



Observatório Constitucional: A atuação dos juízes e a teoria constitucional

Spacca

Em meio ao julgamento do caso da demarcação da reserva indígena “Raposa Serra do Sol”, um fato inusitado passou quase despercebido por aqueles que acompanham o cotidiano da Suprema Corte. Após o voto do ministro Menezes Direito, segundo a votar, o ministro Marco Aurélio, que seria o penúltimo, adiantou pedido de vista. Contrariando sua tradição, o Supremo Tribunal Federal deliberou, em questão de ordem, prosseguir no julgamento, independentemente do pedido de vista do ministro Marco Aurélio, vencido no ponto o ministro decano Celso de Mello, que se pronunciou no sentido de aguardar-se o retorno do processo à pauta. Ao final do julgamento, o ministro Marco Aurélio foi o único vencido no mérito, decretando a nulidade do procedimento administrativo que demarcou a reserva indígena em questão.



Jorge Lavocat Galvão
procurador do
Distrito Federal

Já no julgamento da Reclamação 383, célebre caso que sedimentou as hipóteses de cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade no âmbito estadual, o ministro Moreira Alves, então decano da Corte e último a votar, antecipou pedido de vista logo após o voto do relator, ministro Carlos Velloso, interrompendo, assim, o julgamento do caso. Quando do retorno do processo ao plenário, a Corte, por maioria, acompanhou o voto do ministro Moreira Alves e modificou a jurisprudência firmada, poucas semanas antes, na Reclamação 370, julgamento esse do qual o decano não havia participado. Enquanto neste caso se decidiu, por 9 a 1, que não seria cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual em face dos preceitos das Cartas locais que reproduzem normas de observância obrigatória da Constituição Federal, por configurar usurpação de competência da Corte Constitucional; naquele processo, por 7 a 4, o tribunal entendeu que a apreciação pelos Tribunais de Justiça de ações diretas em face das Constituições estaduais — independentemente da natureza da norma-parâmetro — não violaria a autoridade do Supremo Tribunal Federal, uma vez ser cabível recurso extraordinário contra o acórdão local. Na Reclamação 383, portanto, o voto-vista do ministro Moreira Alves gerou um amplo debate entre os membros do tribunal e foi determinante para mudar a orientação de cinco deles.

Alguns questionamentos interessantes sobre o instituto do voto-vista despontam da análise desses julgados. Por que os ministros decidiram, no caso da “Raposa Serra Sol”, não interromper o julgamento após o pedido de vista? Em contrapartida, por que na Reclamação 383 o tribunal decidiu esperar o voto do decano? Quais seriam os propósitos de se adiantar um pedido de vista por parte de ministros mais antigos? E quais razões levariam os magistrados mais novos a proferir seu voto antes da suspensão do julgamento? Com relação ao primeiro caso, haveria alguma mudança no resultado final se o ministro Marco Aurélio apresentasse seu voto antes dos demais ministros? Aumentaria o ônus argumentativo desses magistrados caso o voto divergente fosse apresentado em terceiro lugar? Já no que tange ao segundo caso, o precedente firmado na Reclamação 370 teria sido mantido se os ministros mais novos tivessem adiantado seus votos? De maneira geral, como o voto-vista influencia a estratégia dos julgadores em órgãos colegiados?

É interessante notar que, na literatura estrangeira, há vários estudos sobre o padrão comportamental dos



juízes[1]. Levando em consideração as especificidades do modelo de votação empregado nos tribunais americanos, em que os magistrados conhecem de antemão o voto dos demais colegas, o constitucionalista Lawrence Sager, por exemplo, chegou à conclusão de que os juízes tendem a adotar um posicionamento muito mais radical quando são vencidos do que quando compõem a maioria.[2] No caso do voto-vista, instituto característico dos tribunais brasileiros, não há notícia de qualquer estudo aprofundado por parte dos constitucionalistas pátrios quanto aos seus efeitos sobre o agir dos magistrados. É de indagar-se o porquê dessa lacuna em *terrae brasilis*.

Recentemente, o debate sobre o comportamento estratégico dos juízes voltou à tona na academia estadunidense. O julgamento que confirmou a constitucionalidade do *Obamacare* — certamente o caso de maior repercussão nos Estados Unidos no ano de 2012 — surpreendeu grande parte dos estudiosos do direito constitucional.[3] Isso em razão de o *Chief Justice* Roberts ter desempatado o julgamento contrariamente ao posicionamento da ala conservadora da Corte, à qual ele normalmente se associa. Uma questão intrigou os analistas: o que teria levado um juiz marcadamente reconhecido por suas posições conservadoras a mudar de lado em caso de tamanha relevância?

Em uma de suas últimas colunas no *The New York Review of Books*, Ronald Dworkin fez um estudo quantitativo de todos os casos decididos por 5 a 4 desde 2005, para demonstrar que, diferentemente do *Justice* Kennedy, que se uniu aos liberais em 25 casos, e dos *Justices* Scalia e Thomas, que mudaram de lado duas vezes cada, o *Chief Justice* Roberts jamais havia tomado posição semelhante.[4] A partir dessa constatação, Dworkin procurou compreender o motivo que teria levado o magistrado a agir de forma diferente no caso *Obamacare*. Analisando uma série de dados — como o resultado de uma pesquisa de opinião que indicou que a maioria dos americanos passou a considerar a Corte um mero órgão político em razão de sua nítida divisão entre juízes liberais e conservadores — Dworkin articulou, em tom crítico, uma justificativa para tal decisão: o *Chief Justice* Roberts teria agido estrategicamente a fim de aumentar a credibilidade da Corte para, no futuro, ter condições de votar favoravelmente aos conservadores em casos de maior relevância para os Republicanos, como, por exemplo, nos que dizem respeito a cotas em universidades e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Qual a importância de estudos como esses acerca do voto-vista e da atuação do *Chief Justice* Roberts, que reconhecem espaços institucionais à ação estratégica por parte dos magistrados? Na coluna do Observatório Constitucional do último dia 30 de março, argumentei que os constitucionalistas brasileiros deveriam gastar menos tempo discutindo teorias da decisão e prestar mais atenção em estudos como esses, com o fito de aumentar nossa compreensão sobre o funcionamento da Suprema Corte e, em última análise, contribuir para o aprimoramento de nosso arranjo institucional[5]. Defendi que a ênfase na interpretação constitucional por parte dos pesquisadores pátrios tem ofuscado outras análises também relevantes a respeito do modo como a Corte opera dentro da engrenagem estatal. Sugeri, então, uma agenda de pesquisa mais voltada para a análise do contexto decisório e de suas consequências para a definição dos casos do que para a decisão judicial em si.



Minha proposta recebeu a atenção do professor Lênio Luiz Streck^[6], que concordou em parte com meu diagnóstico e instigou-me a aprofundar um pouco mais o argumento. De início, registro que acredito ter havido uma má compreensão de alguns aspectos de meu artigo pelo colunista, proporcionada, penso eu, pela leitura do texto a partir de seu título^[7]. Aproveito, pois, a oportunidade para esclarecer alguns pontos e avançar no tema.

Defendi um “choque de realidade” no estudo do direito constitucional. O que isso significa? Estudos sobre teorias da interpretação e da argumentação têm sido a tônica do debate constitucional nos últimos anos. Pouco se tem produzido, contudo, sobre o arranjo institucional no qual a Corte está inserida. A decisão judicial depende não só do juiz e de seus argumentos, mas das condições em que ela é tomada. Julgar no Brasil é o mesmo que nos Estados Unidos, local em que a teoria de Dworkin foi desenvolvida? Quais as principais diferenças? A transmissão pela TV Justiça modifica o comportamento dos juízes? A ordem de colheita dos votos tem impacto no resultado dos casos? Qual a relevância do voto-vista? São questões práticas como estas, relacionadas ao contexto decisório, que, a meu sentir, demandam maior atenção dos constitucionalistas.

Afirmar, ademais, que os debates filosóficos sobre, por exemplo, a melhor interpretação de um ou de outro autor, ou da diferença entre regras e princípios, não mais avançam o nosso conhecimento sobre o funcionamento da Corte. Sofisticamos bastante a pesquisa sobre a teoria da interpretação sem que sejamos capazes de responder a questionamentos corriqueiros, como: por que alguns processos demoram a entrar em pauta e outros são rapidamente apreciados? Quais são os processos que entram rapidamente em pauta e quais são os seus interessados? Quais são os principais beneficiários e prejudicados pelo exercício da jurisdição constitucional? Que fique claro: não foi a teoria de Dworkin, de Alexy ou de qualquer outro teórico que encobriu aspectos relevantes do processo decisório, mas o estudo obcecado dessas teorias, cujo foco está em responder como os juízes devem decidir os casos difíceis. Se, ao final, o máximo que se consegue afirmar sobre as aparentes contradições entre julgamentos do Supremo Tribunal Federal é que os ministros não seguem de maneira adequada essa ou aquela teoria, a limitação desse tipo de pesquisa parece-me mais do que evidente.

Não pretendo “reinventar a interpretação constitucional”. O ponto é exatamente o oposto: foquemos menos nos juízes e seus argumentos e mais nos arranjos institucionais nos quais eles estão inseridos. Ao sugerir a mudança de abordagem não menosprezei o que foi construído na área da filosofia constitucional nas últimas décadas. Longe disso! O que procurei demonstrar é que esses estudos teóricos seriam enriquecidos com análises sobre o funcionamento da Corte e sobre a atuação de seus membros.

Compreender o modo como os tribunais operam dentro da engrenagem estatal revela-se importante não apenas para se ter conhecimento sobre o que esperar de nossos juízes (afinal, não podemos ter ilusões), mas também para diagnosticar o que pode ser aprimorado. Acredito que essa tenha sido a intenção de Dworkin ao fazer a análise do comportamento do *Chief Justice* Roberts na coluna mencionada, o que certamente não o posiciona “com um pé em Hart e outro no realismo”. Ao contrário do sugerido pelo colunista, a adoção de uma perspectiva mais próxima à ciência social não necessariamente mina o caráter normativo de uma concepção jurídica, desde que tal análise esteja imbricada à interpretação construtiva da prática na qual o observador — que obviamente não se pressupõe neutro — está inserido.

Em minha coluna anterior elaborei diversas questões que considero relevantes. Nesta coluna acrescento



a tal rol mais uma sobre o intrincado instituto do pedido de vista e seus reflexos sobre a decisão judicial. Não considerá-las — ou apenas afirmar sua relevância em vez de pesquisá-las a sério — tem levado a abordagens que superestimam e romantizam o papel das Cortes, sem indicar alternativas institucionais que promovam o aperfeiçoamento da atuação judicial. Ganharíamos muito se esses temas fossem trabalhados por alguém tão talentoso como o professor Lênio Streck. Tal esforço engrandeceria, em vez de “jogar por terra”, a sua já conhecida teoria da decisão.

[1] Cf., por exemplo, Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 1 *Journal of Public Law* (1958).

[2] Cf., Lewis A. Kornhauser and Lawrence G. Sager, *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, 81 *Cal. L. Rev.* 1 (1993).

[3] Sobre a decisão, confira o artigo de Sérgio Antônio Ferreira Victor publicado na coluna do Observatório da Jurisdição Constitucional de 25/08/12. In: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-25/observatorio-constitucional-construcao-health-care-act-eua>.

[4] Ronald Dworkin, *A Bigger Victory than We Knew*. In: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/aug/16/bigger-victory-we-knew/?page=2>.

[5] Cf. <http://www.conjur.com.br/2013-mar-30/observatorio-constitucional-teoria-juridica-reinventada>.

[6] Cf. <http://www.conjur.com.br/2013-abr-04/senson-incomum-observatorio-observatorio-ou-circulatura-quadrado>.

[7] Como o professor Lênio Streck bem sabe, os títulos dos artigos da ConJur são editados.

Date Created

13/04/2013