

As influências extrajurídicas sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal

Autore: Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

In: Diritto civile e commerciale

Resumo: O presente estudo se propõe a estudar as influências extrajurídicas sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica para demonstrar que são identificados pela doutrina fatores não pertencentes ao campo restrito do direito que influenciam a decisão judicial. Em que pese alguns autores pesquisados informarem que aspectos pessoais, políticos, sociais, etc. podem ter grande relevância para a tomada de decisão judicial, não foram identificados estudos nacionais empíricos sobre o tema. É por isso que o artigo conclui pela necessidade de que sejam produzidas e incentivadas tais pesquisas em âmbito nacional.

Palavras-chave: Política, decisão judicial, influência.

Abstract: This study aims to examine the extra-legal influences on decisions made by the Supreme Court. To this end, we used the literature to demonstrate that they are identified by the doctrine of factors outside the restricted field of law that influence the decision. Despite some authors surveyed reporting that a personal, political, social, etc.. may have great relevance to the judicial decision making, do not form identified national empirical studies on the subject. That's why the article concludes that the need to be produced and encouraged such nationwide surveys.

Keywords: Politics, judicial, influence.

Sumário: Introdução; 1. O crescimento da importância das decisões judiciais e da influência do juiz em sua formulação; 2. Direito, política e o novo realismo jurídico; Conclusão.

Introdução

O estudo da decisão judicial mostra-se cada dia mais relevante diante do crescimento de sua importância na vida social e política do País. Situação que é ainda mais latente nas decisões do órgão de cúpula do Judiciário nacional, o Supremo Tribunal Federal - STF, que tem atuação ora como Corte de Cassação, ora como Tribunal Constitucional. Decisões da Corte de cunho político, outras que adentram em dissensos morais razoáveis, outras que dizem respeito à economia, etc., todas elas têm tido muita influência na realidade nacional. Essa é a justificativa preliminar do interesse acadêmico pelo estudo das decisões judiciais proferidas pelo STF.

O conjunto das decisões judiciais do referido Tribunal formam sua jurisprudência. Para Karl Larenz², a jurisprudência tem uma tarefa prática que decorre a) das leis carecerem permanentemente de interpretação, b) de elas necessitarem de “colmatar lacunas”, c) de elas precisarem se adequar a diferentes situações, d) de elas exigirem clareza e sintonização entre si; a jurisprudência ainda tem a função de evitar contradições valorativas em face da ideia de justiça. Se esse conjunto de decisões exerce tão relevantes papéis, todos os fatores jurídicos e extrajurídicos que as compõem surgem como um objeto de estudo de especial relevância.

O presente artigo tem como escopo demonstrar que a doutrina não desconhece a influência de fatores extrajurídicos sobre a decisão judicial, notadamente no que se refere às convicções do juiz. Contudo, a

doutrina pátria não parece demonstrar o mesmo interesse na comprovação empírica dessa situação. Diante disso, pretende-se apresentar o quadro doutrinário atual que demonstre a necessidade de crescimento na produção de estudos empíricos sobre o tema, uma vez que a influência dos citados fatores não-jurídicos sobre a produção judicial pode em alguns momentos ser decisiva.

Para atingir esse objetivo foi utilizada a pesquisa bibliográfica, em que se buscou identificar os trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema, com o objetivo de realizar um trabalho acadêmico com viés científico que demonstre a realidade social estudada. O método utilizado foi o dedutivo, tendo como ponto de partida o geral para se chegar ao particular.

1. O crescimento da importância das decisões judiciais e da influência do juiz em sua formulação

Preliminarmente, alguns aspectos relevantes das decisões judiciais precisam ser destacados. O primeiro é que estas decisões³ são normas jurídicas individuais, ou seja, são normas jurídicas concretas⁴ e dirigidas a um ou a vários sujeitos individualizados⁵. O segundo diz respeito à sua natureza jurídica que, para alguns, se limita ao silogismo⁶, para outros, se estrutura como uma implicação de silogismos, “no sentido que cada uma das premissas representa a conclusão de outro silogismo”⁷. Há ainda a aceção de que a sentença é ato lógico (com ênfase no silogismo), mas não só isso; é “ato lógico complexo, que impõe um juízo crítico e valorativo dos fatos e das normas, para a extração de uma conclusão”⁸.

Noutro giro, Carnelutti⁹ informa que o crescimento da complexidade da vida social demonstra uma necessidade maior da atuação do intérprete em face da diversidade de textos legais. Ou seja, sobretudo

nos tempos atuais, a participação do juiz na escolha do resultado da norma jurídica concreta decorrente da aplicação da lei é essencial. A esses aspectos some-se que, no caso de decisão do STF em sua atuação como Corte Constitucional, a participação do magistrado é ainda mais relevante por ser esta “uma prerrogativa evidentemente política”¹⁰. Além disso, Hesse¹¹ observa que essa justiça extraordinária tem que decidir questões com teor e alcance políticos em quantidade muito maior do que as instâncias ordinárias.

Woodward e Armstrong¹² lembram as palavras de Warren Burger proferidas em 1968 no sentido de que um Tribunal final e irrecorrível precisa ser muito cuidadoso com suas votações, pois “poder irrecorrível é o mais apto para autossatisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais autoanálises... Em um país como o nosso [EUA], nenhuma instituição pública, ou o pessoal que a opera, pode estar acima do debate público”. Entendimento que se amolda perfeitamente à realidade brasileira e se estende ao Supremo Tribunal Federal, pois como Corte irrecorrível que tem o condão de dizer a última palavra sobre a inteligência da Constituição¹³ suas decisões precisam ser levadas ao debate público.

Diante da realidade contemporânea e das diversas transformações ocorridas no ordenamento jurídico após a Segunda Guerra Mundial, é realçada a necessidade do debate científico acerca das decisões emanadas pela Corte Suprema. Quatro marcos históricos relevantes a esse processo de transformação podem ser recordados. O primeiro, trazido por George Marmelstein¹⁴, diz respeito ao massacre de seres humanos promovido pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial, o qual ocorreu com o respaldo do ordenamento jurídico alemão. Situação que justifica a passagem de um pensamento até então vigente de que os juízes somente aplicam o texto da lei, de que eles são a “boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁵ para um outro de que o magistrado participa do processo criativo de normas. O segundo marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada em 1948, o qual demonstra o nascimento de um pensamento mundial muito mais comprometido com os direitos fundamentais.

O terceiro, foi o Julgamento de Nuremberg, onde ocorreu a condenação de membros do alto escalão de Hitler ante a acusação de crimes contra a humanidade, o qual simbolizou “o surgimento de uma nova

ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado”¹⁶. Ele significou a condenação não só dos colaboradores do Reich, mas também de um regime e de um pensamento jurídico afastado dos valores socialmente relevantes, o positivismo jurídico¹⁷. Não mais poderiam ser aceitas leis desprovidas de qualquer parâmetro de justiça quando de sua aplicação concreta; com isso, o mito da lei começa a ser questionado. O quarto marco histórico foram as Constituições do segundo pós-guerra, as quais previam uma ordem objetiva de valores ou ordem objetivo axiológica¹⁸ e a criação dos Tribunais Constitucionais que se seguiram¹⁹.

Diante desses precedentes históricos, após as duas grandes guerras, o mundo não era mais o mesmo; o direito também não. Foi desse período até a atualidade que as citadas mudanças no pensamento jurídico são observadas. A primeira, refere-se à superação paulatina do positivismo jurídico e o crescimento de uma vertente que, no Brasil, passou a ser denominada pós-positivismo jurídico²⁰. Essa concepção jusfilosófica entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema²¹. Essa corrente prega uma aproximação entre o direito e a moral²². Há, pois, uma abertura valorativa da Constituição e do sistema jurídico, nos moldes das teorias de Alexy²³, Dworkin²⁴ e Zagrebelsky²⁵. Antes de prosseguir, cumpre destacar as demais características do pós-positivismo, quais sejam, os princípios identificados como normas jurídicas²⁶; a distinção entre princípios e regras²⁷; a Constituição como sede de princípios e centro dos sistemas jurídicos²⁸ e, em alguma medida, a mudança de foco do Legislativo para o Judiciário²⁹.

A segunda mudança diz respeito à inegável modificação estrutural que transformou o Estado legalista em Estado Constitucional³⁰. Para Canotilho³¹, o novo modelo constitucional poderia ser chamado de Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”. A terceira, refere-se à pretensão atual do direito em concretizar-se, no

sentido de lhe ser concedida a máxima efetividade, sobretudo em relação à Constituição³². A quarta, traz a dignidade da pessoa humana para o centro do sistema jurídico³³. A quinta mudança diz respeito à constitutucionalização do direito³⁴.

Essas transformações no pensamento jurídico demonstram dois pontos de especial interesse para o presente artigo: as alterações na interpretação da norma jurídica e na posição do Poder Judiciário no cenário político-jurídico. Hodiernamente, a interpretação não é mais vista como um ato involuntário de aplicação de um enunciado pré-pronto; a norma precisa ser extraída de seu enunciado por meio de um processo interpretativo criativo³⁵. Além disso, os juízes e demais aplicadores do direito não mais são vistos como ‘seres inanimados’ e, dessa forma, suas pré-compreensões interferem no processo decisório (interpretação/aplicação normativa)³⁶. Situações que demonstram o crescimento da importância dos membros do Judiciário na delimitação do conteúdo do direito e, por isso, sua maior relevância política³⁷.

É aí que se questiona a eventual perda de objetividade do sistema que resultaria na perda de segurança jurídica, o que é indesejável para o direito. Com esse mote, Karl Larenz³⁸ informa que uma exigência é colocada aos juristas na atualidade: “tanto quanto possível [a] ‘objetivação’ do processo de interpretação”. O processo hipotético de abstração dos fatos realizado pelo legislador por meio de uma valoração prévia mostra-se incapaz de regular todos os acontecimentos da vida social³⁹, porquanto, segundo Neil Maccormick⁴⁰, as leis “nunca são suficientes para resolver todas as controvérsias”, mas sinalizam um bom parâmetro.

O direito positivo tem um papel relevante na determinação da jurisprudência, mas não é o único. Nesse sentido, Karl Larenz⁴¹ informa que a jurisprudência liga-se a um determinado direito positivo, mas também tem uma base independente dele, ou seja, as normas jurídicas não são o único fator que dá vida à decisão judicial, há também outros fatores que o fazem. Ao lado das leis, as teorias da argumentação jurídica

ganham espaço por apresentarem-se como uma forma de manutenção da objetividade do sistema, uma vez que impõem limites à decisão judicial⁴². Mesmo diante dos citados limites impostos à decisão judicial (lei e argumentação) - e de alguns outros - ainda há um espaço de subjetividade que a doutrina atual não despreza. Por isso, Miles e Sunstein⁴³ asseveram que alguns doutrinadores identificam o papel limitador do direito em si sobre a tomada de decisão judicial, enquanto outros enfatizam que os valores, comprometermos e a personalidade do juiz têm papel fundamental. Robert Nagel⁴⁴, por sua vez, destaca estudo que entendeu que “o interesse próprio e a aceitação política - reação popular à experiência concreta com os programas e políticas - afetam decisões judiciais”.

A este panorama atual some-se um fenômeno identificado como judicialização⁴⁵ - tanto da política quanto das relações sociais -, o qual é conceituado como o deslocamento da decisão de “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral”, em caráter final, para o Poder Judiciário⁴⁶. Estudo de Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho⁴⁷ demonstra uma das características da judicialização das relações sociais: o exorbitante crescimento quantitativo de demandas judiciais ajuizadas, as quais passaram de 350 mil em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição. Além do aspecto quantitativo, temas políticos, sociais, morais, religiosos, econômicos, todos são levados à apreciação das Cortes Constitucionais; o que leva autores a constatarem que nesse cenário “não há um espaço vazio de Constituição”⁴⁸.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, ganha especial relevância política e social, visto que suas decisões afetam toda a nação. Ilustra-se esse argumento com um caso recente em que todo o País parou diante da televisão para observar qual seria a posição do Supremo, tamanha era sua influência na realidade nacional, qual seja, o RE 630147 em que Joaquim Roriz questionava a aplicação da Lei da ficha limpa na véspera das eleições de 2010. Não só a comunidade jurídica, mas toda a população discutiu essa decisão por alguns dias. Outros casos também têm destaque, como os relativos às pesquisas com células-tronco, ao aborto de feto anencefálico, às relevantes questões tributárias, à taxação dos aposentados, etc.

Em suma, o cenário atual favorece o aumento de importância das decisões do Pretório Excelso na vida de todos os brasileiros: de todas as idades e classes sociais. Mas o que há por detrás das decisões proferidas?

2. Direito, política e o novo realismo jurídico

Luís Roberto Barroso⁴⁹ identifica que existe uma série de fatores extrajurídicos influenciadores das decisões judiciais; entre os quais destaca os valores e ideologia dos juízes, a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública. Todavia, no Brasil não existem estudos que demonstrem qual a efetiva influência desses fatores na decisão judicial; daí se extrai a novidade da tese.

Nesse ponto se encontra a questão da relação entre o direito e a política. Desde muito a distinção entre ambos é discutida nas ciências sociais, sendo desejável ao direito que se mantenha a divisão tradicional entre os dois campos⁵⁰. Divisão que, para o Estado Democrático de Direito, é essencial⁵¹. Para Luis Roberto Barroso⁵², no mundo real não vigora nem a equiparação nem a separação plena; ele visualiza, portanto uma posição eclética entre “o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com crença na existência de um muro divisório entre ambos”. A posição do autor é eclética, ou seja, tenta encontrar um caminho do meio entre o formalismo e o realismo jurídico clássico.

Thomas Miles e Cass Sunstein⁵³ também pretendem reduzir o rigor do ceticismo do realismo jurídico que reinou no início do século passado com o novo realismo jurídico que pretende estudar em larga escala os fatos e resultados – destacando a influência da personalidade do juiz nas decisões –, cuja característica principal é entender em amplos aspectos – não só ideológicos, mas também profissionais e institucionais –

como se dá a referida influência. São os mesmo autores que asseveram o crescimento, nos Estados Unidos, do estudo em larga escala desse novo realismo baseado no empirismo e em dados coletados.

Naquele país, a questão que mais recebeu atenção do novo realismo jurídico foi a influência da ideologia do juiz sobre a decisão⁵⁴. Nos estudos norte-americanos, já há provas de amortecimento ideológico - diminuição da ideologia republicana/conservadora do magistrado quando situado em colegiado com participação de juízes democratas/liberais - ou a ampliação ideológica - crescimento do perfil conservador diante de colegiado composto por juízes republicanos e vice-versa. Pesquisas que demonstram a influência de questões políticas no processo decisório.

No Brasil, contudo, essas preponderâncias não são tão-simples de aferir, uma vez que aqui não há uma dicotomização do pensamento político em duas ideologias dominantes. Se nos EUA o novo realismo jurídico permanece em seu estado infantil⁵⁵, por aqui até o momento não foram encontrados estudos empíricos com este viés.

Ainda na experiência americana, uma obra demonstrou como fatores extrajurídicos podem influenciar bastante as decisões judiciais, trata-se do livro *Por detrás da Suprema Corte de Woodward e Armstrong*⁵⁶, que descortina como as conjecturas políticas - internas e externas à Corte - que vão desde a escolha dos Justices que comporão a Suprema Corte até o julgamento de causas relevantes que envolvem importante aspecto moral podem preponderar em situações diversas, como a nomeação de Burger como Presidente da Corte⁵⁷, as estratégias de votação da Corte com vistas ao efetivo cumprimento da tese encampada na decisão, de 1954, *Brown vs. Board of Education* (acerca da segregação racial), entre outros. Em obra mais recente, Jeffrey Toobin⁵⁸ também demonstra como as vicissitudes do processo decisório da Suprema Corte norte-americana pode ter ascendência sobre o resultado de seus julgamentos; informa a influência de questões religiosas e dos atentados de onze de setembro sobre a Corte, entre outros.

Robert Nagel⁵⁹, por sua vez, demonstra como foi o influxo da teoria da questão política na doutrina e nas decisões da Suprema Corte norte-americana, desde 1953 até os dias atuais. Esta teoria prevê que as questões políticas têm arena própria e que não devem ser definidas no contexto judicial. O autor informa que no caso *Baker vs. Carr* a Suprema Corte enumerou categorias ou classes não taxativas de questões políticas e que a análise feita por Henry Hart e Wechsler na segunda edição da obra *The Federal Courts and The Federal Systems*, de 1973, demonstra que um olhar mais próximo sobre cada uma dessas classes revela uma tendência à impossibilidade jurídica dessas demandas⁶⁰.

Todavia, Nagel percebe que na edição posterior dessa obra, de 1988, e nos julgados que se seguiram nesse ínterim a influência da teoria das questões políticas “foi pequena e declinante” e completa com a afirmação de que é possível que a rejeição intensamente jurídica dessa teoria “tenha ajudado a pavimentar o caminho para um papel altamente político do Poder Judiciário Federal”⁶¹. Nagel analisa com profundidade a influência de questões políticas nas decisões constitucionais e na doutrina americanas⁶² e conclui que, atualmente, “todas as matérias constitucionais têm aspectos políticos”⁶³ e que há uma “fusão entre direito e política”⁶⁴ na Suprema Corte.

Uma situação fática de extrema importância para o estudo da relação entre direito e política diz respeito à rejeição do nome de Robert Bork para a Suprema Corte dos Estados Unidos no fim dos anos oitenta⁶⁵. Após períodos ativistas da Corte de Warren nos anos sessenta e sua exacerbação nos anos setenta com a Corte Burger, a sociedade norte-americana pretendia frear esse movimento com a valorização do *self restraint* que se converte em *strict constructionism* - personificado em Bork - e com a recuperação do originalismo. Contudo, seu maior opositor teórico - Dworkin - publica diversos artigos em 1987 contrários às suas ideias, a isso se soma uma forte estratégia política da maioria democrata (liberal) no Senado para a reprovação do seu nome. Esse episódio histórico é um grande exemplo da importância das convicções da pessoa indicada ao Tribunal Constitucional em face da existência de fatores extrajurídicos nos seus julgamentos.

Assim, considerando que a construção da jurisprudência não é “trabalho conceitual valorativamente neutro” e que não é dogmática no sentido de uma dedução a partir de premissas maiores fixadas, “mas que é, antes do mais, pensamento orientado a valores”⁶⁶, há de se levar em conta que as convicções pessoais, profissionais ou políticas dos julgadores, o contexto institucional, a pauta política dos governos e a opinião pública podem ter influência no resultado das decisões por eles proferidas.

Nesse cenário, as ciências não-jurídicas, como a ciência política, a antropologia e sociologia jurídicas e até mesmo a neurociência⁶⁷ têm tentado contribuir para o estudo dos fatores extrajurídicos que ascendem sobre a tomada de decisão judicial. Diante disso, o presente artigo apresenta-se com o singelo escopo de despertar o interesse da comunidade jurídica para o estudo de qual o influxo dos citados fatores não-jurídicos sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal; para que, com isso, seja possível tornar públicas no Brasil as conjecturas antecedentes das decisões.

Por fim, o destaque de Palhares Moreira Reis⁶⁸: não se pode dissociar a atividade política das demais realizações humanas, a não ser por um processo de abstração. Por isso, o processo decisório do STF não tem condições de ser estudado de um simples ponto de vista, apenas pelo prisma da relação jurídica, mas sim com um misto deste prisma com os fatores não-jurídicos.

Conclusão

A relevância da necessidade de se estudar mais a fundo o tema ora proposto pôde ser demonstrada anteriormente. No cenário atual de grande influência da decisão judicial sobre a vida dos cidadãos e sobre a política, os fatores que a influenciam – e em alguns casos até mesmo determinam – são extremamente importantes e, por isso, precisam ser aclarados. Mas isso parece ter ficado bem frisado.

O presente estudo não teve o escopo de comprovar empiricamente a existência de fatores extrajurídicos sobre a decisão judicial. Pretendeu tão-somente apresentar o tema à comunidade jurídica pátria com o escopo de demonstrar que a produção de estudos científicos sobre ele é necessária, pois conhecendo tais influências será possível, no mínimo, transferir o debate para a sociedade, retirando da discussão judicial o formalismo e o argumento de autoridade que lhe são inerentes. Com isso, a sociedade civil organizada ou desorganizada, a opinião pública e os setores políticos estatais terão a possibilidade de cobrar respostas coerentes não só com as regras e princípios da Constituição tal como são vistos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas também como são interpretados pelos seus intérpretes não-formais - parafraseando Häberle.

E assim algumas perguntas ficam sem resposta. O perfil do Ministro do Supremo Tribunal Federal influencia em suas decisões? O contexto institucional pode influenciar em seus julgamentos? A pauta de governo e a opinião pública têm o condão de influir em suas decisões? Essas três questões demonstram parte de um tema que necessita ser empiricamente pesquisado para que se possa responder uma pergunta: há possibilidade de interferência de fatores extrajurídicos no processo decisório do Supremo Tribunal Federal?

Parece que a doutrina acredita que sim, mas até o presente momento no Brasil o assunto encontra-se muito mais afeto a especulações do que a pesquisas empíricas comprometidas a comprovar ou não esta situação. Estudos estes que ficarão para um momento futuro, mas que desde já se aponta para sua essencialidade.

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

2 Metodologia da ciência jurídica. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 326.

3 No presente estudo, a expressão decisão judicial é limitada a três espécies, quais sejam, a sentença que é, segundo Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 212-213), “a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu”; o acórdão que é “uma sentença proferida por um órgão colegiado superior”, conforme Ernesto Manzi (Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios. São Paulo: LTR, 2009, p. 27) e a decisão proferida no controle de constitucionalidade em abstrato, a qual ostenta o nome de acórdão, mas é apenas judicialiforme, segundo Jorge Amaury Maia Nunes (informação verbal). Esta decisão judicial ostenta características diferenciadas em relação à norma jurídica individual que serão apresentadas na tese, pois o espaço limitado de um artigo não comporta essa discussão.

4 Não é desconhecido o fenômeno de formação de *lex generalis* pelo método judicial ao invés do método legislativo, como são exemplo as sentenças coletivas, conforme assinala Francesco Carnelutti (Direito processual civil e penal. v. 1. Campinas: Péritas, 2001, p. 60-61).

5 NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010, p. 60.

6 Ernesto Manzi (Da fundamentação..., op. cit., p. 30) informa que essa é uma visão reducionista e simplista.

7 CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 247-248.

8 Ernesto Manzi, Da fundamentação..., op. cit., p. 31. Calamandrei (Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 178) observa que em alguns casos a conclusão antecede inclusive a própria premissa segundo a “virtude da intuição, que se chama senso de justiça”.

9 Direito processual..., op. cit., p. 55-56.

10 MENDES, Gilmar F. et al. Curso de Direito Consitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

11 Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck.

20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 420-421.

12 Por detrás da Suprema Corte. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 6.

13 Ou seja, é este órgão que diz o que é a Constituição. Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho (in MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124-131). Luís Roberto Barroso (Constituição, democracia..., op. cit., p. 5) fala em supremacia judicial, entendida como “a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”.

14 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3-6.

15 MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 172.

16 MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 9.

17 Para Luis Roberto Barroso (Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio

do direito constitucional no Brasil, Boletim de Direito Administrativo, a. XXIII, n. 1, São Paulo: Editora NDJ, jan-2007, p. 22), foram as barbáries promovidas sobre a proteção da legalidade que promovem a decadência do positivismo após a Segunda Guerra. O direito afasta-se do positivismo jurídico em sua vertente exclusiva ou excludente – dominante à época –, segundo a qual a aferição moral da norma (sua justiça em concreto) está excluída da apreciação de seu aplicador. O positivismo exclusivo, segundo Alexandre Garrido da Silva (Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. Revista de Direito do Estado, São Paulo, a. 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar 2006, p. 335), é aquele que não admite nenhuma relação conceitual entre direito e moral ou entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deve ser, cujos representantes são Kelsen, Joseph Raz e Hart (antes de se tornar positivista inclusivo com seu Pós-escrito); corrente que prega uma distinção necessária entre direito e moral. No positivismo débil, inclusivo ou includente, visível em Hart (após seu Pós-escrito), Luis M. Cruz, Luigi Ferrajoli e Suzanna Pozzolo, a regra de reconhecimento permite a possibilidade de sua abertura ao sistema moral, relativizando o parâmetro de validade unicamente formal da norma; não existe uma vinculação conceitual necessária entre direito e moral, mas é possível alguma relação (não necessária) entre direito e moral. Sobre as diferenças entre o positivismo exclusivo e inclusivo v. Alfonso García Figuerola (La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. in CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 184-184, nota 63).

18 Nesse sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional alemão, ainda em 1958, conforme assevera Luis M. Cruz (Estudios sobre el neoconstitucionalismo. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 5-7).

19 Javier Pérez Royo (Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 795-798) identifica a origem dos Tribunais Constitucionais como uma “anomalia histórica presente com projeção de futuro”. Isso porque, por detrás do aparecimento desses novos órgãos, houve historicamente na Europa continental uma anomalia no processo de transição para a democracia em determinados países, os quais criaram esses órgãos para ajudar nesse trânsito. Por isso, as Cortes Constitucionais não existem em todos os países europeus, senão “unicamente naqueles que tiveram excepcionais dificuldades de transitar do

Estado Liberal do século XIX ao Estado Democrático do século XX: Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha” (Idem, p. 796).

20 O termo foi introduzido no País por Paulo Bonavides em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional. Alexandre Garrido da Silva (op. cit., p. 336) informa que o pós-positivismo ou não positivismo defende a ideia de que “há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral). Sua versão forte, defendida por Alexy e Dworkin, informa que essa vinculação é necessária, deve existir; por isso, a negação do positivismo. A ideia fraca ou débil considera a inclusão de elementos morais “desejável ou preferível à exclusão, mas não analiticamente necessária” (Idem).

21 ALEXY, Robert. Derecho y corrección. in ALEXY, Robert. La institucionalizacion de la justicia. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005 e FIGUEROA, Alfonso García. Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009, p. 201-251.

22 Para os pós-positivistas, essa aproximação é necessária, enquanto para os positivistas inclusivos ela é permitida, mas não necessária. No quadrante atual, estas duas correntes são as mais aceitas, enquanto o positivismo excludente perdeu prestígio.

23 Teoria dos Direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

24 Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

25 El derecho dúctil. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.

26 Nesse sentido, os mesmos três autores Alexy, Dworkin e Zagrebelsky podem ser citados.

27 Mais uma vez os mesmos três autores Alexy, Dworkin e Zagrebelsky encampam a posição.

28 Cf., BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 281-288; VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009, p. 24; MARMELSTEIM, George, op. cit., p. 12.

29 Nesse sentido, SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madri: Trotta, 2000, p. 119-120; CRUZ, Luis M. Estudios sobre ..., op. cit., p. 26; ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

30 POZZOLO, Susanna. Un costituzionalismo ambíguo. in CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 206.

31 Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

32 Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224 e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e..., op. cit., p. 23.

33 Luis M. Cruz (op. cit., p. 6) identifica que o Tribunal Constitucional alemão, ainda no caso Lüth, de 1958, já havia identificado que o núcleo da ordem de valores objetiva “corresponderia ao princípio da dignidade da pessoa humana”. No Brasil, defende essa centralidade Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 22-25.

34 Que engloba a constitucionalização do direito infraconstitucional e sua interpretação a partir da Constituição. Sobre o tema, por todos, ver BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e..., op. cit., p. 33- 44.

35 Nesse sentido, Riccardo Guastini (La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. in

CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49-74, p. 56); Gustavo Zagrebelsky (op. cit., p. 112); Inocêncio Mártires Coelho (Repensando a interpretação constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, a. 1, v. 1, ago. 2001, p. 28-29); Humberto Ávila (Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-35); Menezes Direito (A decisão judicial. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 30-33); Jorge Amaury Maia Nunes, op. cit., p. 62, entre outros.

36 Cf., Inocêncio Mártires Coelho (Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. in MENDES et al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 15-22, 65-66 e 97); Nancy Andrighi (A minha pré-compreensão do ato de julgar. 24 dez. 1997. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9-Compreens%c3%a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em 07 jun. 2010, p. 2-3); Zaffaroni (Estructuras judiciales. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 107-110), Jorge Amaury Nunes, op. cit., p. 65, Carnelutti, op. cit., p. 115, entre outros.

37 Nesse sentido, Luiz M. Cruz (op. cit., p. 26) e Prieto Sanchís (op. cit., p. 119-120).

38 Op. cit., p. 166.

39 Idem, p. 164.

40 Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad.: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XII.

41 Op. cit., p. 339.

42 Sobre as teorias da argumentação jurídica como espécies do gênero argumentação prática e como limitadoras da decisão judicial, ver MACCORMICK, Neil, op. cit. e ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Tradução para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

43 The new legal realism. University of Chicago Law & Economics, Public Law and Legal Theory Working Paper, nº 191, dez. 2007. Disponível em http://ssrn.com/abstract_id=1070283. Acesso em 16 ago. 2010.

44 Direito político, política legalista: uma história recente da teoria da questão política. Tradução de Eliana Valadares Santos. In BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. Limites do controle de constitucionalidade (Coleção ANPR de Direito e Democracia). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 158.

45 Não se deve confundir judicialização com ativismo judicial, sobre a distinção entre os dois conceitos,

ver artigo de nossa autoria Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira (no prelo) e Luís Roberto Barroso (Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. 2010. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 30 mai. 2010, p. 6-9).

46 BARROSO, Luís Roberto, *idem*, p. 6.

47 Quem tem medo da CPI? *Jornal do Magistrado*, Associação dos Magistrados do Brasil, n. 50, 1999, p. 2.

48 VIEIRA, José Ribas et al. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE*, v. 02, p. 74-85, 2009, p. 77.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e ...*, *op. cit.*, p. 30-45.

50 Nesse sentido, KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 7.

51 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e ..., op. cit., p. 16.

52 Idem, p. 4.

53 The new realism..., op. cit.

54 Idem.

55 Idem.

56 Op. cit., passim.

57 A escolha do Presidente da Corte tem grande influência sobre o rumo de suas decisões, sobretudo nos EUA. No Brasil, também pode haver ascendência dessa escolha sobre os julgamentos, uma vez que é o

Presidente do Supremo Tribunal Federal que escolhe a pauta de votação do Plenário.

58 *The Nine: inside the secret world of the Supreme Court*. Nova Iorque: Anchor Books, 2010, *passim*.

59 *Direito político, política legalista...*, *op. cit.*, *passim*.

60 *Idem*, p. 152.

61 *Idem*, p. 152-153.

62 *Idem*, p. 160-166. James Thayer, anos antes de Alexander Bickel, reconheceu que a política afeta de fato o conteúdo constitucional; tratava a maior parte das matérias constitucionais como políticas. Bickel, um pouco depois, permitia um pequeno lugar para a política na etapa inicial da jurisdição (admissibilidade); admitia assim um pouco de discricção política, mas conservava um grande papel para os princípios em um segundo momento. Com isso, aceitava um reduzido espaço para aspectos políticos abandonando o resto ao critério jurídico. As ideias deste autor eram uma ameaça significativa a uma teoria apolítica do Direito Constitucional. Seus opositores Henkin, Redish e outros afastaram a teoria das questões políticas ao informar que as teorias que limitassem significativamente o poder do judicial review deveriam ser, por esse motivo, rejeitadas.

63 Idem, p. 176.

64 Idem, p. 165.

65 O tema e os detalhes políticos que circundaram esse fato são descritos às minúcias por Miguel Beltran na obra *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

66 LARENZ, Karl, op. cit., p. 326.

67 FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *Neurodireito? Considerações sobre a influência da neurociência no processo decisório*. *Direito & Diritti*. Disponível em [https://www.diritto.it/system/docs/30120 /original/trabalhoFAJEpolit.pdf](https://www.diritto.it/system/docs/30120/original/trabalhoFAJEpolit.pdf). Acesso em 20 set. 2010.

68 O poder nas tiranias e ditaduras. in TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito e poder*: Barueri: Manole, 2005, p. 148.

<https://www.diritto.it/as-influencias-extrajuridicas-sobre-as-decisoes-do-supremo-tribunal-federal/>