

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P769

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Querino Tavares Neto. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-752-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça ocorrido no XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI que ocorreu na UNISINOS, na cidade de Porto Alegre-RS, entre os dias 14 e 15 de novembro de 2018, prova a acertada e cada vez mais efetiva afirmação do CONPEDI como espaço de discussão acadêmica científica do mais alto nível. Isso não ocorre apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados mas, sobretudo, pela oportunidade cada vez mais acentuada do aprofundamento das discussões e troca de experiências acadêmicas entre os participantes.

Nesse GT a discussão caracterizou-se mais uma vez pela inovação das temáticas trazidas à discussão e, em uma dimensão mais intensa, um aprofundamento crítico das teorias e análises de casos concretos que sublevam o espaço à condição arquetípica de flâneur academicus. Numa palavra, transcendeu-se o momento da transpiração pessoal e, às vezes solitário da composição acadêmica, por um pulsar coletivo do sentido que transcende o pensar num alcance do fazer, qual seja, uma embriaguez coletiva.

Assim, trabalhos de diversos lugares e instituições brasileiras evidenciaram nas apresentações e discussões que se seguiram, um pulsar, até um pouco efusivo, da necessidade constante de atualização, e o hiato desse estado húmus acadêmicos com a realidade.

Os artigos apresentados e debatidos no Grupo transitaram por temáticas da Política Judiciária e suas formas de Gestão. Nessa direção, os trabalhos de Ana Elizabeth Neirão Reymão e Karla Azevedo Cebolão; Catharina Orbage de Britto Taquary e Eneida Orbage de Britto Taquary; Daniela de Jesus Soares Lima e Stella de Souza Ribeiro de Araújo, que enfrentaram a necessidade da atualização das instituições judiciárias e denunciaram a dificuldade de superar as herméticas estruturas burocráticas do aparato judiciário. O mesmo problema foi também abordado na questão de demandas repetitivas, como nos indicaram Rômulo Sauáia Marão e Giovanni Bonato. A Política judiciária mais uma vez perpassou o trabalho apresentado por Carlos Henrique Rezende dos Santos Pereira, que destacou a recorrente necessidade de Políticas Públicas no âmbito do Poder Judiciário. Finalmente, aquilo que parecendo um apoteótico descerramento de cortinas, a propositura de Meire Aparecida

Furbino e Marques e Sérgio Augusto Veloso Brasil, que extrapolou o campo da análise, para uma proposta comparativa entre sistemas de justiça, que evidenciou a urgente necessidade de apreensão de outras experiências para aperfeiçoamento da Administração da Justiça brasileira.

O que se depreende a cada novo GT Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça é um aumento significativo das pesquisas empíricas, estabelecendo um aprimoramento das análises, indicando um olhar cada vez mais multidisciplinar e dialogal que extrapola o reducionista jeito de dizer as coisas, para fazê-las.

Que esse ethos nos inspire cada vez mais: Marielle Franco, presente!

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG / PUC-PR

Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa – PUCPR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA CUTUCADA INSTITUCIONAL: CAPACIDADES DO PAPEL ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AN INSTITUTIONAL NUDGE: CAPABILITIES OF THE ILLUMINIST PAPER OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Stella de Souza Ribeiro de Araujo

Resumo

No Brasil o STF parece ter tomado para si a responsabilidade de responder questões econômicas, sociais e políticas sensíveis. Embora O Ministro Barroso defenda o papel da Corte de empurrar a história, não se deve olvidar as capacidades institucionais que esta possui. Este trabalho pretende analisar o cenário em que o STF atualmente se encontra e a viabilidade da teoria de Barroso com base na Teoria Institucional. Desse modo, a hipótese que se busca analisar é a de se a manutenção da atual posição do Supremo quanto a seu papel institucional é sustentável e compatível com seu desenho constitucional.

Palavras-chave: Capacidades institucionais, Stf, Teoria do risco, Separação de poderes, Desenhos constitucionais

Abstract/Resumen/Résumé

In Brazil, the Supreme Court seems to have taken responsibility for responding to sensitive economic, social and political issues. Although Minister Barroso defends the Court's role of pushing history, one should not forget the institutional capacities it has. This paper intends to analyze the scenario in which the STF currently stands and the viability of Barroso's theory based on the Institutional Theory. Thus, the hypothesis that is sought to analyze is whether the maintenance of the Supreme's current position regarding its institutional role is sustainable and compatible with its constitutional design.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutional capacities, Stf, Risk theory, Separation of powers, Constitutional designs

1. INTRODUÇÃO

A complexidade das questões da modernidade e seu cotidiano de crise, fizeram com que o modelo clássico de separação de poderes tal como formulado já não mais exista, havendo em algumas partes do mundo um fortalecimento do executivo, exatamente por questões de capacidade de resposta a essas novas demandas que incluem celeridade, expertise, recursos, além de práticas institucionais e informais que construíram o que hoje conhecemos como Estado Administrativo.

O Brasil é um caso em que particularmente não o executivo, mas o Judiciário diz ter tomado o frente de batalha, buscando solucionar questões econômicas, sociais e políticas sensíveis dentro de uma realidade que os Pais Fundadores americanos ou Montesquieu jamais teriam imaginado.

Contudo, embora o Ministro Barroso afirme que o Judiciário e particularmente o STF possuem maior sensibilidade aos anseios do povo e um papel iluminista de empurrar a história, não se pode olvidar que o Supremo é formado por onze ministros, humanos, que não possuem a expertise necessária, tempo infinito, ou recursos que sustentem suas decisões em busca de resolver diversos problemas sociais. Parece com isso que o entendimento e possibilidade de efetivação de políticas públicas, questões econômicas, limites de orçamento entre outros temas, exige, por assim dizer, maior envergadura institucional para sua efetivação.

O Supremo, de acordo com seu Ministro Luís Roberto Barroso, parece entender que possuiu a missão institucional de decidir casos tanto para agradar as majorias, quanto às minorias e ainda empurrar a história na direção das melhores razões morais disponíveis. Contudo, pode ser que esses papéis, não totalmente previstos no desenho constitucional, não sejam tão amplos ou eficazes quanto gostariam seus ministros, e seu esforço não valha os custos decorrentes.

Dessa forma, o presente artigo pretende analisar o cenário em que o STF atualmente se encontra e a viabilidade da teoria de Luís Roberto Barroso de uma Corte Iluminista dotada de maior representatividade que os demais poderes em uma perspectiva prática.

Cabe, ainda, delimitar o estudo, a fim de que não se frustrem possíveis expectativas a partir de sua leitura. Portanto, esta não é uma análise do judiciário como um todo, embora seja possível

realizar algumas comparações, o objeto em foco é o Supremo Tribunal Federal. Também não se busca aferir o mérito dos casos tratados pelo STF, mas tão somente a sua capacidade de sustentar e dar eficácia ao papel institucional que vem construindo, quer queira, quer não, nos últimos anos sem que o resultado seja sua exaustão. Isso porque se argumenta durante o presente estudo que o esgotamento do Supremo pode advir das práticas que vem sendo desenvolvidas ao longo do tempo, que em um cálculo que envolva custos e benefícios pode deixar o Supremo no vermelho.

Em consequência, faz parte dos objetivos aqui perseguidos, determinar possíveis riscos na atuação da Corte quando da construção dessas práticas, de modo a definir se a hipótese aventada se sustenta ou não.

Argumenta-se, portanto, que mais relevante que buscar justificar ou não a atuação do STF em casos específicos, é se preocupar com a visualização de um modelo estável, em que invariavelmente não será possível manter o judiciário no centro. Em suma, a hipótese que se busca analisar é a de se a manutenção da atual posição do Supremo quanto a seu papel institucional é sustentável e compatível com seu desenho constitucional.

Parte-se da análise do Supremo Tribunal Federal como detentor de um papel iluminista e representativo conforme elaborado pelo Ministro da Corte Luís Roberto Barroso com base no direito como integridade de Ronald Dworkin em oposição à teoria institucional, em especial conforme os ensinamentos de Adrian Vermeule, a fim de identificar as limitações daquela primeira quando confrontada por questões que envolvem capacidades institucionais e efeitos sistêmicos.

2. A QUEDA DO IMPÉRIO

Não há dúvidas, ao menos não nas discussões teóricas aqui relatadas, de que o modelo clássico de separação dos poderes ruiu em virtude da atual complexidade da estrutura e funcionamento, além da extensão, do constitucionalismo contemporâneo. Inclusive em algumas partes do mundo ocorreu o fortalecimento do executivo, pautado em questões de capacidade de resposta a essas novas reivindicações (BARROSO, 2015, p. 39).

Atualmente os Estados Nacionais precisam lidar com as mais variadas demandas, fruto da modernização do modo de vida de seus cidadãos, como o advento da internet, novos meios de comunicação e entretenimento, novas tecnologias de produção, além de questões que envolvem a conformação de políticas públicas que visam atender a direitos sociais dos indivíduos em meio a uma sociedade plural.

Nesse contexto, nos Estados Unidos, por exemplo, é possível verificar uma diminuição do papel do judiciário, e em especial de sua Suprema Corte, com relação à Administração Pública exatamente pela consciência de que essas questões necessitam ser atendidas de forma célere, por instituições com *expertise* e recursos suficientes para dar eficácia às soluções pretendidas, o que se desenvolveu a partir de práticas institucionais e informais que conformaram o que hoje conhecemos como Estado Administrativo (Cf. VERMEULE, 2016).

Contudo, se para a Teoria Institucional, e em especial para Adrian Vermeule, o Estado administrativo com um Executivo forte é uma situação razoavelmente positiva e da qual não se tem volta. Por outro lado, autores como Luís Roberto Barroso defendem que a ascensão do Judiciário no Brasil é positiva, visto que este seria o melhor intérprete do sentimento majoritário e asseguraria o governo da maioria com respeito às minorias e a igual dignidade dos cidadãos quando da paralisação do processo político majoritário pelos demais poderes (BARROSO, 2015, p. 40).

Dessa forma, Barroso claramente segue uma posição Neoconstitucionalista para desenvolver sua tese, em especial, a teoria do direito como Integridade desenvolvida por Ronald Dworkin, para quem os juízes nem encontram, nem fazem direito, mas interpretam. Essa interpretação é vista como uma atitude ou abordagem do que está sendo interpretado, e não um conjunto de técnicas a serem mecanicamente aplicadas¹.

Assim, tanto para Dworkin, quanto para Barroso, proposições de direito são verdadeiras se figuram ou seguem os princípios de justiça, equidade e devido processo legal que forneceria a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma comunidade.

¹ Interpretação nesse sentido envolve entender o propósito de alguma coisa e entender isso em sua melhor luz, é interpretar o direito para que seja o melhor que pode ser. Assim, aponta que para a realização desse trabalho é preciso ter em mente duas dimensões, quais sejam, a de adequação e a de justificação. Em breve síntese, a dimensão de adequação diz respeito a olhar como os juízes no passado interpretavam as leis de forma a integrá-las às decisões do presente, enquanto a dimensão de justificação se preocupa com que essas decisões estejam de acordo com os melhores padrões de moral política, com um olhar para o futuro, enquanto juízes interpretam o direito de forma a deixar o corpo de leis como um todo melhor justificado de acordo com os melhores princípios de moralidade política disponíveis (Cf. DWORKIN, 2007, p. 271).

Ainda, ao tratar da medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas, Dworkin distingue três principais posições de interpretação geral da prática constitucional norte-americana, o passivismo, a integridade, e o ativismo judicial².

O passivismo, em síntese, pressupõe exatamente o que o termo preconiza, que as Cortes, uma vez que não possuem representatividade, não podem possuir uma abordagem ativa da constituição, mostrando deferência para com as decisões dos demais poderes do Estado, sendo, portanto, absolutamente avesso à usurpação judicial de temas políticos. No outro extremo, o ativismo judicial seria uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, ou seja, o juiz se afastaria completamente do texto legal e das decisões do passado, decidindo com olhos somente no futuro, e ferindo gravemente a dimensão de adequação do direito como integridade (DWORKIN, 2007).

Ocorre que há muitas nuances em um possível *continuum* de decisões, e talvez essa seja a maior diferença entre a teoria institucional e o direito como integridade. Em suas melhores luzes, ambas teorias compreendem que, respectivamente, a prática constitucional e institucional são importantes para compreender a realidade do que estudam, muito mais que qualquer regra escrita.

Contudo, a teoria institucional não acredita que exista apenas uma resposta correta, ou que seja possível discutir as práticas judiciais sem considerar o Estado como um todo, com suas capacidades e efeitos sistêmicos, ou ainda que a partir de arranjos de macroescala, seria possível conter o ativismo judicial, e nesse sentido se afasta do chamado *first best*, que diz respeito a teorias que buscam deduzir as regras de interpretação em nível operacional diretamente de compromissos conceituais de alto nível, como democracia, constitucionalismo, autoridade do direito, entre outros (VERMEULE, 2006).

Essas deduções seriam falhas, uma vez que premissas intermediárias são necessárias para traduzir princípios em conclusões operacionais. Dessa forma, o melhor procedimento decisional irá variar de acordo com capacidades institucionais e efeitos sistêmicos específicos.

A partir dessa perspectiva, a análise institucional é indispensável para qualquer descrição de interpretação legal e, por consequência, a pergunta que deve ser feita não é como os juízes

² Dworkin também identifica como uma possível posição teórica o historicismo. Contudo, no presente trabalho, as discussões teóricas se resumem à contraposição entre a teoria institucional, que talvez fosse rotulada pelo autor como passivista, e o próprio Direito como Integridade, ambas com críticas ao ativismo judicial, embora com perspectivas diferentes (DWORKIN, 2007, p. 430-451).

devem interpretar as leis, mas que procedimentos decisórios devem instituições particulares, com suas capacidades específicas, usar para interpretar esse texto.

Dessa forma, parece estar afastada uma possível crítica de que a teoria institucional se confundiria com o passivismo descrito de forma rasa por Dworkin. Na verdade parece ser uma forma muito mais completa de compreender o fenômeno jurídico, visto que se preocupa não apenas com o que se decide no caso concreto, mas ainda com como a atuação judicial pode interferir no Estado como um todo, o que parece ter sido ignorado por Dworkin em seu trabalho.

Sendo assim, a abordagem aqui adotada não se resume a discutir o mérito das decisões do Supremo Tribunal Federal e sua relação com valores democráticos de justiça, mas investigar e debater as aptidões comparativas de juízes em meio ao arranjo institucional que os cerca.

A complexidade da relação entre os poderes não permite que se realize a clássica análise do poder judiciário como um ramo separado e sem efeitos sobre os demais e sendo deles absolutamente blindado. Compreender verdadeiramente a realidade requer um esforço maior ao sair do conforto da análise do mérito do caso concreto para enxergar o que se encontra por trás e seus efeitos.

Parte-se, portanto, da ideia de que juízes não podem escapar da iniciativa de escolher procedimentos de decisão interpretativa sob condições de incerteza e racionalidade limitada. A teoria institucional busca exatamente levar a teoria jurídica para além desse impasse, e sugere que juízes devem escolher procedimentos interpretativos de decisão através de um repertório de ferramentas para escolha sob condições de informação e racionalidade limitadas (VERMEULE, 2006).

A presente análise, não está livre de restrições jurídicas, uma vez que o estudo que envolve reformas institucionais não está livre do marco institucional constitucionalmente estabelecido. Este é necessário para que se possa verificar a possibilidade de alocação de poder e a viabilidade de certas práticas.

Por conseguinte, na teoria institucional um modelo será desejável tanto quanto possua aptidão para reduzir chances de erro e custos de decisões em um ambiente assumidamente marcado pela incerteza, e no qual há a possibilidade de que instituições menos capacitadas possam assumir os ônus de não apenas revisar, mas também controlar escolhas feitas pelas demais (ARGUELHES; LEAL, p. 39-44).

3. UM BREVE ESBOÇO

O tese defendida pelo Ministro Luiz Roberto Barroso é a de que uma Corte possui ao menos três papéis. Um contramajoritário, fartamente estudado pela teoria constitucional dos diferentes países. Um papel representativo que o autor afirma ter sido ignorado pela academia, e um papel que permite à Corte, em determinados casos, exercer um tipo de vanguarda iluminista.

O papel contramajoritário diz respeito ao poder de invalidação de leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo pelas cortes supremas. Quanto ao papel representativo, este é particularmente visualizado no Brasil, admitindo o autor que este não se encontra com tanta facilidade no direito comparado. Neste caso, a corte atua ou com o objetivo de atender demandas sociais que não foram satisfeitas em tempo hábil pelo Poder Legislativo, ou para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.

O papel iluminista da corte assenta na ideia de que devem ser promovidos, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios que irão empurrar a história. Essas decisões não são verdadeiramente contramajoritárias, visto que não envolvem a invalidação de uma lei específica; nem são representativas, uma vez que não são propriamente a expressão do sentimento da maioria (Barroso, 2015).

Contudo, cabe o questionamento de se o papel exercido pela Corte está mais para um empurrão ou uma cutucada histórica, ou seja, qual é a verdadeira capacidade iluminista do Supremo?

3.1 O truque por trás da mágica

Se para que os direitos da Constituição se concretizassem fosse necessária apenas a boa vontade de um juiz e uma interpretação feita com base nos mais altos padrões de moral política fazendo com que como mágica os problemas sociais vivenciados pelos cidadãos

desaparecessem, a Constituição de uma nação seria algo como seu livro sagrado, e os juízes seus sacerdotes.

Infelizmente, essa não é a realidade, e o judiciário possui limitações como os demais poderes, visto que se move em arranjos onde interagem tanto agentes judiciais quanto não-judiciais, cada qual apresentando distintas capacidades, recursos disponíveis e mecanismos para fazer escolhas (Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2003).

As instituições promovem, no âmbito de suas capacidades, a interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais. Sendo desenvolvido pelo debate norte-americano o entendimento de que este processo precisa considerar questões institucionais. Estas se dividem, no mínimo, como já indicado, em capacidades institucionais e efeitos sistêmicos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 48).

Contudo, é importante salientar que não se busca com isso desenvolver, uma resposta correta para um modelo a ser adotado pelo Brasil. Na verdade, existem diversos modelos possíveis que podem ser encontrados em algo como um *continuum* com dois extremos, em que de um lado se encontra o melhor possível e do outro o pior modelo entre todos. Defende-se que na busca por um modelo deve ser considerada a segunda melhor opção (Cf. VERMEULE, 2006, p. 147), uma vez que o melhor entre todos não é atingível com base em uma análise operacional de custos.

Com efeito, resumir a capacidade dos poderes a divisões estanques de funções e atribuições é igualmente um ideal inalcançável, até porque as questões que essas instituições enfrentam não são meramente judiciais, administrativas, ou legislativas. A partir de uma análise de perspectiva prática do desenho dessas instituições, percebe-se que esta é uma tentativa fadada ao fracasso.

Contudo, essa alocação predeterminada ainda serve como um instrumento de comparação entre as aptidões desses poderes, e nesse sentido, a Constituição passa a ser um referencial para que o sistema mantenha sua coerência, e para que seja possível harmonizar conflitos interinstitucionais, visto que define em seu texto os objetivos gerais a que todos os poderes se submetem, além de determinar, ao menos de forma parcial, estratégias para que cada um possa se relacionar com os demais (ARGUELHES; LEAL, 2011 p. 17).

Disso se concluiu que o objetivo em questão é encontrar na comparação entre as instituições e suas capacidades, aquela que tenha a maior aptidão para a resolução de certos problemas, e que possa concretizar soluções para eles com maior eficácia.

Entretanto, não se pressupõe que a instituição escolhida não possua qualquer dificuldade de consecução de seus objetivos, que não paire sobre ela qualquer grau de incerteza, ou que as decisões tomadas serão sempre corretas. Mais uma vez, o que se persegue aqui é a segunda melhor opção que considera os custos envolvidos, e não uma opção ideal.

Além de considerar as capacidades, devem ainda ser considerados os possíveis efeitos sistêmicos de uma dada escolha. Estes se relacionam à possibilidade de predição de que a escolha não atingirá de maneira negativa a população e outras instituições. E ainda representam as consequências da escolha por determinada instituição e suas capacidades institucionais que, por sua vez, reúnem fatores que permitem a previsão dos próprios efeitos sistêmicos (Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2003).

3.2 Os limites do jogo

Diversas disciplinas buscam explicar a forma como riscos devem ser geridos e superados. Teorias econômicas, político-sociais, e ramos da psicologia, analisam o risco sob diferentes vieses. Nada obstante, aqui o parâmetro utilizado é o da teoria constitucional, tendo por chave a ideia de que constituições e o direito público em geral são instrumentos de regulação de riscos.

As dificuldades enfrentadas se dão em virtude do ambiente que deve ser regulado. Há profunda incerteza; os temores que se busca evitar podem se concretizar ou não; e as medidas tomadas a fim de que seja possível evitá-los podem gerar novos riscos ou aumentar o risco que se buscava evitar (VERMEULE, 2014, p. 03).

É compatível com o argumento até aqui formulado a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, com base em suas virtudes constitucionais, aptidão dos seus membros para obter e processar informações, tamanho de acervo processual, bem como os próprios limites normativos a ele impostos, não deve ser o fórum no qual se resolvam todas as questões políticas do país, portanto, há um limite para seu papel.

Embora Barroso não negue algumas das limitações do Tribunal, parece também não enxergar outras, com ainda mais importância para a efetividade dos seus papéis. Na verdade é bastante provável que nem unicamente com razão nem somente com votos seja possível resolver problemas complexos por ele levantados (Cf. BARROSO, 2015).

No arranjo teórico criado por Barroso, a legitimação do STF gera dois tipos de problema, um de incompatibilidade entre as formas de atuação apresentadas, pois ao mesmo tempo em que visa atender aos anseios da maioria, em outros momentos pode barrá-la sem que haja um parâmetro claro para isso; e outro no sentido de que essa atuação pode estar em desconformidade com o desenho institucional do próprio Supremo enquanto tribunal independente da política e de maiorias eventuais quando de suas tomadas de decisão e que se legitima exatamente a partir do momento em que “ouve a voz do povo”.

Diego Werneck Arguelhes, com muita propriedade, esse sério problema conceitual no argumento de Barroso, o de que seu texto não fornece parâmetros para identificar se a atuação do STF, conforme sua descrição é boa ou ruim. Ainda aponta que a base do problema não está em constatações empíricas de quem representa a vontade da população, nem tampouco deixa de existir quando se aceita que democracia exige respeito a direitos fundamentais. Há uma tensão insolúvel de acordo com o autor, uma vez que sempre haverá questões em uma democracia em relação as quais não basta um grupo de sábios não eleitos, com mandato vitalício e sem responsividade política para decidir (ARGUELHES, 2017).

Essa problemática é um convite para pensar as circunstâncias sobre as quais o poder exercido pelo STF é justificado. Mais ainda, nesse trabalho, foi um convite para uma análise da possível extensão desse papel. Dificilmente em termos práticos é possível estabelecer um modelo em que vícios não ocorram, mas é possível identificar certas práticas que não funcionam, ao menos não como imaginado.

A discussão de capacidades neste artigo vai para além da questão conceitual, altamente importante e evidente, conforme mencionado, porém busca-se aqui dar ênfase à sua viabilidade. Se os efeitos de uma dada escolha não são satisfatórios e não conseguem atender minimamente o que se espera da segunda melhor opção, o argumento central aqui não é a inexistência de eleição para determinar quem “guarda a constituição”, embora esse seja um incômodo impossível de ignorar, mas os motivos estruturais que não permitem que um dado objetivo seja atingido por meio das práticas propostas, que na verdade podem ser custosas demais quando comparadas aos seus benefícios.

Dessa forma, Barroso testa sua tese a partir de um argumento bastante fraco, ao afirmar que as críticas à sua posição decorrem de falta de legitimidade eleitoral, criando possivelmente um espantinho, já que como se pretende demonstrar, seu argumento possui igualmente uma falibilidade prática.

Disso decorre que o direito em si não é a mola propulsora do Estado, embora ajude a situá-lo dentro de certas regras do jogo; assim como o STF em si não é propriamente o agente indicado para liderar a organização desse mesmo Estado, e um diagnóstico de que o Supremo seria aquele com maior representatividade para cumprir essa missão, inclusive com um papel iluminista de empurrar a história em determinada direção, é na verdade bastante preocupante.

O que se deduz do exposto, é que talvez o “empurrão histórico” defendido por aqueles que abraçam o papel iluminista e representativo do STF, não passe, no máximo, de uma leve cutucada institucional, que não vale os custos de transformar a Corte em um Oráculo de Delfos³. Mais que isso, se questiona se esse comportamento não gera um risco de esgotamento do Supremo tal como hoje se apresenta.

Com o intuito de testar o exposto, em seguida será realizada uma análise empírica, ainda que limitada, da capacidade e efeitos sistêmicos decorrentes dessa posição, sem, mais uma vez, considerar o mérito das decisões enquanto razões morais de alto nível ou não.

O que se pretende demonstrar por meio da análise de casos e de pesquisas quantitativas na próxima seção, é que os papéis representativo e iluminista do Supremo possuem seríssimas restrições de cunho operacional.

4. UMA CUTUCADA HISTÓRICA

Teorias perfeccionistas como a de Dworkin em que um ideal é estabelecido, como o juiz Hércules, como parâmetro para a atuação de agentes de fora do Olimpo, embora considerem que há limitações na operacionalização, fazem pouco ou nada para identificá-las e otimizá-las.

³ O templo de Delfos, de acordo com a mitologia grega, era buscado em especial para que fossem respondidas perguntas dos humanos. Os gregos acreditavam que quando uma sacerdotisa de vida ilibada inalava os gases tóxicos do templo tinha seu espírito possuído por Apolo, e este por meio dela fazia suas profecias, orientando cidadãos comuns e líderes políticos (Cf. FERRY, 2012).

Ainda que os Ministros do STF busquem esse padrão ideal quando da tomada de suas decisões, essas podem desde não gerar qualquer efeito ou até efeitos perversos, o que mostra seu grave problema de operacionalização. Some-se ainda ao caso que Hércules não trabalhava em grupo, mas sozinho, dessa forma não fica claro se Dworkin pensou especificamente como seria o trabalho de Hércules em equipe, em diferentes instâncias, e como possíveis concessões, distorções, e barganhas, na formação da opinião de um colegiado acabariam ocorrendo (Cf. DWORKIN, 2007).

Nada obstante, resta saber se essas decisões, não importa se boas ou ruins na perspectiva valorativa, geram efeitos desejáveis, não geram qualquer efeito, ou ainda se geram efeitos perversos. De fato, a aptidão de instituições para desenvolver respostas para certos dilemas depende, como antes afirmado, de seu desenho normativo e das condições fáticas que cercam essa resposta (ARGUELHES; LEAL, p. 22).

Em sendo assim, é preciso frisar que no âmbito constitucional toda a estrutura e a regulação visa o manejo dos riscos que surgem da vida política, como o abuso de poder, a captura de instituições por interesses individuais e alheios aos anseios democráticos, violação do sistema de freios e contrapesos, e acrescenta-se aqui a ideia de eficácia da resposta dada à determinado anseio, como a virtude de se produzir um determinado efeito desejável.

4.1 A lição de *Brown*

A fim de sustentar o papel iluminista da Corte, Barroso aponta a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, que deslegitimou a discriminação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos da América.

Embora muitos possam descrever o caso como um grande exemplo de empurrão histórico da Suprema Corte norte americana, essa não é uma posição unânime, que após certa análise que ultrapasse a superficialidade mostra que existem muitos fatores envolvidos além da “declaração do direito” pela Corte e o alegado empurrão histórico.

Ao contrário do que muitas vezes se imagina, a decisão da Suprema Corte não pôs fim imediato à segregação racial institucionalizada nos EUA. Ela na verdade foi apenas um primeiro, precário e tortuoso passo nesta direção, até porque em muitos Estados do Sul a

decisão suscitou uma reação tão violenta que a situação de vulnerabilidade dos negros na verdade aumentou, do que é prova, por exemplo, o assassinato de líderes da NAACP⁴ por supremacistas brancos, como represália às tentativas de fazer cumprir a decisão da Suprema Corte⁵.

A isso se segue um interessante argumento de Jack Balkin, de que a SCOTUS⁶ não é contramajoritária, ou iluminista como diria Barroso, mas nacionalista. Isso porque seu processo decisório é fortemente influenciado pelas maiorias políticas nacionais e pela opinião pública nacional. Assim, ela tende a impor os valores das maiorias nacionais sobre os das maiorias regionais.

A ideia é a de que a Corte é composta por uma elite profissional bem relacionada, então tende a seguir a opinião dessa elite nacional. No caso *Brown*, a maioria nacional acreditava que as Leis Jim Crow, que estabeleciam a segregação entre os cidadãos nos moles da famosa frase “separados, mas iguais” estavam equivocadas. No contexto da Guerra Fria, a manutenção dessa legislação produzia a imagem de que as promessas de liberdade e igualdade difundidas pelos EUA seriam promessas vazias. E embora houvesse uma maioria regional nos Estados do Sul contrária aos desejos da maioria nacional, a SCOTUS não foi por ela constrangida (BALKIN, 2004).

Com esse exemplo o que se busca demonstrar é qual é o limite da atuação da Corte, não exatamente no sentido normativo, mas de capacidade. Ainda que se prove que seus ministros atuam dentro dos parâmetros ideais decisórios, com boa vontade e apoio popular, a atuação do Supremo será nos casos ditos representativos ou iluministas, em geral, pontual e de pouca eficácia, e por isso, não é desejável que todo o peso de atender as demandas sociais não respondidas pelos demais poderes recaia sobre ele.

Para que movimentos de reforma tenham sucesso, não devem depender da atuação da Corte para empurrarem sua agenda. Ao contrário, o litígio submetido à Corte é parte de uma estratégia maior que inclui a ação direta dos movimentos sociais e a busca por uma reforma

⁴ A sigla NAACP, pode ser traduzida como Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor.

⁵ A solução adotada, sob a liderança do justice Earl Warren, foi dividir o julgamento em duas partes, o primeiro para analisar a constitucionalidade da segregação e o segundo para decidir-se como o processo de integração racial nas escolas seria efetuado (esta segunda decisão ficaria conhecida como *Brown II*. Resumidamente, a decisão em *Brown I* foi de que a “Cláusula de Proteção de Iguais” da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos proibia os estados de segregar os estudantes de escolas públicas com base em sua raça; em *Brown II* decidiu-se que a decisão de *Brown I* deveria ser implementada com toda meticulosa velocidade (Cf. BALKIN 2004).

⁶ A sigla para Supreme Court of the United States (SCOTUS) pode ser traduzida como Suprema Corte dos Estados Unidos.

legislativa, sendo neste último caso, mais provável que o movimento de reforma seja bem sucedido e obtenha seu progresso mais rapidamente (BALKIN, 2004).

O sentido e o impacto das decisões que protegem direitos de minorias se desenvolvem ao longo do tempo, refletindo mudanças a longo prazo nos valores das majorias e das elites, necessitando, para sua consolidação, da intervenção do Estado na figura do legislativo principalmente.

É uma difícil missão para Cortes supervisionarem um Estado de Bem-Estar Social, isso porque os problemas surgem no que se refere à implementação de direitos sociais. Em regra, as Cortes podem fazer pouco além de solicitarem que o governo faça esforços razoáveis na sua implementação (BALKIN, 2004). Há, aqui, uma preocupação acerca da legitimidade das Cortes ser manchada na hipótese delas pretenderem coagir os governos a assim agirem, e por outro lado, caso não se concretize, que passe a seus jurisdicionados a ideia de promessas não cumpridas.

4.2 Os parâmetros brasileiros

O substabelecimento por insuficiência dos poderes inerentes ao sistema político brasileiro para o Supremo Tribunal Federal pode gerar um desgaste de sua autoridade e problemas para o arranjo institucional onde este se insere por excesso de envolvimento em questões que poderiam e deveriam estar sendo resolvidas em outros âmbitos.

O controle sobre agenda tanto temática quando temporal possui uma grande importância na política. E como tanto esse poder, quanto os parâmetros para a sua utilização não são expressos, cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal (VILHENA, 2008).

Dessa forma, há três grandes problemas com essa atuação, o primeiro é que não há parâmetros para determinar quando o Supremo deve intervir ou não, o segundo é que não há mecanismos para transformar efetivamente essas decisões de compromissos em um papel para reformas concretas e realizáveis; e o terceiro, diz respeito aos riscos de uma atuação sem parâmetro e possibilidade de efetivação.

Uma boa forma de representar essa primeira grande dificuldade é a partir da análise da tentativa de influência do STF em políticas públicas. Decisão relevante para esse debate é a

relativa à ADPF 45, que discutia a possibilidade de o Judiciário determinar a implantação de políticas públicas e teceu considerações sobre o princípio da reserva do possível tratado pelo direito administrativo, ao que entendeu a Corte que a ação constitucional era instrumento idôneo para viabilizar a concretização de políticas públicas.

Os ministros nesse caso entenderam que seria possível ao Supremo intervir em políticas públicas desde que preenchidos certos requisitos, quais sejam: que a política pública possua uma natureza constitucional, que exista correlação entre esta e os direitos fundamentais; e que exista prova de omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública.

Ocorre que a partir de uma análise prática, não há qualquer limitação de atuação, vez que esses ditos parâmetros podem ser subsumidos a qualquer caso que envolva políticas públicas. Considerando a abrangência temática da Constituição da República, toda política pública terá abrangência constitucional, e essencialmente, políticas públicas vão se relacionar a direitos fundamentais tais como educação, saúde, segurança, propriedade, moradia, previdência social, proteção à maternidade e à infância, transporte, lazer, trabalho, entre outros previstos no Título II da Constituição. A omissão do Estado ou a prestação deficiente também sempre existirá nesses casos, uma vez que ações judiciais têm por objeto exatamente a existência de uma pretensão resistida.

Nesse sentido, se o STF atuará em todos os casos que envolvam políticas públicas que cheguem a suas mãos, há uma segunda preocupação, será possível transformar os compromissos firmados nas páginas dos acórdãos em realidade? A decisão do Supremo terá um real papel de concretização de políticas públicas?

Recentemente o STF julgou medida cautelar na ADPF 347 sobre o Estado de Coisas Inconstitucional referente aos presídios brasileiros, que aparenta criar uma espécie de controle de constitucionalidade da realidade e não propriamente de normas jurídicas, o que é uma evolução da decisão que tratou dos requisitos para atuação do Supremo em políticas públicas. Não fosse esse já um grande problema a ser digerido pelos teóricos constitucionais, o que poderia o STF, dentro de suas capacidades fazer a esse respeito?

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ex-assessor do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347, escreveu um livro especificamente sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), no qual assevera que a intervenção do Supremo caracteriza um ativismo judicial estrutural dialógico. É dialógico no sentido de que catalisaria o diálogo entre as instituições e

instrumental conforme busca fazer a máquina estatal funcionar articulando ou arrumando as capacidades das demais instituições (CAMPOS, 2016, pp. 217-248).

Caberia à Corte, conforme suas próprias palavras quando da decisão da medida cautelar na ADPF 347, o papel de oferecer incentivos, parâmetros e objetivos para os demais poderes, que seriam pelo Supremo retirados inércia, uma vez que o STF seria o catalisador de debates e de novas políticas públicas, e ainda coordenaria as ações e monitoraria os resultados.

Mais uma vez, a justificativa da intervenção recai sobre a incapacidade do legislativo e da administração pública resolverem essas questões. Embora afirme o STF que não busca substituir estas instituições na consecução de tarefas próprias, deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem, contudo, afastar os demais poderes dos processos de formulação e implementação de soluções, num verdadeiro diálogo entre os três poderes e a sociedade.

Em suma, caberia ao Supremo Tribunal Federal o papel de oferecer incentivos e parâmetros objetivos, coordenar os demais poderes retirando-os da inércia, ser o catalisador dos debates, realizar audiências públicas periódicas com a presença das autoridades públicas envolvidas e diferentes setores da sociedade civil e monitorar os resultados. Fora outros deveres que podem surgir com a decisão final sobre o caso.

Não se pretende nesse breve trabalho tecer ponderações sobre o mérito da decisão em si, ou o próprio estado dos presídios brasileiros que é reconhecidamente alarmante, mas considerar a promessa que está sendo feita para a construção de uma determinada política pública pela Corte.

Assim, diante dessa decisão ficam em aberto diversos questionamentos sobre a capacidade do STF de cumprir o papel que construiu para si: Como a Corte pretende coordenar os demais poderes? Existiriam sanções para o descumprimento de suas determinações? Ainda que sejam flexíveis e abertas, como será possível a formulação de soluções que necessitam de um alto grau de *expertise* e conhecimento dos efeitos sistêmicos relacionados? Audiências públicas periódicas com a presença das autoridades públicas envolvidas e diferentes setores da sociedade civil realmente representarão todos os setores da sociedade e serão sustentáveis? Que tipo de monitoramento será possível programar e que tipo de agentes o realizará?

Essa já parece uma tarefa hercúlea se uma instituição fosse desenhada para lidar “somente” com ela, parece ainda mais próxima do impossível se entregue nas mãos de uma instituição já tão assoberbada como o STF.

Disso decorre uma terceira preocupação, a de que a atuação do STF como o “faz tudo” da República, tentando tampar todos os buracos deixados pelos demais poderes, acarrete seu próprio esgotamento pela simples incapacidade de cumprir o papel impossível que constrói. Isso porque ao adentrar na política e reestruturação do Estado por meio de suas decisões, não se limitando a exercer a autoridade de preservar o ordenamento jurídico, o Supremo inevitavelmente passará a ser cobrado pelas consequências de seus atos, como efeito natural de qualquer ator político em uma democracia. Contudo, não há propriamente mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.

5 CONCLUSÃO

Esse trabalho se propôs muito mais a realizar um diagnóstico que propriamente visar a prescrição da medicação. Contudo, não deixa de ser uma tentativa de contribuir com os estudos que estão sendo realizados em sua área do conhecimento e até mesmo outras.

A hipótese aventada diz respeito ao questionamento de se a manutenção da atual posição do Supremo quanto a seu papel institucional é sustentável e compatível com seu desenho constitucional. Conclui-se, portanto, que o papel do STF não pode ser pensado fora do arranjo institucional que se encontra. Nesse sentido, teorias perfeccionistas fazem nada, ou com grande otimismo, muito pouco pela resolução dos problemas fáticos quando realizam a análise do mérito de casos concretos para a resolução de tensões interinstitucionais.

Dessa forma, a teoria de Barroso sobre o papel institucional do STF, além de teoricamente precária é, na prática perigosa. O desequilíbrio institucional causado por um poder com maior representatividade, mas com menos instrumentos de resolução de problemas pode gerar um descompasso na consecução dos ideais constitucionalmente previstos. Isso porque ainda que o Supremo possa “cutucar” o Executivo e o Legislativo apontando problemas a serem resolvidos, se estes não possuem intenção ou o apoio político para dar eficácia às “promessas” assinadas pelos Ministros, que grande papel possui a sua representatividade ou sua pretensa figura iluminista?

Ainda, como essa representatividade pode se manter no tempo com base em promessas? Obviamente não se pressupõe que todas as decisões do Supremo serão absolutamente ineficazes, mas esse é um convite para pensar os seus limites práticos e, como a própria Corte parece fazer, cutucar aqueles que se interessam pela temática a buscar parâmetros de atuação, ainda que com suas imperfeições.

O discurso de uma Corte iluminista e Representativa capaz de compreender e interferir nos clamores sociais de forma efetiva representa apenas uma confusão de papéis, sob o risco de futuramente seus jurisdicionados descobrirem que há mais entre o discurso e realidade do que eles poderiam imaginar. Não é possível ou mesmo sustentável avanço com reformar pontuais, parceladas e pouco sistemáticas. Não basta, portanto, para a concretização dos valores constitucionais a sua judicialização, é preciso buscar canais de comunicação com os demais poderes, Legislativo e Executivo, para que a construção do Estado a partir da Constituição não seja um mero esboço nos acórdãos proferidos pelo Supremo.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O Argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo**. Direito, Estado e Sociedade, No. 38, 2011.

_____. O Supremo que não erra. In: Oscar Vilhena Vieira; Rubens Glezer. (Org.). **A Razão sem Voto: Diálogos com Luís Roberto Barroso**. 1ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 61-81, 2017.

BALKIN, Jack. **What Brown Teaches us about Constitutional Theory**. Virginia Law Review, Vol. 90, 6, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 5, volume especial, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista. Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**, 2015. disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. – 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRY, Luc. **A Sabedoria dos Mitos Gregos: Aprender a Viver II**. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. In: Michigan Law Review, vol. 101, fev. 2003.

VERMEULE, Adrian. **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.

_____. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Rev. Direito GV**. 2008, vol.4, n.2, pp.441-463.