, ainda que enquanto recurso de linguagem seja supérflua, mas conceda certa elegância ao desenvolvimento do tema. Contudo, reafirma-se a idéia de que há agentes racionais das decisões que cumprem as normas ainda que estas não maximizem o interesse pessoal. Qualquer proposta de racionalidade do seguidor de normas deve enfrentar uma dicotomia: ou bem as normas servem a outros valores, ou bem há um valor intrínseco em ser um seguidor de normas que faz com que seja racional decidir conforme a elas. (MONTEIRO, 2008, p. 3412-3413).

E é justamente sob esta ótica que a ideia de sessão secreta de julgamento do Supremo Tribunal Federal – como ocorre nas Cortes norte-americana e inglesa⁹ - parece interessante, pois fomentaria um debate mais sincero dando margem para um melhor desempenho deliberativo. Os juízes estariam mais dispostos testarem argumentos mesmo que eles não estejam seguros de que sejam os melhores. (SILVA, 2013, p. 582).

Simone Chambers (2004, p. 389) questiona a transparência da deliberação em questões particulares, como o surgimento das *plebiscitory reasons*¹⁰, ou seja, aqueles argumentos arguidos superficialmente e manipulados e forjados com o intuito de encobrir as verdadeiras razões da tomada da decisão.

De certa forma, o equilíbrio entre a sessão aberta e secreta seria a melhor saída. As sessões poderiam ser secretas, mas gravadas e posteriormente divulgadas. Em que pese ser uma possibilidade, muito provavelmente não mudaria a situação, uma vez que os Ministros ainda estariam preocupados com sua imagem pública. Além disso, em outros órgãos colegiados, como nos Tribunais de Justiça, não há a publicidade das sessões de julgamentos – ou, pelo menos, a transmissão ao vivo – e ainda sim os juízes não parecem muito suscetíveis ao debate e empenhados no procedimento deliberativo.

Além disso, apesar da ostensiva imagem pública do STF, é necessário considerarmos algumas questões relevantes. A verdade é que os cidadãos sabem muito pouco o que efetivamente ocorre (e o que se discute) no Poder Judiciário. Os fatos e informações que chegam até seu conhecimento são intermediados pela imprensa. Assim, todo relato é, de certa forma, uma versão produzida pela subjetividade de quem relata. Conforme afirma Patrícia Perrone Campos Mello (2017, p. 418):

Todas as pessoas são altamente influenciadas por suas visões de mundo, por suas experiências pretéritas, por seu background, pelos grupos com os quais se identificam, pela fé que professam, pelos valores pelos quais estão dispostos a lutar. [...] os fatos e seus sujeitos são relatados e construídos com o recurso e estereótipos, tal como nas novelas. As notícias bombásticas trazem ferozes destemidos, anti-heróis torpes, políticos corruptos, cidadãos simples idôneos,

⁹ “De acordo com o que comprovam as experiências norte-americana e inglesa, ainda que os votos dissidentes e concorrentes sejam aspectos do modo colegiado de decidir na common law, a existência de uma etapa de deliberação secreta é considerada vital, já que permite o franco debate e a disposição para sopesar criteriosamente os argumentos ventilados pelas partes, num contínuo processo de reflexão e discussão colegiada”. (ZARONI, 2015, p. 3).

¹⁰ Razões plebiscitárias

minorias humildes e oprimidas. Como consequência, o público passa a se relacionar com os fatos como os espectadores interagem com as novelas.

Desta forma, o modo de operar dos meios de comunicação – principalmente os de massa – interfere diretamente na opinião pública, uma vez que a reiteração de uma notícia tende a gerar uma confirmação da certeza de determinados fatos, não sendo estes necessariamente verdadeiros. Assim, quando uma opinião é acolhida pelos meios de comunicação, a tendência é torná-la dominante. Este episódio é chamado de efeito demanda (MELLO, 2007) já que qualquer grupo pode ser levado a posições extremas, equivocadas e reforçadas de preconceitos.

Ocorre que os magistrados – como qualquer cidadão – estão sujeitos a esta exposição, já que a mídia é o principal elo entre os juízes (principalmente de uma corte constitucional) e demais grupos com os quais os julgadores se importam, tais como amigos, comunidade jurídica, movimentos sociais e opinião pública. Desta forma, “como a população em geral, os integrantes de uma corte são expostos e vulneráveis ao contágio informacional e ao contágio reputacional”. (MELLO, 2017, p. 419).

Assim, não há dúvidas que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, são meticulosamente acompanhados pela mídia e qualquer ação tem grande visibilidade. Os entendimentos de cada Ministro são avaliados pela imprensa e julgados pelo público, tratando as sessões como verdadeiros espetáculos. Entretanto, “convergir ou divergir da opinião pública não pode ser considerado um critério único ou estático de legitimação das decisões políticas ou judiciais”. (MELLO, 2017, p. 420).

CONCLUSÃO

A decisão judicial caminha entre a consciência política e compromissos democráticos. Ela, como sendo uma linguagem normativa, se insere em um processo comunicativo que pressupõe, de certa forma, uma intersubjetividade. Assim, além de ser um fenômeno decisional, é o exercício da Sociedade, ou seja, é também um fenômeno social.

Para esta compreensão é necessário ir muito além da Teoria e a Filosofia do Direito, uma vez que os métodos para a construção de uma decisão judicial são muito mais

complexos a partir do momento que as sociedades democráticas vêm exigindo, cada vez mais, uma resposta política nos julgamentos.

Diante desta análise, foi possível compreender que os julgadores – representados aqui pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal - estão sujeitos a sofrer diversas influências – sejam elas institucionais, pessoais ou sociais - que podem afetar diretamente na tomada de decisão em grupo.

Diante de tal quadro, casos de grande projeção, que inflamam a mídia e conseqüentemente a população, podem refletir diretamente no posicionamento da Corte, que acaba proferindo decisões divergentes ou convergentes da visão dominante da comunidade. Como mencionado, convergir ou divergir da opinião pública não pode ser considerado um critério único ou estático de legitimação das decisões políticas ou judiciais.

A articulação entre o ordenamento jurídico e outros critérios empregados pelo agente (julgador) não isenta da responsabilidade de suportar algumas conseqüências quanto à sua tomada de decisão. Assim, “o prejuízo pela formalidade não tem como empregar a própria formalidade da decisão como justificativa”. (MONTEIRO, 2007).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776> >.

BRASIL, **Lei nº 10.461/2002**. Diário Oficial da União de 20 mai. 2002.

CHAMBERS, Simone. **Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation**. Journal of Political Philosophy. V. 12. 2004.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil. 3. ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trad, da 2ª Ed., Armênio Amado-Editor, Sucessor, Coimbra, 1976.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **A Vida Como Ela é: Comportamento Estratégico Nas Cortes. Life How It Is: Strategic Behavior In The Courts.** Revista Brasileira de Políticas Públicas 8.2, 2018.

_____. **Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Superior Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas.** Folha de São Paulo, São Paulo, Caderno Opinião, 2010.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial.** XVI CONGRESSO DO CONPEDI. 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>.

_____. **A decisão racional na teoria dos jogos.** In: Anais do XVII Encontro Preparatório Para o Congresso Nacional do Conpedi, Fundação Boiteux, Salvador, 2008. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf>.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Saraiva, 1987.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economic behavior.** 6. ed. Davis: California University, 2004.

HÖFFE, Otfried. **Estúdios sobre teoría del derecho y la justicia.** 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. México, D.F.: Fontamara, 1997.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** 1ª. Ed. – São Paulo: Campanha das Letras, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Tradução Ciro Mioranza. 2ª Edição. Ed. Escala. 2008.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. **Ideological values and votes of U.S. Supreme Court Justices.** American Political Science Review, Washington, v. 83, 1989.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** International Journal of Constitutional Law, v.11, 2013.

_____; MENDES, Conrado Hübner. **Entre a transparência e o populismo judicial.** Folha de São Paulo, São Paulo, maio, 2009. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>>.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Justificación de las decisiones jurídicas.** In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.** Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

ZARONI, Bruno Marzullo **Julgamento Colegiado e a Transparência na Deliberação do STF: Aportes Do Direito Comparado.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. 2015