



KAREN ELAINE SAKALAUŠKA BARREIRA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE POLÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

CAMPINAS
2013



Universidade Estadual de Campinas
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

KAREN ELAINE SAKALOUSKA BARREIRA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE POLÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Prof. Dr. Andrei Koerner

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Departamento de Ciência Política do
Instituto de Filosofia e Ciências
Humanas da Universidade de Campinas
como requisito para a obtenção do título
de Mestre em Ciência Política.

ESTE EXEMPLAR CORRESPONDE À VERSÃO FINAL DA
DISSERTAÇÃO DEFENDIDA PELA ALUNA KAREN ELAINE
SAKALOUSKA BARREIRA, E ORIENTADA PELO PROF. DR.
ANDREI KOERNER,

CPG, 28/11/2013.

CAMPINAS
2013

Ficha catalográfica
Universidade Estadual de Campinas
Biblioteca do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Cecília Maria Jorge Nicolau - CRB 8/338

B274s Barreira, Karen Elaine Sakalauska, 1984-
O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais de direitos humanos :
uma análise política das decisões judiciais / Karen Elaine Sakalauska Barreira. –
Campinas, SP : [s.n.], 2013.

Orientador: Andrei Koerner.
Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de
Filosofia e Ciências Humanas.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Processo decisório. 3. Tratados
internacionais de proteção de direitos humanos. I. Koerner, Andrei, 1962-. II.
Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.
III. Título.

Informações para Biblioteca Digital

Título em outro idioma: The Supreme Court and the international treaties on human rights : a
political analysis of judicial decisions

Palavras-chave em inglês:

Brazil. Supreme Court

Decision processes

International treaties for the protection of human rights

Área de concentração: Ciência Política

Titulação: Mestra em Ciência Política

Banca examinadora:

Andrei Koerner [Orientador]

Marcus Faro de Castro

Oswaldo Martins Estanislau do Amaral

Data de defesa: 28-11-2013

Programa de Pós-Graduação: Ciência Política



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS

A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Dissertação de Mestrado, em sessão pública realizada em 28 de novembro de 2013, considerou a candidata KAREN ELAINE SAKALAUSKA BARREIRA aprovada.

Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação defendida e aprovada pela Comissão Julgadora.

Prof. Dr. Andrei Koerner _____

Prof. Dr. Oswaldo Martins Estanislau do Amaral _____

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro _____

Three handwritten signatures in blue ink are written over horizontal lines. The first signature is for Prof. Dr. Andrei Koerner, the second for Prof. Dr. Oswaldo Martins Estanislau do Amaral, and the third for Prof. Dr. Marcus Faro de Castro. The signatures are fluid and cursive.

ABSTRACT

In recent decades, due to the powers conferred by the 1988 Constitution to the Supreme Court, the researches on the judiciary began to examine the institution from the perspectives of the Political Science. Starting from the idea that the decisions of the ministers do not consist of a mere formal activity, a subsumption of the fact to the legal norm, but sometimes interfere in the political arena, this research seeks to delineate the political role played by the Court and to reveal the decision-making standard of ministers in respect to various issues, through the empirical analysis of their decisions. In this context, this paper proposes to study the behavior of Ministers decision of the Supreme Court on an issue unexplored by these studies: the incorporation of international human rights treaties to domestic law. The work takes as its starting point the Constitutional Amendment 45/2004, which introduced new rule and thereby reconfigured the debate. It turns to analyze the positions of ministers in decisions after 2004, emphasizing the strategic and normative choices on their votes and exploring the logic of decision making.

Keywords: Supreme Court; Judicial behavior; International Treaties on Human Rights.

RESUMO

Nas últimas décadas, em função das atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988 ao Supremo Tribunal Federal, as pesquisas sobre Judiciário passaram a examinar essa instituição a partir de perspectivas próprias da Ciência Política. Partindo da ideia de que as decisões dos ministros não consistem em mera atividade formal, de subsunção do fato à norma posta, mas por vezes interferem na arena política, essas pesquisas procuram delinear o papel político exercido pela Corte e apresentar o padrão decisório dos ministros no tocante a temas diversos, através da análise empírica de suas decisões. Neste contexto, esta dissertação propõe estudar o comportamento decisório dos

ministros do STF em um tema inexplorado por essas pesquisas: a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico interno. O trabalho toma como ponto de partida a Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu nova regra e, com isso, reconfigurou o debate. Ele se dirige a analisar as posições dos ministros nas decisões após 2004, enfatizando as escolhas estratégico-normativas em seus votos e explorando a lógica da tomada de decisão.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Comportamento decisório; Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1. ABORDAGENS TEÓRICAS PARA O ESTUDO DE CORTE.....	09
1.1. Introdução.....	09
1.2. A abordagem atitudinal.....	10
1.3. A abordagem estratégica e o neoinstitucionalismo da escolha racional.....	16
1.4. A abordagem do institucionalismo histórico.....	28
1.5. Considerações finais.....	34
CAPÍTULO 2. PROCESSO DECISÓRIO NA SUPREMA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
2.1 Introdução.....	37
2.2. Processo decisório na Suprema Corte norte-americana.....	38
2.3. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal.....	48
2.4. Notas sobre a análise de decisão na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal.....	66
2.5. Notas preliminares de uma proposta metodológica.....	68
2.6. Descrevendo a metodologia.....	71
2.7. Considerações finais.....	74
CAPÍTULO 3. CONSTRUINDO UMA ANÁLISE.....	77
3.1. Introdução.....	77
3.2. Separação dos votos.....	78
3.3. Organização no tempo das decisões e dos votos.....	82
3.4. Dimensões de análise.....	86
3.4.1. Primeira dimensão: a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos.....	89
3.4.2. Segunda dimensão: a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos.....	91
3.4.3. Terceira dimensão: a regra da constitucionalidade material dos tratados.....	106
3.4.4. Quarta dimensão: extensão temporal da regra da constitucionalidade formal dos tratados.....	109
3.5. Diagrama da posição final no tempo.....	115
3.6. Diagrama por ação e por sessão.....	118
3.7. Considerações finais.....	126
CAPÍTULO 4. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: MUDANÇAS NA TRADIÇÃO JURÍDICA.....	131
4.1. Introdução.....	131
4.2. Três momentos do debate e a mudança na tradição.....	134
4.3. O debate doutrinário sobre as consequências da EC 45/2004.....	153
4.4. Invenção jurisprudencial: para além da mudança do texto constitucional.....	158
4.5. Considerações finais.....	165
CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	171

Consagro este trabalho a Deus, como oferta de gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Andrei Koerner, que com paciência, perspicácia e sabedoria me auxiliou na execução desse trabalho. Agradeço-lhe pelo voto de confiança desde os primeiros dias do mestrado e pelo cuidado e atenção com a minha pesquisa.

Aos membros da banca de qualificação, Prof. Dr. Valeriano Costa e Profa. Dra. Débora Maciel, pelas importantes observações e sugestões que contribuíram para a finalização desse trabalho.

Ao apoio do Conselho Nacional de Desempenho Científico e Tecnológico (CNPq) e do Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.

Ao Prof. Dr. Rodrigo Duarte Fernandes dos Passos, pelas primeiras lições na Ciência Política e pelos preciosos exemplos de profissionalismo e seriedade que motivaram a minha jornada até aqui.

À Coordenação do Curso de Direito da Facamp, em especial aos Professores Alaôr Caffé Alves, José Antonio Siqueira Pontes e Álvaro Silva pelo incentivo e confiança depositada. Também à Profa. Maria Izabel Peters, pelo inestimável carinho e à Profa. Maria Lúcia Petrucci Ferreira, *partner* e amiga.

Aos colegas do Centro de Estudos Internacionais e Política Contemporânea do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, pelas opiniões, comentários e sugestões nas muitas reuniões de orientação. Em especial à Celly Cook Inatomi e Marcia Baratto pelo acolhimento, amizade e valioso auxílio desde a primeira visita ao Ceipoc. Aos colegas de trabalho, em especial a Eduardo Fortunato Bim pela ajuda com o tema e à Juliana Santoro Belangero, pela companhia nos momentos difíceis e parceria em todas as horas. Agradeço à Renata Nagamine, pela atenta revisão ao texto e ao Prof. Mario Gravem Borges, pelo auxílio com as leituras e gentis conselhos.

A minha família, pela torcida, amor e permanente oração. Por fim, ao meu companheiro de vida, Alexandre, pela presença indispensável, por segurar minha mão todas as vezes que fraquejei, por sacrificar momentos de lazer e com amor me estimular na conquista desse propósito.

INTRODUÇÃO

A doutrina jurídica, à luz da Constituição Federal de 1988 (CF/88), atribui à magistratura o papel de defensora das minorias e responsável pela salvaguarda da democracia, da cidadania e dos preceitos fundamentais. Ela projeta no Supremo Tribunal Federal (STF) a imagem de verdadeiro guardião da Constituição. Trata-se de uma visão que parece abstrair as interações políticas ligadas a essa Corte. As decisões dos ministros não consistem em mera atividade jurídica formal, de subsunção do fato à norma: elas têm implicações políticas. Pois “as cortes de apelação são arenas para as forças sociais contraditórias, mas também são uma coleção de procedimentos e estruturas de operação-padrão que definem e defendem interesses; elas são atores políticos em si” (March e Olsen, 2008, p. 127). A aplicação de uma regra jurídica por um juiz é, sobretudo, uma ação institucionalizada¹. O STF, tendo a função de interpretar os preceitos atinentes ao convívio democrático e à proteção dos direitos fundamentais, é apto a conferir sentido concreto à Constituição e a intervir no sistema político.

A partir da década de 1990, tiveram impulso no país pesquisas no campo da Ciência Política com foco no STF como instituição que integra o sistema político brasileiro. Em grande medida, essas pesquisas foram inspiradas pelas novas regras da CF/88, que atribuíram ao STF papel de destaque no cenário político e institucional brasileiro. Desde então, elas empreendem esforços para entender a atuação dessa Corte pós-1988, diagnosticando, por exemplo, que tipos de interesses têm sido privilegiados por suas decisões, nos mais variados campos.

Tais pesquisas têm se dedicado, em massa, ao estudo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) e demais ações do controle concentrado de constitucionalidade decididas pelo STF. Mas, se é bem verdade que as decisões em sede de *judicial review* são instrumentos políticos significativos, é preciso considerar

¹ Ver Koerner, 2005.

que não é apenas por meio delas que a Corte pode influenciar o direito e a política. Toda interpretação das regras jurídicas constitui um veículo importante. Além disso, as pesquisas com foco no STF pouco se debruçaram sobre os padrões de votação individual dos ministros, centrando-se, predominantemente, na Corte como um todo. Os que se debruçaram sobre o assunto projetaram categorias externas ao processo decisório para classificar os votos dos ministros².

Este trabalho, diversamente, utiliza categorias normativas como critério para a classificação dos votos. Essa perspectiva de análise é sugerida desde Shapiro (1963), passando por Gillman (1999) e, mais recentemente, por Bailey e Maltzman (2011).

Para isso, parte-se de um tema que não foi explorado pelas pesquisas de comportamento judicial em Ciência Política, mas que representa uma questão estratégica a ser analisada: a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Ela é estratégica por seu caráter controvertido na doutrina jurídica, por sua relevância e impactos políticos e, também, porque a jurisprudência pacífica do STF foi modificada após a Emenda Constitucional 45 de 2004 (EC 45/2004). O modo pelo qual os ministros se posicionam sobre essa questão e suas consequências é um indicador sobre sua postura acerca de questões-chaves.

O presente trabalho concentra-se, assim, em explorar as posições tomadas pelos ministros a respeito da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos de uma perspectiva que enfatiza as escolhas estratégicas e normativas em seus votos. Para tanto, propõe uma metodologia capaz de analisar esses votos, levando em conta as características institucionais do STF e de seu processo decisório.

O tema da incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico, por meio da tomada de decisão judicial, remete ao debate sobre a hierarquia normativa (*status*) desses instrumentos na ordem jurídica interna. No âmbito do STF, esse debate sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos

² Ver, por exemplo, Oliveira, 2011.

humanos se dá, justamente, nos casos de conflito entre normas do direito interno e normas de tratados internacionais. Para os ministros, esses casos de antinomia constituem oportunidades de construção de entendimentos e de manifestação de preferências sobre a política do direito internacional dos direitos humanos. Uma análise da jurisprudência do STF sugere a existência de três momentos. O primeiro momento é anterior a 1977, período em que, de modo geral, as decisões do STF envolvendo tratados internacionais asseguravam a primazia do direito internacional. O segundo momento é o período que se estende entre 1977 e 2004, com clara mudança de posicionamento da Corte, que consolida entendimento consoante com a tese da hierarquia legal, dando primazia ao direito interno. O terceiro momento é o período pós-2004, tendo por marco a entrada em vigor da EC 45/2004, com a superação da tese da hierarquia legal e intensificação do debate em torno das teses da supralegalidade e da constitucionalidade.

A Emenda Constitucional 45 de 2004 passou a reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por *quorum* especial, por meio do acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal³. Coloca-se, então, o problema dos tratados ratificados antes da promulgação da Emenda 45, e é justamente sobre eles que o STF é chamado a decidir no período circunscrito por nossa pesquisa empírica. A Emenda Constitucional 45 é clara quando aplicada aos novos instrumentos protetivos que ingressarem no nosso sistema, mas sua interpretação tem gerado celeuma sobre os tratados internalizados no período anterior a 2004. Enquanto o Legislativo não regulamenta a questão em definitivo, o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir sobre as antinomias entre as normas de direito interno e as normas de tratados internacionais de direitos humanos. Ele tem que decidir qual a norma aplicável.

³ Art. 5º, § 3º, CF/88: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O modo pelo qual os ministros têm decidido diante dessas incertezas jurídicas e do contexto político e institucional em que estão inseridos é a mola propulsora do trabalho que se inicia. A doutrina jurídica tem apresentado argumentos para viabilizar a defesa da natureza material e formalmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004⁴. Essa construção jurídico-doutrinária possibilita a aplicação da norma internacional na solução de antinomias pelo STF. No entanto, conforme veremos no primeiro capítulo, os argumentos jurídicos não são os únicos fatores incidentes sobre a tomada de decisão pelo Tribunal. Existem fatores extralegais que podem afetar sobremaneira as escolhas feitas pelos juízes. Assim, os ministros podem tomar um caminho que privilegia o direito internacional dos direitos humanos ou um caminho que privilegia o direito interno, levando em consideração uma gama complexa de fatores, como as regras jurídicas existentes sobre a questão ou preferências de atores políticos, tais quais o Congresso e o Executivo, sobre a incorporação da normativa internacional.

Tomando como ponto de partida o cenário acima descrito, o objetivo desta pesquisa é estudar o comportamento decisório dos ministros do STF no tema da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno, a fim de entender a lógica da tomada de decisão na matéria. Especificamente, a dissertação busca descrever e analisar as posições dos ministros em decisões que tratem do tema, tomadas após 2004, com a finalidade de entender como a mudança constitucional operada pela EC 45/2004 foi interpretada e como as posições dos ministros se dividiram, por ocasião das deliberações sobre a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

⁴ Flávia Piovesan enumera quatro argumentos principais: 1) A Constituição tem que ser interpretada de maneira sistemática, teleológica e axiológica. Os preceitos do artigo 5º, §§ 2º e 3º devem ser interpretados em conjunto; 2) Os direitos fundamentais, os direitos humanos, exigem uma interpretação que garanta sua máxima efetividade; 3) Há a necessidade de evitar interpretações anacrônicas que gerem absurdos na ordem jurídica; 4) O § 3º seria uma norma interpretativa do §2º do artigo 5º, possibilitando considerar os tratados anteriores à EC 45 como normas de natureza plenamente constitucional (Brasil, 2008, pp. 21-22).

A expectativa é que o mapeamento das posições servirá para explorar os potenciais fatores explicativos da atuação da Corte e evidenciará o caráter estratégico da tomada de decisão. O entendimento da lógica da tomada de decisão no tema proposto pode fornecer-nos um ponto de partida para uma análise mais profunda em pesquisas futuras, seja acerca das interações da Corte com os demais atores políticos, seja cotejando a lógica da tomada de decisão em outros temas ou áreas do direito.

A premissa central desse trabalho é que a análise empírica das decisões nos possibilita verificar como, por meio das decisões, os ministros atribuem maior ou menor extensão à Emenda, em função de seus objetivos estratégicos e normativos. Presume-se, ademais, que isso contribui para a compreensão da evolução do direito no tema da incorporação dos tratados internacionais.

Outrossim, do ponto de vista do debate sobre a hierarquia normativa dos tratados, a hipótese é que a “invenção” da tese da supralegalidade dos tratados, nas decisões estudadas, funciona como uma estratégia para compatibilizar a novidade legislativa com a tradição decisória da Corte, de modo que o STF continua a atuar para limitar a incorporação dos tratados internacionais à ordem normativa interna.

Quanto à estrutura de apresentação do trabalho, a dissertação está dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo volta-se à apresentação das abordagens teóricas predominantes na Ciência Política norte-americana destinadas ao estudo da Suprema Corte e do comportamento decisório dos juízes. Seleccionamos três abordagens: atitudinal, estratégica e o institucionalismo histórico. O estudo das abordagens não se destina a fornecer modelos formais a serem testados em nosso objeto, mas prover referenciais teóricos importantes para o desenvolvimento da dissertação. O corpo bibliográfico dessas abordagens nos adverte sobre equívocos que um analista de Corte pode cometer e oferece nortes preciosos, que poderão iluminar este trabalho.

O segundo capítulo parte do pressuposto de que apreender e incorporar as diferenças existentes entre os processos decisórios da Suprema Corte norte-

americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro são importantes para o empreendimento de análises empíricas de decisões do STF. São importantes, primeiro, porque as regras distintas desses processos decisórios desenham as estratégias variadas que estão à disposição dos juízes para fazer avançar seus objetivos. Segundo, as particularidades institucionais e as dificuldades no campo da pesquisa exigem o desenvolvimento de técnicas específicas para estudar a Corte brasileira, inviabilizando a importação de modelos elaborados para o estudo da Corte norte-americana. Deste modo, nesse capítulo destacamos as principais regras e características dos processos decisórios nas Cortes dos EUA e do Brasil e apresentamos uma proposta metodológica para o estudo dos votos dos ministros do STF.

O terceiro capítulo sistematiza e analisa as informações extraídas dos acórdãos selecionados, aplicando-se a metodologia descrita. Esta se destina a estudar o voto de um ministro em relação a ele mesmo e em relação aos seus pares, no tempo e a partir das decisões tomadas em plenário. Esse esforço metodológico se assenta, fundamentalmente, na exploração de quatro dimensões analíticas extraídas do tema proposto. São elas: 1) diferenciação dos tratados de direitos humanos dos demais tratados; 2) posição hierárquico-normativa dos tratados; 3) consideração da regra de constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos (artigo 5º, § 2º, CF); e 4) extensão da Emenda 45 e da nova regra sobre a constitucionalidade formal dos tratados de direitos humanos (artigo 5º, § 3º, CF).

Por fim, o quarto capítulo apresenta o debate sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao direito interno pelo STF, ao longo do tempo, enfatizando as mudanças na jurisprudência da Corte e na tradição jurídica, bem como as vicissitudes que circundam o debate após a Emenda Constitucional 45/2004.

Acredita-se que a aplicação das etapas metodológicas possibilita a compreensão da lógica da tomada de decisão, elucidando as escolhas normativas e estratégicas feitas pelos ministros para perfilhar um resultado particular. Se o direito é previsão, profecias do que farão os tribunais (Holmes, 1897), o estudo de

um tema por meio de dimensões analíticas selecionadas pode auxiliar-nos na avaliação empírica de como os ministros do STF continuam a refinar uma área do direito e da doutrina, e por quais caminhos decidem abster-se de uma linha de argumentação anterior e iniciar uma nova linha de entendimento. Com isso, poderemos fazer previsões sobre como decidirão em casos futuros ou, simplesmente, descrever a lógica da tomada de decisão sobre um tema, num dado momento, e contribuir para estudos posteriores.

CAPÍTULO 1. ABORDAGENS TEÓRICAS PARA O ESTUDO DE CORTE

We are not students of some subject matter, but students of problems. And problems may cut right across the borders of any subject matter or discipline. (Popper, 1963, p.88)

1.1. Introdução

O direito é um dos principais produtos da política e é um campo em que muitas lutas políticas são travadas. O estudo do direito e da política, como arena interdisciplinar, surgiu concomitantemente com a organização dos cientistas políticos em uma sociedade profissional no início do século XX e tem-lhes oferecido um vasto campo de exploração desde os primórdios da criação do *Department of Public Law and Jurisprudence*, nos anos de 1880, na Universidade de Columbia, nos Estados Unidos (Whittington, Kelemen e Caldeira, 2008). Dentro desse campo, o estudo da Suprema Corte e do comportamento judicial é o coração do subcampo denominado *judicial politics* e, empiricamente, tem se debruçado sobre o aspecto político da constituição dos tribunais e de suas decisões.

Uma das preocupações desse campo de estudo recebe a rubrica de *judicial behavior* e procura responder algumas questões centrais. Por que os juízes da Suprema Corte, na tomada de decisão judicial, comportam-se de determinada maneira? O que explica suas decisões? Que motivações orientam suas escolhas? Em que medida os juízes são *policy-seekers*? Essas questões têm gerado opiniões controversas, e, num esforço por respondê-las, estudiosos da Suprema Corte norte-americana desenvolveram abordagens teóricas que têm sido amplamente utilizadas pelas mais variadas pesquisas empíricas sobre comportamento judicial.

Nosso objetivo não é esgotar todas as abordagens desenvolvidas pela literatura norte-americana, mas apresentar aquelas consideradas predominantes. Acreditamos que essas abordagens podem fornecer-nos diretrizes preciosas para o estudo do Supremo Tribunal no tema proposto. As questões por elas levantadas

podem iluminar nosso caminho como referenciais teóricos na empreitada que iniciamos. Desta maneira, apresentaremos, neste primeiro capítulo, as linhas gerais da abordagem atitudinal, da abordagem estratégica e da abordagem do institucionalismo histórico.

1.2. A abordagem atitudinal

O livro de 1948 de Charles Herman Pritchett, *The Roosevelt Court: a Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*, é a primeira tentativa sistematizada de descrever, por meio de métodos quantitativos, o comportamento individual dos juízes e suas preferências políticas na tomada de decisão judicial (Hammond, Bonneau e Sheehan, 2005; Clayton, 1999). Pritchett foi o responsável por transportar o realismo jurídico para as pesquisas em Ciência Política e abriu caminho para as investigações quantitativas sobre a tomada de decisão judicial nos Estados Unidos (Epstein, Knight e Martin, 2003).

A partir do trabalho de Pritchett, uma série de estudos centrados nas visões e preferências pessoais dos juízes foram desenvolvidos, e o maior destaque é atribuído aos trabalhos de Glendon Schubert. Baseando-se nas considerações de psicologia social de Clyde Coombs, Schubert é o primeiro a fornecer detalhes da abordagem atitudinal (Segal e Spaeth, 1993) e, por isso, chega ser considerado o pai dessa perspectiva teórica (Benesh, 2003).

Em 1965, na obra *The Judicial Mind*, Schubert indaga até que ponto os atos públicos dos juízes são influenciados por suas crenças pessoais. O autor preocupa-se com a relação entre os sistemas de crença política e o comportamento político dos juízes, e, com base no padrão dos votos judiciais, elabora uma escala das atitudes judiciais segundo preferências ideológicas, considerando-as liberais ou conservadoras.

Segundo essa perspectiva, os casos podem ser situados num espectro ideológico unidimensional em que a posição à extrema direita do *continuum* é identificada como conservadora e aquela à extrema esquerda como liberal.

Denomina-se *j-points* a localização dos casos e *i-point* a posição dos juízes no *continuum*. De maneira simplificada, um *justice* identificado como liberal decidirá favoravelmente os casos localizados à esquerda do seu *i-point* e será desfavorável às questões à direita. Assim, a posição dos juízes pode variar de acordo com as questões específicas envolvidas em um caso (Segal e Spaeth, 1993; Baum, 1997).

Muitos dos elementos dessa literatura pioneira foram combinados e estão na raiz da abordagem atitudinal desenvolvida por Harold Spaeth e seus associados, ao longo das últimas décadas. A principal tese dos estudiosos dessa abordagem é que as visões pessoais dos juízes, suas atitudes ou preferências políticas têm impacto sobre suas decisões e escolhas. Empiricamente orientados, há décadas eles têm produzido pesquisas indicando que essas motivações políticas são o que melhor explica o comportamento da Corte e os votos finais dos juízes.

Sobre os fundamentos da abordagem, cumpre dizer que, em primeiro lugar, ela é construída a partir da ideia de indeterminação da lei, difundida pelo realismo jurídico no século XX. Essa indeterminação abre espaço para que os juízes insiram suas visões pessoais na criação da lei. Em segundo lugar, ela foi influenciada pelo movimento behaviorista, de meados do século XX, que afetou a forma como os estudiosos judiciais em Ciência Política passaram a realizar sua pesquisa. O movimento behaviorista moveu a Ciência Política da simples descrição e prescrição para o teste das teorias e fomentou o estudo científico do Direito (Bailey e Maltzman, 2011; Segal e Spaeth, 1993; Maveety, 2003).

Desta maneira, a abordagem atitudinal é construída sobre a ênfase na observação empírica, na medição do que os juízes fazem e no comportamento dos juízes individualmente considerados. O modelo teórico desenvolvido a partir dos pressupostos da abordagem atitudinal pode ser adequadamente descrito como “um conjunto de procedimentos estatísticos, envolvendo uma variedade de técnicas de escalonamento multidimensional, utilizados para nos dizer quantas dimensões temáticas caracterizam a tomada de decisão da Suprema Corte.” (Hammond, Bonneau e Sheehan, 2005, p. 40).

Em *Supreme Court Decision Making* (1976), David Rohde e Harold Spaeth, na esteira de Schubert, consideraram que a grande parte dos casos que chegam à Corte representam um conflito entre posições liberais e conservadoras e, a fim de compreender as preferências dos juízes nas múltiplas questões, categorizaram-nas em três dimensões: *liberdade*, *igualdade* e *new dealism*. Trata-se de escalas, princípios organizacionais das opiniões políticas que possibilitam distinguir um juiz liberal, moderado ou conservador. A primeira dimensão, *liberdade*, envolve questões relativas às liberdades civis e a posição liberal é mais favorável a esses direitos. A segunda, *igualdade*, abrange questões ligadas a pedidos contra tratamentos discriminatórios, sendo a posição liberal mais sensível a essas reclamações e a posição conservadora menos, pois tende a privilegiar, por exemplo, o combate ao crime. Por fim, a terceira dimensão, *new dealism*, inclui questões de regulação econômica pelo Estado e, neste ponto, a posição liberal, em geral, mostra-se mais favorável à regulamentação, principalmente se protetiva dos trabalhadores (Baum, 1987). A partir dos votos individuais ao longo do tempo, em várias áreas, essas dimensões possibilitam situar o juiz ao longo de um espectro ideológico que vai de liberal a conservador, segundo sua disposição para, sistematicamente, apoiar ou não certas alegações jurídicas. Além disso, elas pressupõem que as preferências dos juízes são estáveis ao longo de sua carreira.

O trabalho de Rohde e Spaeth parece ter dado respaldo para o desenvolvimento da abordagem de Segal e Spaeth em duas obras-chaves da literatura atitudinal: *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (1993) e *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002).

Um importante avanço metodológico de Segal e Spaeth foi fornecer uma pontuação para medir o aspecto ideológico separado e independente do voto dos juízes. Este avanço começou com o trabalho de Segal e Cover, em 1989, no qual os autores mediram as posições liberal-conservadora com base em publicações dos próprios *justices*, anteriores à confirmação da sua nomeação pelo Senado, em quatro jornais americanos (*The Washington Post*, *The New York Times*, *The Los Angeles Times* e *The Chicago Tribune*) (Segal, Epstein, Cameron e Spaeth, 1995).

Segal e Spaeth combinaram essas pontuações com os padrões liberal-conservadores de votos (Segal e Spaeth, 2002). Sua ideia é aparentemente simples: os juízes chegam à Suprema Corte com suas preferências ideológicas formadas e, diante dos casos que são chamados a decidir, essas preferências têm enorme influência no resultado final dos votos.

Conforme observam Hammond, Bonneau e Sheehan (2005), as duas edições de Segal e Spaeth – 1993 e 2002 – trazem duas variações da abordagem atitudinal. A primeira edição traz uma apresentação predominantemente centrada na ativação das atitudes e a segunda traz uma versão da escolha racional da abordagem atitudinal. Na edição de 2002, os autores afirmam que a abordagem atitudinal é uma fusão dos conceitos-chaves do realismo jurídico, da ciência política, da psicologia e da economia. No entanto, observam Hammond, Bonneau e Sheehan, a fusão dessas características permanece vaga na explicação dos autores, bem como as “fronteiras” entre as duas versões da abordagem⁵.

De maneira geral, uma das premissas centrais da abordagem atitudinal é que os juízes da Suprema Corte perseguem objetivos políticos. Eles têm preferências políticas acerca das questões vindas das arenas tradicionais para a Corte, e, no processo de tomada de decisão, buscam resultados o mais próximo possível de suas próprias preferências políticas (Rohde e Spaeth 1976; Segal e Spaeth, 2002). Essa abordagem encontra sua definição clássica nas palavras de Segal e Spaeth (2002, p. 86; 1993, p. 65): “Este modelo sustenta que a Suprema Corte decide os litígios à luz dos fatos do caso vis-à-vis das atitudes ideológicas e valores dos juízes.

⁵ Sobre essa dificuldade, observam Hammond, Bonneau e Sheehan (2005, p. 45): “Furthermore, in the 2002 edition, Segal and Spaeth even classified these various approaches in ways we have difficulty understanding. For example, their chapter 3, titled “Models of Decision Making: The Attitudinal and Rational Choice Models,” included separate sections on “The Attitudinal Model” and “The Rational Choice Model.” But inside the section on “The Attitudinal Model” was a subsection that Segal and Spaeth (2002, 92) labeled “The Economics Influence,” and they illustrated this influence by reference to Rohde and Spaeth (1976), whose overall organizing approach, as Segal and Spaeth themselves clearly stated, is based on rational-choice theory. The puzzle is why this subsection on “The Economics Influence” did not appear instead in the subsequent section titled “The Rational Choice Model” (2002, 97–110); after all, what is central to the economic style of thinking, and to the influence of economics on the other social sciences, is the rational-choice approach.”

Simplificando, Rehnquist vota dessa maneira porque ele é extremamente conservador; Marshall votou daquele modo porque ele é extremamente liberal.”⁶

Sobre a tomada de decisão no mérito, os atitudinalistas argumentam que os juízes decidem livres de constrangimentos e votam em sincero acordo com suas preferências e atitudes. Essa liberdade institucional decorre, segundo apontam, de algumas prerrogativas, entre elas o fato de que: 1) a Suprema Corte é um tribunal de última instância e suas decisões não podem ser objeto de recurso para nenhum tribunal superior; 2) os juízes gozam de vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios; 3) os juízes têm poder sobre os casos que pretendem decidir e usam essa liberdade para decidir os casos que mostram argumentos jurídicos plausíveis de ambos os lados e, portanto, possibilitam a expressão sincera de suas preferências e atitudes no voto; 4) os juízes ocupam o posto mais alto na carreira e, provavelmente, poucos desejam posições mais elevadas; 5) os juízes constituem um ramo independente e, geralmente, não têm que se preocupar com a possível reação do Congresso ou do Executivo para suas decisões (Segal, 1999; Segal e Spaeth, 2002; Brenner e Whitmeyer, 2009).

Cumprir observar que a noção de ausência de constrangimentos incidentes sobre as escolhas dos juízes só se aplica nas decisões sobre o mérito, e não nos outros estágios do processo de tomada de decisão pela Suprema Corte (Segal, 1999; Hammond, Bonneau e Sheehan, 2005). Mas, apesar dessa limitação e da ampla aceitação da abordagem pelos estudiosos da Suprema Corte, essa abordagem tem recebido inúmeras críticas.

Conforme ressalta Baum (1994), Segal e Spaeth fundamentam erroneamente sua principal alegação, de que a preferência política dos juízes é determinante na explicação dos resultados dos votos finais. Segundo Baum, os autores afastam da sua fundamentação considerações importantes, como o papel

⁶ Tradução livre a partir do original: “This model holds that the Supreme Court decides disputes in light of the facts of the case vis-à-vis the ideological attitudes and values of the justices. Simply put, Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall voted the way he did because he was extremely liberal” (Segal e Spaeth, 2002, p. 86; 1993, p. 65).

do direito. Além disso, as publicações em jornais e os padrões de votação medem apenas indiretamente as preferências políticas dos juízes.

Na mesma linha de ideias, Knight e Epstein (1998) afirmam que a abordagem atitudinal não é suficientemente explicativa, pois não leva em conta as variáveis estratégicas que motivam a tomada de decisão judicial. Para os juízes maximizarem suas preferências, eles têm que agir estrategicamente ao fazer suas escolhas.

Bailey e Maltzman (2011) argumentam que as preferências políticas expressas de maneira sincera nas decisões, por si só, não explicam adequadamente a tomada de decisão judicial da Suprema Corte. Eles consideram que os constrangimentos legais e políticos devem ser levados em conta no estudo do processo decisório e que as preferências políticas dos *justices* fornecem apenas um ponto de partida para essa análise. Assim como têm atitudes sobre a política, os juízes também têm atitudes sobre o direito e não são independentes do sistema político em que estão inseridos.

O direito é tratado por essa abordagem como um meio para encobrir ou disfarçar o comportamento ideológico, mesmo que inconscientemente. Nessa visão, as exposições legais dão cobertura às decisões políticas dos juízes (Wahlbeck, 1997; Lax, 2011).

A abordagem atitudinal parece, assim, não fornecer uma compreensão completa da tomada de decisão da Suprema Corte, pois as atitudes, por si só, nem sempre explicam o resultado da decisão. Apesar disso, essa abordagem desmistifica a instituição e nos ajuda a entender que a Suprema Corte é uma instituição formada por indivíduos que tomam decisões usando fatores extralegais. Nossa tarefa, agora, é expor outros fatores que transcendem as atitudes e preferências dos juízes e são importantes para uma compreensão mais completa da tomada de decisão judicial da Suprema Corte.

1.3. A abordagem estratégica e o neoinstitucionalismo da escolha racional

Muito se afirma que a abordagem estratégica extraiu boa parte de seus pressupostos teóricos e metodológicos da teoria da escolha racional. No entanto, é preciso entender o que isso significa e como se operou.

Green e Shapiro sistematizam cinco pressupostos amplamente aceitos pelos teóricos da escolha racional e que estão no cerne dos mais variados estudos políticos. São eles: 1) o comportamento do agente é orientado pela maximização da utilidade. Quando confrontado com múltiplas opções, ele escolhe a que acredita servir melhor aos seus propósitos; 2) a racionalidade deve conter exigências consistentes, possibilitando que as opções e preferências do agente sejam conexas e transitivas. Tal pressuposto exige, por exemplo, que o agente considere dois resultados como diferentes (prefere a opção “A” a “B”) ou iguais (as opções “A” e “B” são indiferentes). Os resultados são avaliados e ordenados um em relação ao outro; 3) o valor esperado de ganho é maximizado pelo indivíduo em escala de utilidade. O foco é depositado sobre a expectativa, e não sobre o ganho real, pois o agente toma decisão sob condição de incerteza; 4) os agentes maximizadores são os indivíduos. É através da ação individual que os resultados coletivos devem ser explicados; e 5) os modelos da escolha racional se aplicam ao estudo dos agentes em que decisões, regras, gostos e objetivos são estáveis ao longo do tempo (Green e Shapiro, 1994).

No âmbito da Ciência Política, tais pressupostos foram utilizados para estudar o Direito. Basicamente, aponta Knight, esse campo de estudo se desdobra em três vertentes. A primeira vertente envolve Direito e Economia, empregando métodos de análise de mercado para o estudo do Direito. A segunda vertente tem raízes na *Positive Political Theory*, que, a partir dos estudos centrados no Congresso, incorporou a Suprema Corte nas análises, utilizando abordagens formais para verificação das interações entre os diferentes ramos do governo. Já a terceira vertente empreende esforços para analisar a tomada de decisão judicial

segundo a lógica da escolha estratégica (Knight, 2001). É a esta última vertente que, primordialmente, dedicamo-nos neste item.

Glendon Schubert, habitualmente associado à abordagem atitudinal, foi o primeiro cientista político a aplicar a teoria da escolha racional ao estudo do comportamento judicial (Epstein e Knight, 2000). Em *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959), o autor utilizou a teoria dos jogos para pensar sobre a racionalidade dos juízes na busca de seus objetivos políticos, tratando-os como tomadores estratégicos de decisão (Hammond, Bonneau e Sheehan, 2005).

Ainda no rol dos pioneiros da abordagem estratégica, Walter Murphy tem lugar de destaque. Na sua obra *Elements of Judicial Strategy* (1964), desenvolveu a ideia de estratégia na tomada de decisão judicial, argumentando que o comportamento dos juízes é moldado pelo comportamento dos seus pares e pela potencial ação do Legislativo, do Executivo e do público em geral⁷. Por analogia, a ideia é que, assim como um comandante militar em tempo de guerra deve estar atento às posições e possíveis ações de seus adversários, o juiz, para impor sua preferência política, deve ter em mente as preferências dos colegas e dos atores externos (Epstein e Knight, 2003).

Muito embora a sua obra tenha sido publicada na década de 1960, a abordagem estratégica só obteve maior atenção dos estudiosos do comportamento judicial em meados da década de 1990. Pensar no juiz como um ator racional significa dizer que ao decidir, dentre os caminhos possíveis, ele escolhe um curso de ação que de maneira ótima e mais eficiente ajudará na consecução de seus objetivos (Epstein e Knight, 1999). A natureza essencial de sua atividade não difere, portanto, da de um congressista. Ambos têm que decidir questões políticas importantes, formular opiniões e emitir votos com vistas a avançar seus próprios

⁷ Epstein e Knight sintetizam a visão pioneira de Murphy: "Walter F. Murphy paints a portrait of shrewd justices, who anticipate or know the responses of their colleagues and of other relevant actors, and take them into account in their decision making; of a group that would rather hand down a ruling that comes close to, but may not exactly reflect, its preferences than, in the long run, see another political institution (e.g., Congress) completely reverse its decisions or move policy well away from its ideal points. *Elements*, in other words, elucidates the strategic nature of judicial decision making" (Epstein e Knight, 1997, p.8).

interesses (Spiller e Gely, 2008). Essa noção de racionalidade associada à noção de comportamento estratégico está na base da abordagem estratégica aplicada ao estudo do comportamento judicial.

Sobre a noção de comportamento estratégico, é importante observar que muitas considerações da escolha racional sobre a tomada de decisão judicial partem do mesmo pressuposto da abordagem atitudinal, de que os juízes são *goal-directed*. Mas, diferentemente da abordagem atitudinal, os teóricos da escolha racional enfatizam que essa orientação por certos resultados ocorre de maneira estratégica ou interdependente do contexto de tomada de decisão judicial (Epstein, Hoekstra, Segal e Spaeth, 1998).

A diferença entre as abordagens atitudinal e da escolha racional, antes de tudo, diz respeito à diferença entre comportamento sincero e comportamento sofisticado (estratégico). Este é explicado por Caldeira, Wright e Zorn (2005, p. 111-112):

Votos expressos pelos membros dos órgãos colegiados nem sempre representam fidedignamente suas verdadeiras preferências. Confrontado com três ou mais escolhas, os votantes podem abandonar a primeira opção, pois têm pouca chance de ganhar, a fim de impedir que vença uma alternativa que menos lhes agrada. Tipicamente chamado de voto “sofisticado” ou “estratégico”, esse comportamento tem sólido fundamento teórico, e estudiosos têm descoberto exemplos em legislaturas e eleições ao redor do mundo. A Suprema Corte é uma instituição onde o voto sofisticado é comum (...).⁸

Em outros termos, a abordagem estratégica adota como ponto de partida a ideia de que o comportamento dos juízes não decorre apenas de suas preferências políticas e ideológicas votadas de maneira sincera, como quer a abordagem atitudinal. Os juízes atuam estrategicamente, realizando cálculos sobre as

⁸ Tradução livre a partir do original: “Votes cast by members of collegial bodies do not always faithfully represent their true preferences. Faced with three or more choices, voters may forsake a first choice that has little chance of winning in order to prevent a least favorite alternative from winning. Typically called 'sophisticated' or 'strategic' voting, this behavior has solid theoretical footing, and scholars have discovered instances of legislatures and elections around the world (...). The Supreme Court is one institution where sophisticated voting should be common (...)” (Caldeira, Wright e Zorn, 2005, p. 111-112).

consequências de suas decisões e considerando um contexto interdependente, que inclui atores com poder de veto.

Sobre a natureza *goal-directed* do comportamento judicial, os mais variados trabalhos apontam que os juízes perseguem primordialmente objetivos políticos (como ver uma política pública refletindo suas preferências). Mas a abordagem estratégica pode comportar inúmeros outros objetivos ou motivações (Epstein e Knight, 2003). As escolhas dos juízes podem, por exemplo, ser motivadas por preocupações com a legitimidade institucional ou por preocupações de natureza jurisprudencial (Knight, 2001; Epstein e Knight, 2003). Dentro da abordagem estratégica, no entanto, a motivação predominante é que os juízes querem ser eficazes no sentido de ver seus objetivos políticos inscritos, ao longo do tempo, no conteúdo do direito (Epstein e Knight, 1998; Knight, 2001). Essa tem sido a motivação de destaque nos estudos sobre comportamento judicial, e ela está afinada com a tradição iniciada pelos atitudinalistas, de enfatizar o papel das preferências políticas na explicação das decisões⁹. Retomaremos esse importante aspecto adiante.

O premiado livro *The Choice Justices Make*, de Lee Epstein e Jack Knight, publicado em 1998, tem sido considerado pelos estudiosos uma das obras-chaves para o desenvolvimento recente da abordagem do cálculo estratégico. Epstein e Knight perfilam o pioneiro fundamental da abordagem estratégica para o comportamento judicial, Walter Murphy (Maveety, 2003), e, através de uma combinação de dados qualitativos e quantitativos, fornecem evidências importantes de que os juízes se comportam estrategicamente em todos os estágios do processo de tomada de decisão da Corte (Hammond, Bonneau e Sheehan, 2005).

⁹ Em certa medida, a literatura ressalta um elo comum entre as abordagens atitudinal e da escolha racional: a centralidade ou domínio das preferências políticas na explicação da escolha judicial. Este elo leva Harold Spaeth a considerar a abordagem da escolha racional como um subtipo da abordagem atitudinal: “O modelo legal e da escolha racional pode muito bem ser vistos como subtipo do modelo atitudinal, na medida em que ambos admitem a presença de preferências políticas pessoais no exercício da escolha decisória” (Spaeth, 2008, p. 757). Tradução livre a partir do original: “But in one sense the legal and rational-choice model may fairly be viewed as subtype of the attitudinal model to the extent that both admit the presence of personal policy preferences in the exercise of decisional choice.”

É importante notar que o objetivo dessa obra não foi desenvolver um modelo teórico formal a ser testado, mas analisar a lógica básica da ação estratégica, identificando as maneiras que se manifesta nas escolhas dos juízes e fornecendo um quadro para a compreensão de suas implicações nas pesquisas sobre o Tribunal.

De maneira sistematizada, os autores estabelecem os principais componentes do cálculo estratégico para a tomada de decisão judicial, a saber: 1) as ações dos juízes são dirigidas para a realização de objetivos; 2) os juízes são estrategistas; e 3) as instituições estruturam as interações dos juízes.

Assim, como já se pontuou, diz-se que uma ação é racional quando leva em conta a escolha que mais eficazmente satisfaz os objetivos desejados. O ator age intencionalmente e com fim de maximizar um objetivo específico. Os juízes, nesse sentido, agem para ter suas posições políticas preferidas refletidas no direito. Este é o principal objetivo que perseguem. Para tanto, eles atuam estrategicamente, sendo que por “estratégia” designa que o processo de tomada de decisão judicial é interdependente, vale dizer, uma ação individual depende, em parte, das ações de outros atores (Epstein e Knight, 1997 e 1998).

Nesse contexto, ao decidir, um juiz calcula quais serão as preferências e escolhas de seus pares, e isso se desdobra em agir racionalmente em todo o processo decisório. Ele também leva em conta as preferências de outros atores políticos chaves, como o Congresso, o Presidente e o público em geral. Se os cálculos estratégicos que realizam falharem, as consequências podem ser indesejáveis. Assim, por exemplo, o Congresso pode minar as decisões através da introdução de legislação contrária a *opinion* esposada pela Corte, ou o público pode recusar-se a cumprir a decisão – o que pode mitigar a sua legitimidade.

A questão que se coloca diz respeito à fonte de informação dos juízes, vale dizer, para calcular as preferências e o curso de ação dos demais atores os juízes precisam ter informações que direcionem suas escolhas. Eles precisam ser capazes de fazer previsões sobre o contexto político e social em que estão operando. Dentre as fontes de informação, os autores apontam duas principais: a mídia e os

pronunciamentos das partes e *amicus curiae*. Segundo argumentam, há evidências de que os juízes prestam atenção nas notícias da imprensa e a partir disso obtêm informações sobre o ambiente político. Tais notícias associadas às suas próprias percepções políticas possibilitam que eles façam cálculos sobre as preferências e prováveis ações dos outros atores (Epstein e Knight 1998, 1999).

Epstein e Knight argumentam, ainda, que não é possível entender as decisões dos juízes sem considerar o contexto institucional em que operam. Conceituam instituições como sendo um conjunto de regras que têm o papel de estruturar as interações sociais. Elas podem ser formais, como as leis, ou informais, como as normas e convenções. Essas regras ajudam os atores estratégicos, pois fornecem informações sobre como é esperado que se aja em determinada situação: elas estabelecem limites sobre a gama de comportamentos aceitáveis (Knight, 2001). Dentro disso, o respeito aos precedentes, bandeira da abordagem legal, é considerado pelos estudiosos da abordagem estratégica como um exemplo de constrangimento próprio desse contexto institucional (Knight, 2001).

Nessa linha de ideias, Maltzman, Spriggs e Wahlbeck, no texto *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making* (1999), discutem a abordagem do cálculo estratégico em conjunto com a abordagem neoinstitucionalista da Corte Suprema, enfatizando o papel dos constrangimentos institucionais (*constraints*) no processo de tomada de decisão dos juízes¹⁰. Assim como Epstein e Knight, os autores esclarecem que esses constrangimentos podem ser regras formais ou informais que têm o condão de

¹⁰ “Em contraste, o neoinstitucionalismo devolve os atores políticos racionais ao seu contexto institucional, argumentando que o cálculo racional confere considerações de elementos estratégicos ao jogo político. Em vez de ter apenas o objetivo de maximizar, os atores racionais entendem que eles enfrentam um número de constrangimentos impostos pelas ações de outros atores políticos e pelo contexto político em que eles agem. Os juízes, em suma, são atores estratégicos que levam em consideração os constrangimentos que encontram quando tentam introduzir suas preferências no direito.” Tradução livre a partir do original: “In contrast, the new institutionalists place rational political actors back into their institutional context, arguing that rational political calculation entails consideration of the strategic element of the political game. Instead of being simple goal maximize, rational actors understand that they face a number of constraints, constraints imposed by the actions of other political actors and by the institutional context in which they act. Justices, in short, are strategic actors who take into consideration the constraints they encounter as they attempt to introduce their policy preferences into the law” (Maltzman, Spriggs e Wahlbeck, 1999, p.46).

limitar as escolhas disponíveis aos atores políticos. As instituições influenciam as escolhas dos juízes, pois fornecem informações sobre o comportamento esperado e sinalizam as sanções impostas ao tribunal pelos demais atores. Os juízes, segundo essa abordagem, reagem à resposta antecipada dos outros, podendo, no entanto, agir sinceramente (se o contexto político favorecer uma atuação segundo suas preferências) ou em função das limitações impostas pelos demais atores, moderando suas posições preferidas para que a decisão se aproxime tanto quanto possível do seu ponto ideal.

Os constrangimentos incidentes sobre o comportamento dos juízes podem ser de duas ordens: 1) constrangimentos internos ou endógenos e 2) constrangimentos externos ou exógenos.

Os constrangimentos endógenos são o que Maltzman, Spriggs e Wahlbeck denominam “jogo colegiado” (*collegial court game*). Conforme explicam, as regras institucionais, os procedimentos e as normas internas à Corte constroem a capacidade dos juízes de traduzir suas preferências para a política legal. De modo que a possibilidade de um juiz transpor seus objetivos políticos para o/no direito depende de inúmeros fatores, tais como a configuração da agenda da Corte, regras sobre atribuição de parecer e normas sobre redação do parecer.

Com efeito, um juiz interessado em atingir seus objetivos políticos em determinado tema deve considerar, por exemplo, o lugar do caso na agenda do Tribunal. Ele, sozinho, não pode determinar que o caso seja colocado na pauta de julgamento, e esse é um constrangimento importante. De acordo com as normas internas (*rule of four*), seria necessário, para tanto, apoio de pelo menos mais três juízes, estabelecendo-se, assim, um jogo colegiado. A disposição dos juízes em conceder *certiorari*¹¹ dependerá das decisões de seus colegas, vale dizer, da percepção sobre como eles decidirão o mérito. Um juiz poderá deixar de conceder

¹¹ O instituto do *writ of certiorari*, conforme veremos, é uma particularidade da Suprema Corte norte-americana que possibilita o controle da agenda pelo Tribunal. Sua origem remete ao *Judiciary Act* de 1925. Esse instituto permite que o Tribunal selecione discricionariamente os casos que irá julgar, podendo ser utilizado como estratégia evasiva para não julgar determinados casos.

o *certionari* se acreditar que sua posição não será a vencedora na votação do mérito. Essa estratégia é conhecida como *defensive denials* (Pinto, 2006).

Os constrangimentos exógenos referem-se ao que os autores designam como “jogo da separação de poderes” (*separation of powers game*). Parte-se da ideia de que a Suprema Corte está inserida no sistema político em que vigem regras constitucionais de freios e contrapesos, possibilitando, por exemplo, ao Legislativo derrubar uma decisão da Corte através da aprovação de uma legislação. Diante disto, os juízes jogam o jogo da separação de poderes fazendo escolhas estratégicas para evitar a censura do Congresso.

Michael A. Bailey e Forrest Maltzman, no recente trabalho *Constrained Court* (2011), propõem uma abordagem para análise da tomada de decisão judicial da Suprema Corte que pode ser incluída no rol da abordagem estratégica aqui apresentada.

Resumidamente, a obra de Bailey e Maltzman está assentada em três ideias centrais: 1) os juízes são influenciados por algo mais que apenas as preferências políticas, como afirma a abordagem atitudinal; 2) a lei importa (*law matters*) para os juízes e 3) os atores políticos externos influenciam os juízes.

Segundo explicam, os modelos teóricos elaborados a partir da consideração de que as preferências ideológicas dos juízes têm o condão de explicar todos os comportamentos da Corte falham quando aplicados aos casos em que a simples dimensão liberal-conservadora não dá conta das suas complexidades. Os casos *Texas versus Johnson* (1989) e *Virginia versus Black* (2003) são exemplos utilizados por Bailey e Maltzman para corroborar essa ideia. Em ambos, os padrões de votação e preferências estimados segundo as escalas da abordagem atitudinal não serviram para prever a tomada de decisão dos juízes. Eles não são adequados para explicar a votação nesses casos. De outro modo, o comportamento dos juízes nos casos pode ser explicado por considerações legais.

Os autores consideram que fatores jurídicos afetam o comportamento dos juízes. Eles chamam a atenção para três doutrinas jurídicas que, com maior probabilidade, podem constranger a tomada de decisão judicial: *stare decisis*,

restrição judicial e estrita interpretação da Constituição (ou da Primeira Emenda) (Bailey e Maltzman, 2011 e 2008).

A doutrina do *stare decisis*, derivada do latim *stare decisis et non quieta movere*¹², preconiza a atenção aos casos pretéritos que apresentem semelhanças de fato e de direito com o atual. Ela parte da noção de que o respeito aos precedentes pode guiar a tarefa dos juízes. Por sua vez, a doutrina da restrição judicial (*judicial restraint*) diz respeito à deferência ao Legislativo e pode ser explicada, conforme ressaltam os autores, através do discurso dos juízes de que é tarefa dos legisladores, devidamente eleitos, mudar a política. Essa doutrina pode ser adequadamente expressa no discurso do *Chief Justice* Robert: “Os membros do Congresso foram escolhidos por centenas de milhares de pessoas, milhões de pessoas. Nem uma única pessoa votou em mim. E isso é, para mim, um obstáculo importante. Significa que eu não estou lá para fazer um julgamento baseado em minhas preferências políticas pessoais ou em minhas preferências políticas”¹³ (*Apud* Bailey e Maltzman, 2011, p.191; 2008, p. 372).

Já a doutrina da estrita interpretação da Constituição está ligada à interpretação da Primeira Emenda, que desautoriza expressamente o Congresso a violar seis liberdades fundamentais, dentre elas a liberdade de expressão. Bailey e Maltzman verificam que essa doutrina tem levado os juízes a votar, muitas vezes, contra suas preferências pessoais. Caso emblemático é o do juiz conservador Scalia, que no caso *Texas versus Johnson*, envolvendo a profanação da bandeira americana, votou favoravelmente ao acusado, justificando: “Eu teria ficado encantado em jogar o Sr. Johnson na cadeia. Infelizmente, pelo modo como

¹² “Mantenha-se a decisão e não se distúrbie o que foi decidido”. Isso é o que se chama de “jurisprudência” e indica que os princípios de Direito estabelecidos nas decisões anteriores devem ser aplicados em casos futuros semelhantes.

¹³ Tradução livre a partir do original: “Members of Congress have been chosen by hundreds of thousands of people, millions of people. Not a single person has voted for me. And that is, to me, an important constraint. It means that I'm not there to make a judgment based on my personal policy preferences or my political preferences” (*apud*. Bailey e Maltzman, 2011, p.191; 2008, p. 372).

entendo a Primeira Emenda, eu não poderia fazê-lo”¹⁴ (Bailey e Maltzman, 2011, p. 194-195).

Os autores apresentam evidências empíricas de que os juízes agem em um ambiente constrangido, em primeiro lugar, por fatores legais, mas argumentam que a experiência jurídica dos juízes é um elemento que faz variar seu grau de aderência a esses princípios, no sentido de que os juízes mais antigos são mais propensos a levar em conta os fatores legais, como o *stare decisis*, no processo de tomada de decisão. Em segundo lugar, a tomada de decisão dos juízes é constrangida por fatores políticos. Eles não estão isolados do que acontece nos poderes legislativo e executivo, e respondem às mudanças nas preferências do Congresso e do Presidente. A ideia de que a Corte é uma instituição controlada por juízes que reconhecem as oportunidades e os limites associados a suas posições leva os autores fornecerem um método para medir quanto esses fatores legais e políticos afetam a tomada de decisão e quanto os juízes são movidos por considerações legais e por considerações políticas.

Essa abordagem parece representar uma elaboração teórica mais sofisticada que as anteriores. Ela parte das contribuições da abordagem atitudinal e agrega considerações do institucionalismo da escolha racional, dando ênfase às preferências dos juízes, aos fatores externos e institucionais da Corte e preconizando em que medida a lei importa no processo de tomada de decisão judicial.

Por fim, o mais recente desenvolvimento dentro da abordagem estratégica foi publicado no livro *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (2012), de Lee Epstein, Richard A. Posner e William M. Landes, e no artigo *Reconsidering Judicial Preferences* (2013), de Lee Epstein e Jack Knight. Esses trabalhos manifestam a pretensão de oferecer uma abordagem mais realista do comportamento judicial e agregam contribuições de diferentes

¹⁴ Tradução livre a partir do original: “I would have been delighted to throw Mr. Johnson in jail. Unfortunately, as I understand the first Amendment, I couldn't do it” (Bailey e Maltzman, 2011, p. 194-195).

perspectivas (da Ciência Política e de outros ramos), para, dentre outras coisas, estudar de maneira mais ampla as motivações dos juízes no processo de tomada de decisão, indo além da convencional noção de que os juízes agem motivados pela maximização política.

No mencionado artigo, Epstein e Knight (2013) dão início à revisão dos pressupostos e desdobramentos da abordagem estratégica. Largamente impulsionados pelas evidências empíricas apresentadas por inúmeros trabalhos que demonstram que as preferências políticas não são tão determinantes do comportamento dos juízes, os autores propõem uma restauração das bases em que se assentam os estudos de tribunais em Ciência Política.

Essa reformulação parece partir dos pressupostos de Richard A. Posner, de que os juízes agem como todas as outras pessoas, buscando maximizar os seus interesses, que incluem elementos monetários e não monetários (como o lazer, o prestígio e o poder), a incorporação de sua preferência política na lei, e muito mais. Sem diminuir a ênfase no papel das preferências políticas na tomada de decisão, os autores propõem uma investigação mais ampliada das motivações para explicar o comportamento e as escolhas que os juízes fazem. Justificam essa ampliação analítica a partir do seguinte argumento:

Como existem apenas 24 horas em um dia, os juízes precisam decidir como alocar o seu tempo entre as atividades mencionadas: atividades judiciais (por exemplo, ouvir e decidir casos, trabalhar com colegas e funcionários), as atividades não judiciais (por exemplo, escrever livros, participar em conferências, ensinar) e lazer. Dadas as limitações de tempo, os juízes procuram maximizar suas preferências sobre um conjunto de fatores pessoais (a maioria dos quais também têm implicações para os objetivos ideológicos e legais): 1) satisfação no trabalho; 2) satisfações externas; 3) lazer; 4) salário e renda e 5) promoção (Epstein e Knight, 2013, p. 19)¹⁵.

¹⁵ Tradução livre a partir do original: “Because there are only 24 hours in a day, judges must decide how to allocate their time among the activities we note above: judicial activities (e.g., hearing and deciding cases, working with colleagues and staff), nonjudicial work (e.g., writing books, participating in conferences, teaching), and leisure. Given these time constraints, judges seek to maximize their preferences over a set of personal factors (most of which also have implications for ideological and legal goals): 1. Job satisfaction; 2. External satisfactions; 3. Leisure; 4. Salary/income; 5. Promotion” (Epstein e Knight, 2013, p. 19).

Segundo afirmam, há um corpo de literatura oferecendo dados sobre cada um desses elementos, e eles devem ser explorados numa abordagem mais realista do comportamento judicial. Essa abordagem passa pelo abandono do modelo atitudinal como modelo, porque ele tem foco apenas nas motivações políticas e ideológicas, e essas são apenas um dos motivos explicativos da tomada de decisão.

De outro modo, essa abordagem é gerada no seio do modelo estratégico, pois ele é capaz de comportar uma ampla gama de motivações. Na esteira de Posner, Epstein e Knight (2013) argumentam que, ao ter que decidir um caso, um juiz enfrenta incertezas e ambiguidades da lei e deve equilibrar uma série de fatores em seu raciocínio, de modo que “sua resposta a um caso é gerada pela doutrina jurídica, constrangimentos institucionais, preferência políticas, considerações estratégicas, tudo junto e misturado e mediado por temperamento, experiência, ambição e outros fatores pessoais”.¹⁶ Por tal razão, Epstein e Knight vislumbram três tipos principais de motivações que devem ser exploradas numa abordagem estratégica mais realista: motivações ideológicas, motivações pessoais e motivações legais.

Sobre esse último tipo de motivação, Epstein e Knight (2013) identificam que a principal tarefa da incorporação da lei na análise estratégica é desenvolver indicadores de como as categorias jurídicas podem afetar as decisões e como afetam a evolução do conteúdo substantivo da lei. Para tanto, salientam as contribuições que os métodos empregados em diferentes abordagens podem oferecer para a elaboração da abordagem proposta. Mencionam os caminhos explorados por abordagens históricas (como as de Graber¹⁷ e Whittington¹⁸), por

¹⁶ Tradução livre a partir do original: “Their response to a case is generated by legal doctrine, institutional constraints, policy preferences, strategic considerations, and the equities of the case, all mixed together and all mediated by temperament, experience, ambition, and other personal factors” (Posner, 2008, *apud*, Epstein e Knight, 2013, p. 25).

¹⁷ Graber M. A. 2006. *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*. New York: Cambridge Univ. Press.

¹⁸ Whittington K. E. 2007. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

estudos sobre a psicologia de julgar (como os elaborados por Braman¹⁹, Guthrie²⁰ e Rachlinski²¹) e por abordagens assentadas em teoria formal (como as empreendidas por Kastellec²², Lax²³ e Cameron²⁴).

Nesse novo viés da abordagem estratégica, os juízes atuam estrategicamente para atingir seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Eles podem querer ver sua posição política preferida refletida no conteúdo do direito ao longo do tempo, tal como podem ser motivados por outros fatores. O mais importante nesse recente desdobramento é entender a estrutura motivacional e as condições sob as quais os juízes encontram um equilíbrio entre as motivações concorrentes e, com isso, possibilitar explicar os efeitos dessas motivações nos mais variados conjuntos de casos e na evolução substantiva do direito em diferentes temas.

1.4. A abordagem do institucionalismo histórico

O institucionalismo, pautado pela crença de que “as instituições importam” (*institutions matter*), tem dado primazia analítica às instituições na explicação dos fenômenos políticos. Como resposta, em parte, à “revolução behaviorista”, essa perspectiva teórica se desdobrou em três principais vertentes no campo da Ciência Política: sociológica, da escolha racional e histórica.

O institucionalismo histórico aplicado ao estudo dos tribunais se apresenta como uma abordagem mais eclética do que as acima descritas, seja porque seus pioneiros apresentam enfoques diferentes, seja porque variam cronologicamente (Maveety, 2003).

¹⁹ Braman E. 2009. *Law, Politics and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. Charlottesville: Univ. Virginia Press.

²⁰ Guthrie C.; Rachlinski J. J.; Wistrich A. J.. 2007. *Blinking on the bench: how judges decide cases*. Cornell Law Rev. 93:1–43.

²¹ Rachlinski J. J.; Johnson S.; Wistrich A. J.; Guthrie C. 2009. *Does unconscious bias affect trial judges?* Notre Dame Law Rev. 84:1195–246.

²² Kastellec J. 2007. *Panel composition and judicial compliance on the U.S. courts of appeals*. J. Law Econ. Org. 23:421–41.

²³ Lax J. R.. 2011. *The new judicial politics of legal doctrine*. Annu. Rev. Polit. Sci. 14:131–57.

²⁴ Lax J. R.; Cameron C. M. 2007. *Bargaining and opinion assignment on the US Supreme Court*. J. Law Econ. Org. 23:276–302.

Uma primeira observação a ser feita diz respeito à diferença entre *old* institucionalismo e *new* institucionalismo histórico no marco dos trabalhos sobre comportamento judicial. Tomamos emprestada a explicação de Clayton (1999 e 2003) sobre o cerne dessa diferença para dizer que os antigos institucionalistas abraçam uma concepção realista das instituições, descrevendo-as tal como elas existem, deixando de lado qualquer idealização a respeito do seu funcionamento e constituição. Eles tendem a focar mais as estruturas formais e tangíveis, como as cortes, as doutrinas jurídicas, as opiniões escritas, os estatutos e as Constituições. Por outro lado, os neoinstitucionalistas mostram-se mais abertos a aceitar uma maior porosidade e dinamismo das instituições, enfatizando o papel das normas informais, mitos e estrutura social e cultural passada.

Nesse contexto, o grande pioneiro da abordagem *old* institucionalista parece ser Edward Corwin. Influenciados por uma concepção realista do Direito, os estudos de Corwin adotam a perspectiva histórica para estudar a Ciência Política, demonstrando que o conhecimento do passado pode guiar os políticos do presente. Corwin enfatiza mais a importância do contexto histórico e ideológico na tomada de decisão judicial do que a lógica interna da doutrina jurídica ou das preferências individuais dos juízes. Segundo Clayton (2003), a defesa de que as inclinações dos juízes são, antes de tudo, produto da estrutura ideológica ou institucional que enquadram o pensamento judicial e constitui a natureza das preferências judiciais é a maior contribuição de Corwin para os estudiosos de comportamento judicial. Além disso, Corwin tratava a história como um método, e não como o fim da exploração dos objetos estudados.

Sob a influência de Corwin, Alpheus Mason é apontado como precursor do *new* institucionalismo histórico e, apesar de ter se dedicado a inúmeros outros trabalhos, ele é bastante conhecido por suas biografias judiciais utilizando a perspectiva institucionalista (Davis, 2003). As biografias judiciais de Mason apresentam ricos detalhes sobre o contexto histórico, político e institucional em que os seus personagens tomavam as decisões. Além disso, exploram as relações entre a Suprema Corte e os outros ramos do governo, além de evidenciar a conexão

da Corte com o desenvolvimento das ideias políticas americanas. Davis (2003) considera que as análises de Mason estabelecem as bases sobre as quais os estudiosos neoinstitucionalistas históricos desenvolveram seus trabalhos posteriormente, na medida em que Mason enfatizou o papel do contexto institucional em que seus objetos de estudo estavam inseridos, recusando-se a explicar o comportamento dos juízes em termos de *rational self-interest*. Para Mason, os juízes são indivíduos cujos interesses e ações são moldados por uma combinação complexa de fatores históricos, institucionais e sociais, vale dizer, o contexto em que atuam informa/molda suas preferências, atitudes e objetivos (Davis, 2003).

Martin Shapiro, aluno de outro pioneiro do *old* institucionalismo histórico, Robert McClosely, mostrou preferência por utilizar o método histórico-interpretativo mais do que as abordagens quantitativas e formais no estudo do direito e das cortes (Gillman, 2004). Com a publicação do livro *Law and Politics in the Supreme Court*, em 1964, também antecipou as concepções que formam, atualmente, a abordagem do neoinstitucionalismo (Kritzer, 2003). Seu trabalho é considerado uma ponte importante entre a análise institucionalista tradicional do Judiciário e as assertivas neoinstitucionalistas. Shapiro reconhece que a Corte interage com o sistema político em que está inserida, mas de modos diferentes dos demais ramos do governo, pois desempenha papéis distintos em diferentes áreas de tomada de decisão (Kritzer, 2003; Gillman, 2004).

A partir da visão de que as cortes e os juízes podem ser submetidos ao mesmo tipo de análise que as demais instituições e atores políticos, ele desenvolveu a chamada *political jurisprudence*, entendendo que cortes são cortes, mas também são instituições políticas. Com isso, Shapiro conecta a teoria do direito (*jurisprudence*) com a perspectiva política (*political*), chamando a atenção para o contexto e as influências políticas sobre os juízes, as cortes e o conteúdo do que os juízes dizem. Este conteúdo ajuda a entender como os juízes afetam uns aos outros e como afetam os demais atores políticos. Assim, mais importante do que saber quem ganha ou quem perde é atentar para a opinião esposada pelos juízes nas

decisões. Tais opiniões importam mais que o resultado da decisão em si, pois elas sinalizam para os demais atores os resultados prováveis em futuros casos semelhantes, demarcando posições e comunicando valores. Para Shapiro, essa sinalização é central no processo de *policy-making* (Kritzer, 2003).

De maneira geral, o institucionalismo histórico como abordagem destinada à análise do comportamento judicial preconiza que as normas, poderes e preferências institucionalmente constituídas importam, porque têm o condão de informar o comportamento e também reconstituir o contexto em que os juízes atuam (Maveety, 2003). Ele considera os arranjos institucionais e os processos sociais relevantes para a compreensão do fenômeno político e considera as instituições forças independentes no processo de tomada de decisão judicial (Davis, 2003). O institucionalismo histórico busca, outrossim, explicar a tomada de decisão judicial como um processo em que atitudes e preferências são variáveis dependentes, constituídas, inclusive, pelas concepções sobre o papel da corte, o senso de obrigação e as expectativas institucionais.

Segundo essa abordagem, o comportamento dos juízes não é motivado tão somente por um cálculo sobre os riscos e maximização dos objetivos, como quer a abordagem estratégica, ou por suas preferências ideológicas, como preconiza a abordagem atitudinal, mas é também orientado por um senso de obrigação para com o direito e por um compromisso de agir em certos caminhos e de acordo com as expectativas depositadas em sua função institucional (Gillman e Clayton, 1999; Davis, 2003). Neste sentido, as instituições estruturam a habilidade do juiz de agir dentro de um conjunto de crenças, mas também representam uma fonte de propósitos, objetivos e preferências políticas (Gillman e Clayton, 1999). A relação entre os atores políticos e as instituições é, portanto, interativa. Isso significa dizer que as instituições moldam os interesses, valores e preferências dos atores, mas estes também influenciam as instituições (Davis, 2003).

Sobre esse aspecto, Gillman e Clayton (1999) chamam atenção para uma diferença importante entre as abordagens do institucionalismo da escolha racional e do institucionalismo histórico. Eles salientam que os estudos efetuados da

perspectiva do institucionalismo da escolha racional tendem a considerar que as instituições estruturam as interações entre o ambiente externo e o comportamento judicial. As instituições são, dessa perspectiva, “simplesmente o conjunto de regras dentro do qual o jogo de maximização do interesse próprio é jogado”²⁵ (Clayton, 1999, p. 31).

Já os estudiosos engajados na abordagem do institucionalismo histórico consideram que o comportamento judicial não é apenas *estruturado* pelas instituições, mas é também *constituído* por elas, na medida em que os objetivos e valores associados com o arranjo institucional fornecem impulso e direção aos atores políticos. Em outras palavras, as instituições “constrangem as escolhas através da estruturação de incentivos, mas também moldam as preferências, influenciando ideias” (Whittington, 2000, p. 615). Não simplesmente impõem constrangimentos sobre as escolhas que os juízes fazem, mas são, também, locais onde as preferências se formam e uma ordem normativa se constitui (Whittington, 2000). Sob essa perspectiva, a definição de “instituição” tem incluído uma vasta gama de fenômenos, indicando não apenas regras e normas formais, mas também estruturas cognitivas, hábitos de pensamento, rotina e tradições do discurso político (Whittington, 2000). Clayton e Gillman explicam que esta perspectiva é histórica “porque presume que, ao longo do tempo, como as instituições interagem com outras características do sistema político e tentam lidar com as mudanças sociais, elas podem se transformar e desenvolver novas normas, tradições e funções”²⁶ (1999, p. 6-7).

A perspectiva institucionalista encoraja, ademais, o retorno do direito para o estudo do comportamento judicial, preocupando-se com a colocação da Corte e da lei dentro do amplo contexto intelectual e social que molda o direito e define seu significado. A lei passa ser compreendida como um conjunto de ideias que molda a

²⁵ Tradução livre a partir do original: “Simply the given set of rules within which the game of maximizing self-interest is played” (Clayton, 1999, p. 31).

²⁶ Tradução livre a partir do original: “The work is historical because it is assumed that, over time, as institutions interact with other features of the political system and attempt to cope with changing society they might transform themselves and develop new norms, traditions, and functions” (Clayton e Gillman, 1999, p. 6-7).

maneira como os indivíduos pensam e interagem com o mundo, mas ela própria tem seu significado construído nesse contexto social (Whittington, 2000).

Dentro do institucionalismo histórico, uma contribuição interessante é a de Gillman (1999), que propõe uma abordagem interpretativa para o estudo da Suprema Corte partindo da noção de *missão institucional*. Segundo o autor, o que faz algo ser reconhecido como uma instituição é a sua missão, que pode ser definida como um “propósito identificável ou objetivo normativo que, num momento histórico particular em um contexto particular, torna-se rotinizado dentro de uma forma corporativa identificável como resultado dos esforços de certos grupos de pessoas”²⁷ (Gillman, 1999, p. 79). Esse processo de rotinização da missão está ligado ao estabelecimento de certos atributos organizacionais, como os documentos fundadores, as lideranças, a divisão de responsabilidades, as regras de funcionamento, os mecanismos de tomada de decisão. O estabelecimento de atributos organizacionais é importante para possibilitar que certos atores estabeleçam uma relação formal com a instituição.

No caso de uma corte, o fato de os atores a ela ligados pensarem sobre si próprios como parte de um corpo, trabalhando juntos para promover certos objetivos e realizar determinada função é o que a identifica como uma instituição. A estrutura de significado incorporada na Corte e na mentalidade dos atores que a compõem define sua missão institucional distinta/peculiar no sistema político. Gillman (1999) propõe uma análise mais profunda do contexto institucional em que os juízes tomam suas decisões, com o objetivo de entender se eles estão comprometidos com os propósitos institucionais discerníveis.

²⁷ Tradução livre a partir do original: “An identifiable purpose or a shared normative goal that, at a particular historical moment in a particular context, becomes routinized within an identifiable corporate form as the result of the efforts of certain groups of people” (Gillman, 1999, p. 79).

1.5. Considerações finais

O quadro abaixo busca sintetizar alguns dos principais conceitos envolvidos no estudo do comportamento decisório. Ele compara as abordagens no capítulo apresentadas, colocando lado a lado as diferenças e semelhanças entre elas e oferece-nos uma visão geral dessas perspectivas de análise. A partir disso, podemos extrair pressupostos que podem nos auxiliar na elaboração desta dissertação.

A abordagem atitudinal ajuda-nos a ver os juízes como *policy-seekers*, orientados por seus objetivos e preferências pessoais na tomada de decisão judicial. O modelo teórico construído sobre esse pressuposto considera que as decisões podem ser explicadas pelas preferências pessoais dos juízes, individualmente considerados. Essas preferências políticas e ideológicas podem ser colocadas num *continuum* unidimensional que vai da direita à esquerda, segundo sua preferência seja considerada conservadora ou liberal. Essa abordagem nos diz pouco sobre como as questões levantadas nos casos são enquadradas fora da Corte e por que os juízes escolhem determinados caminhos, em vez de outros. E, muito embora no Brasil os estudiosos de Judiciário em Ciência Política afirmem que o modelo atitudinal é inadequado para o estudo da realidade judicial brasileira (Da Ros, 2008), a simples ideia de que a decisão de mérito do Tribunal é tomada, primordialmente, tendo em vista fatores políticos, já é uma contribuição importante e um ponto de partida para estudar a atuação dos ministros do STF.

A abordagem estratégica agrega elementos da escolha racional para considerar que os juízes são atores meta-orientados, que agem racionalmente num ambiente estruturado pelas instituições e constrangido pelas preferências dos demais juízes, dos outros atores políticos e do público em geral. Dentre os objetivos que os juízes estrategicamente buscam maximizar o mais importante é a inserção de sua preferência política no direito, ao longo do tempo. No estudo do comportamento judicial, a abordagem estratégica dá destaque aos fatores políticos e jurídicos, como elementos que constroem as escolhas que os juízes fazem na

tomada de decisão judicial, e essa contribuição é mais elaborada do que a oferecida pela abordagem atitudinal.

Essa abordagem também tem se aprimorado a fim de entender, de modo mais realista, as motivações que orientam as escolhas dos juízes e como essas motivações variadas afetam o conteúdo substantivo e a evolução do direito. Isso nos leva a entender que não se deve considerar as preferências políticas como a única causa explicativa das decisões, mas deve-se, sim, entendê-las como mais um elemento que é estrategicamente ponderado pelos juízes no processo de tomada de decisão.

Por fim, a abordagem do institucionalismo histórico nos fornece nortes interessantes para a análise do comportamento judicial e para um entendimento dos juízes como atores inseridos dentro de uma situação social e política particular. Essa abordagem, aplicada ao estudo da tomada de decisão judicial, encoraja o retorno do direito nos estudos empíricos, considerando importante olhar para o que os juízes dizem como forma de entender como eles pensam e agem sobre as questões que decidem, dentro de um contexto constituído e estruturado pelas instituições.

	Abordagem Atitudinal	Abordagem Estratégica	Abordagem do Institucionalismo histórico
Lei/Direito	<ul style="list-style-type: none"> - concepção instrumental; - ferramenta para avançar as preferências políticas pessoais dos juízes; - não afeta os juízes; - não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial; - usada para encobrir comportamento ideológico. 	<ul style="list-style-type: none"> - concepção instrumental; - ferramenta para avançar os objetivos dos juízes; - o direito importa, pois pode representar um constrangimento sobre as escolhas dos juízes. 	<ul style="list-style-type: none"> - o direito importa; - conjunto de ideias que molda como o indivíduo pensa e interage com o contexto que está inserido, mas também é constituído e obtém significado por meio desse contexto; - natureza reguladora e constitutiva.
Juiz	<ul style="list-style-type: none"> - <i>policy-seekers/goal directed</i>; - reagem a estímulos e decidem motivados por suas preferências pessoais manifestadas de maneira sincera. 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>goal directed</i>; - atores racionais que fazem escolhas agindo estrategicamente para maximizar seus interesses. 	<ul style="list-style-type: none"> - atores políticos cujos interesses e ações são moldados por uma série de fatores. São motivados, por ex., pelo dever com o direito, senso de responsabilidade e expectativas institucionais.
Outros atores políticos	<ul style="list-style-type: none"> - não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial. 	<ul style="list-style-type: none"> - constroem as escolhas dos juízes, pois fornecem informações sobre o comportamento esperado e sinalizam sanções; - As preferências desses atores são levadas em conta no cálculo estratégico que os juízes fazem. 	<ul style="list-style-type: none"> - parte do contexto institucional.
Instituições	<ul style="list-style-type: none"> - não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial. 	<ul style="list-style-type: none"> - as instituições importam, porque estruturam as interações dos juízes e constroem suas escolhas. - conjunto de regras formais, como leis, e regras informais, como normas e convenções. 	<ul style="list-style-type: none"> - as instituições importam, elas regulam e constituem as preferências dos juízes; - variável independente no estudo dos tribunais; - definição ampla, engloba estrutura e regras formais, bem como hábito de pensamento, rotinas etc.
Decisões	<ul style="list-style-type: none"> - oportunidades para perseguir preferências políticas e ideológicas. 	<ul style="list-style-type: none"> - oportunidades de maximizar objetivos num contexto constrangido pelas preferências dos demais atores políticos chaves; - oportunidades para inserir preferências no conteúdo do direito, ao longo do tempo. 	<ul style="list-style-type: none"> - oportunidades de interpretar a lei e o seu papel no contexto social e político, constituindo o seu significado e sinalizando valores albergados pela corte.
Objetivos e preferências dos juizes	<ul style="list-style-type: none"> - variável mais importante para explicar o comportamento judicial e a tomada de decisão no mérito. 	<ul style="list-style-type: none"> - variável importante, mas é constrangida por fatores estratégicos, internos e externos ao ambiente de tomada de decisão. 	<ul style="list-style-type: none"> - variável dependente; - são constituídas por inúmeros fatores, tais como as concepções sobre o papel da corte, o senso de obrigação e as expectativas institucionais.

CAPÍTULO 2. PROCESSO DECISÓRIO NA SUPREMA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Portrayal of an institution requires a leap from the common sense concreteness, evident in buildings and artifacts like robes and purpose curtains, to the shared perceptions that tell us what these things mean. (Brigham, 1987, p.16)

2.1. Introdução

No sistema jurídico norte-americano, filiado à tradição da *common law*, os juízes desempenham papel ativo na constituição da lei, interpretando-a não apenas de maneira declaratória, mas também de maneira criativa. Eles são atores influentes na política, tendo as suas decisões impacto significativo sobre os rumos do direito. O sistema jurídico no Brasil, por outro lado, é filiado à tradição da *civil law* e a atividade jurisdicional está tipicamente associada ao formalismo legal. Tradicionalmente, o papel dos juízes é visto como mais passivo, atrelado a uma aplicação mecânica das leis e da Constituição, mobilizando a doutrina jurídica para construir a argumentação.

Nos dias atuais, é bem verdade, os estudos sobre comportamento judicial sugerem uma mudança no perfil dos juízes brasileiros, notadamente no perfil daqueles que atuam no Supremo Tribunal Federal. Eles têm apresentado um comportamento mais assertivo e ativista na tomada de decisão judicial, afastando-se da tradicional roupagem apolítica, formalista e profissional atribuída aos juízes da *civil law* (Desposato, Ingram e Lannes, 2012). Hoje, a diferença crucial entre “o juiz da *common law* e o juiz do *civil law* não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações” (Marinoni, 2009, p. 20), e, sim, no papel que assumem em cada um dos sistemas.

Com efeito, no âmbito do comportamento judicial esses dois sistemas jurídicos, com suas regras e procedimentos distintos, levam a estilos muito diferentes de julgar. Por essa razão, neste capítulo, nossa intenção é apresentar as

linhas gerais do processo decisório nas Cortes Supremas norte-americana e brasileira. Apreender e incorporar as diferenças existentes entre tais processos decisórios é importante para o empreendimento de análises empíricas de decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme veremos.

2.2. Processo decisório na Suprema Corte norte-americana

A Suprema Corte norte-americana está no topo do sistema judiciário federal. Ela é composta por nove juízes (*justices*) nomeados pelo Presidente dos EUA e confirmados pela maioria do Senado Federal, servindo por toda a vida. Ela é investida de competências originárias e competências recursais. As competências originárias são assim chamadas porque os casos são levados diretamente à Corte, sua ocorrência é rara, e elas incluem as disputas em que os estados sejam partes e os casos envolvendo embaixadores. A Suprema Corte também é competente para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelas cortes federais de apelação, pelas cortes de apelação especializadas do sistema federal, pelas Cortes Supremas estaduais que declararam a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso e determinados casos oriundos de tribunais distritais. A maior parte das petições chega à Corte sob a forma de *writ of certiorari*, um pedido de revisão da decisão estabelecida por instância inferior.

É por meio da tomada de decisão nesses casos que se estabelecem princípios e doutrinas que influenciam a política e o direito nacionais. As decisões²⁸ dos juízes da Suprema Corte não apenas decidem controvérsias, elas também são fontes do direito e de políticas e têm impacto sobre toda a nação. Portanto, compreender quais casos chegam a julgamento e as regras do processo decisório é uma etapa importante para as análises da Corte e de como os juízes decidem os casos. Nas linhas a seguir, descreveremos os principais momentos do processo

²⁸ A decisão da Suprema Corte é formada de *opinions*. É o que chamamos de votos.

decisório na Suprema Corte, destacando suas regras e características marcantes. Para tanto, partimos da etapa inicial de seleção dos casos.

Os casos apresentados à Suprema Corte passam, inicialmente, por uma triagem. Uma característica importante do processo decisório na Suprema Corte é que os juízes e seus assistentes têm considerável poder discricionário para decidir quais casos serão decididos. Com esse poder, o tribunal define sua agenda. No entanto, por conta do sigilo envolvido, parte do que se sabe da etapa de seleção dos casos é baseada nas notas privadas de juízes aposentados. De fato, a Corte exerce total controle sobre sua pauta, possuindo ampla liberdade para determinar quais casos serão apreciados e quais serão rejeitados. Assim, em um ano judiciário (*term*), são endereçadas, em média, 8.000 petições à Suprema Corte, sendo que, dessas, aproximadamente 80 são aceitas e recebem completa apreciação e julgamento de mérito²⁹.

De início, as petições são consideradas pelos juízes individualmente. Essa triagem inicial conta com o auxílio dos assistentes (*clerks*), que elaboram relatórios e sumários sobre os casos, recomendando ou não sua apreciação e a concessão do *certiorari*. Após essa primeira triagem, promove-se uma seleção coletiva dos pedidos em conferência na Corte. O juiz presidente (*Chief Justice*) faz circular uma lista de exame (*discuss list*), contendo os casos considerados dignos de apreciação pela Corte. Cada juiz pode adicionar, contudo, outros casos à lista. Todos os demais casos, não constantes na lista, são automaticamente negados. Tradicionalmente, para que o caso seja ouvido, é preciso que ele receba o voto de pelo menos quatro dos nove juízes que compõem a Corte. Essa é a chamada *Rule of Four*. A decisão que concede ou nega a apreciação de um pedido não é fundamentada, vale dizer, a Corte anuncia apenas se concedeu ou não o *certiorari*, sem apresentar as razões de seu convencimento. A negação do *certiorari* mantém rigorosamente intocável a decisão da instância inferior, indicando apenas que a Corte decidiu não decidir o

²⁹ Segundo os dados apresentados por Neubauer e Meinhold (2009), no ano judiciário de 2006, por exemplo, a Corte recebeu 8.902 casos, e destes 8.536 foram negados, 278 foram decididos sumariamente (sem argumentação oral e sem completa opinião escrita) e apenas 88 foram completamente decididos.

caso. Ela não significa que a Corte concorda com o teor ou resultado da decisão (Neubauer e Meinhold, 2009).

Com efeito, essa discricionariedade na seleção dos casos é afetada por alguns fatores, que podem ser considerados de duas ordens: legais e políticos.

Na primeira ordem de fatores, para um caso ser aceito, ele precisa atender aos critérios técnicos. A petição deve satisfazer os requisitos de competência e legitimidade das partes e observar as normas presentes no Regimento da Suprema Corte (*Rules of Supreme Court of the United States*). Dentre essas normas, os ditames da *Rule 10* são especialmente influentes nesse estágio preliminar (Murphy, Pritchett e Epstein, 2002; Neubauer e Meinhold, 2009; Pinto, 2006). Prevista na Parte III do Regimento da Suprema Corte, a Regra 10 estabelece considerações que orientam a concessão do *writ of certiorari*:

Regra 10: Considerações Diretivas da Revisão sobre *Certiorari*:

A decisão sobre o *writ of certiorari* não é uma matéria de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição de *writ of certiorari* somente será admitida se houver razões fortes. As seguintes disposições, apesar de não controlarem ou limitarem completamente a discricionariedade da Corte, indicam a natureza das razões que a Corte considera:

(a) uma corte de apelação dos Estados Unidos proferiu uma decisão em conflito com a decisão de outra corte de apelação sobre a mesma e importante questão; decidiu uma questão federal importante de uma forma que conflita com a decisão de uma corte estadual de última instância, ou se afastou do curso aceito e comum do procedimento judicial, ou ratificou um afastamento por uma corte inferior de forma tal a ser chamada para o exercício do poder de revisão da Corte;

(b) uma corte estadual de última instância decidiu uma questão federal importante de uma forma que conflita com a decisão de outra corte estadual de última instância ou de uma corte de apelação dos Estados Unidos;

(c) uma corte estadual ou uma corte de apelação dos Estados Unidos decidiu uma questão de direito federal importante que não tenha sido, mas deveria ser, resolvida por esta Corte, ou tenha decidido uma questão de direito federal importante de uma maneira conflitante com decisões pertinentes desta Corte;

Um pedido de *writ of certiorari* raramente é concedido quando o erro consiste na afirmação de constatações de fatos equivocados ou na má aplicação de uma regra propriamente dita do Direito.³⁰

³⁰ Tradução livre a partir do original: “Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a

Os fatores legais influenciam a etapa preliminar de seleção dos casos, constringendo a escolha dos juízes, mas a maioria dos casos atende aos requisitos técnicos e jurídicos (Baum, 1987), sendo preciso, então, que os *justices* façam uso de outros critérios para delimitar o rol de casos que serão ouvidos. Assim, entram em cena os fatores políticos. Segundo observam Murphy, Pritchett e Epstein (2002), três fatores políticos são particularmente influentes na seleção dos casos: 1) o governo federal como litigante; 2) a presença de *amicus curiae briefs*³¹; e 3) as preferências políticas e ideológicas dos juízes.

O governo federal dos Estados Unidos é parte em grande número de casos que chegam à Suprema Corte e é o gabinete do Procurador Geral (*U.S Solicitor General*) que administra os interesses dessa esfera do governo nas demandas judiciais perante a Corte. O Procurador Geral não apenas representa os Estados Unidos perante a Suprema Corte, mas também decide em quais casos irão apelar quando vencidos nas instâncias federais inferiores. Decide, ainda, se os Estados Unidos irão apresentar *amicus curiae brief* ou buscarão a reapreciação da questão em outro caso³² (Black e Owens, 2009).

O relacionamento estreito do Procurador-Geral com a Corte faz com que os estudiosos se refiram a ele como o “décimo juiz” (*tenth justice*) (Caldeira e Wright,

United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law” (Rules of Supreme Court of United States).

³¹ A expressão latina *amicus curiae* significa “amigo da Corte”. O termo é utilizado para indicar sujeitos que não são partes de um processo, mas acreditam que o caso em julgamento poderá afetá-los e, como tal, defendem um determinado resultado, apresentando argumentos e reforçando o pedido de uma das partes.

³² Segundo Nicholson e Collins Jr (2007), durante os anos forenses de 1953-1999, o Procurador-Geral participou como litigante em quase 40% dos casos da Suprema Corte e apresentou *amicus curiae* em quase 20% deles, seja a convite do Tribunal seja por iniciativa própria.

1988; Bailey, Kamoie e Maltzman, 2005). A bibliografia observa que ele tem sido um litigante de extraordinário êxito perante o tribunal. Em elevada porcentagem seus casos são selecionados, recebendo a concessão do *certiorari* e a apreciação do mérito (Baum, 1987; Murphy, Pritchett e Epstein, 2002; Black e Owens, 2009b).

Atribui-se parte desse êxito à sua *expertise*. O Procurador-Geral e seu gabinete são especialistas em demandas perante a Suprema Corte e adquirem conhecimento e técnica diferenciada para estruturar os pedidos, tornando-os objeto de mais atenção dos *justices* e aumentando, em consequência, as chances de obter apreciação de mérito. A *expertise* também está ligada ao fato de o Procurador-Geral ser um “jogador repetido” (*repeat player*), engajado em muitos casos relacionados perante a Corte (Bailey, Kamoie e Maltzman, 2005).

Além da *expertise* nos litígios perante a Corte, o sucesso do Procurador-Geral advém da seletividade. Os juízes esperam que o Procurador-Geral filtre os casos, analisando-os cuidadosamente e levando à Corte apenas as questões de maior importância. O Procurador-Geral não endereça à Corte altos índices de petições, não sobrecarrega a carga de processos, mas seleciona os mais relevantes. Com isso, conquista maior credibilidade dos juízes (Baum, 1987; Murphy, Pritchett e Epstein, 2002). Por fim, o sucesso também pode sugerir que os juízes têm consciência do seu papel e tendem a não ignorar os interesses dos EUA representados judicialmente pelo Procurador-Geral (Murphy, Pritchett e Epstein, 2002), dando especial atenção às preocupações do Executivo.

O segundo fator político que influencia a seleção dos casos é a presença de *amicus curiae briefs*. O instituto do *amicus curiae* possibilita que sujeitos não partes do processo defendam um determinado resultado perante a Corte, apresentando argumentos e reforçando o pedido de um dos lados no litígio. A bibliografia é clara em salientar que o suporte de *amicus curiae* aumenta as chances de o caso ser ouvido pela Corte e múltiplos *briefs* têm significativo efeito sobre os juízes (Caldeira e Wright, 1988; Murphy, Pritchett e Epstein, 2002). Essa participação funciona como organizações de interesses perante a Corte, tal como os lobistas frente aos legisladores (Krislov, 1963; Epstein e Knight, 1999; Collins Jr, 2007).

A Suprema Corte é sensível às demandas e preferências dos interesses organizados na definição de sua agenda. Os interesses organizados são influentes porque fornecem informações para os juízes sobre a natureza das forças em jogo no litígio (Caldeira e Wright, 1988). Fornecem informações valiosas sobre as preferências dos outros atores políticos (como o Congresso, o Presidente, os estados e o público em geral), habilitando os juízes a maximizarem suas preferências e formularem sua posição conscientes do contexto em que operam (Epstein e Knight, 1999).

Por fim, como terceiro fator, a ideologia dos juízes também influencia a seleção dos casos na Suprema Corte. Esse fator se traduz na tendência dos juízes de votar pela aceitação de casos nos quais a decisão da instância inferior foi contrária à sua orientação política. Assim, uma Corte com orientação mais liberal tende a aceitar um caso decidido de modo mais conservador (Baum, 1987; Murphy, Pritchett e Epstein, 2002). Neste sentido, o *Chief Justice* Rehnquist certa vez reconheceu: “Há uma divisão ideológica na Corte, e cada um de nós tem alguns casos que gostaria de ver concedidos e que, pelo contrário, outros membros não gostariam de ver concedidos.”³³ No entanto, lembra Baum (1987), a importância das preferências políticas e ideológicas na triagem dos casos não deve ser exagerada, pois uma maioria de todas as decisões de triagem é de denegação unânime. Já na fase de votação de mérito as preferências desempenham um papel central, conforme discutimos no capítulo referente às abordagens.

Ainda sobre a seleção dos casos, a bibliografia em Ciência Política assevera que os juízes estão engajados numa votação estratégica nesse estágio inicial do processo decisório. A ampla discricionariedade e os poucos constrangimentos incidentes na etapa de seleção dos casos são fortes incentivos para os juízes engajarem-se em um comportamento estratégico. As considerações estratégicas estão presentes quando eles conjecturam as possíveis implicações de seu voto.

³³ Tradução livre a partir do original: “There is an ideological division on the Court, and each of us has some cases we would like to see granted, and on the contrary some of the other members would not like to see them granted.” (*Apud* Cordray e Cordray, 2008, p. 12).

Assim, antes de votar pela concessão do *certiorari*, cada juiz avalia quais as chances de sua posição, naquele caso, ser vencedora no mérito. Eles agem em vista de maximizar seus interesses. Os trabalhos que abordam tais considerações estratégicas na fase do *certiorari* destacam duas estratégias em particular: concessões agressivas (*aggressive grants*) e negações defensivas (*defensive denials*) (Perry, 1991; Caldeira, Wright e Zorn, 1999).

Uma concessão agressiva ocorre quando um juiz concorda com a decisão da instância inferior, mas vota para conceder o *certiorari*, pois acredita que a confirmação da maioria fará com que a questão se fortaleça juridicamente, tornando-se lei (*law of the land*). De outro modo, quando, mesmo não concordando com a decisão da instância inferior, o juiz nega o *certiorari* por acreditar que será perdedor na decisão de mérito ele está empreendendo uma negação defensiva.

Após o trabalho pioneiro de Glendon A. Schubert, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959), com considerações sobre o comportamento estratégico no estágio do *certiorari*, uma série de estudos dedicaram-se a encontrar respaldo empírico para as estratégias acima destacadas. Boucher e Segal (1995) avaliam essa bibliografia e sintetizam:

Para resumir, na melhor das hipóteses, a literatura atual sobre votação estratégica no *certiorari* é uma miscelânea. Provine argumenta que o voto no *certiorari* é um processo legal, e não estratégico. Perry afirma que é essencialmente não estratégico, mas há ocasiões em que juízes se envolvem em negações defensivas e concessões agressivas. Palmer descobre o voto estratégico, mas não faz distinção entre negações defensivas e concessões agressivas. Schubert também afirma que a votação no *certiorari* é um processo inerentemente estratégico, mas também é um processo em que juízes se envolvem apenas em negações defensivas. Finalmente, Krol e Brenner argumentam, em trabalho recente, que os juízes se envolvem na correção de erros, mas não no que rotulam de estratégia de previsão, ou seja, o que chamamos de voto estratégico (Boucher e Segal, 1995, p. 826).³⁴

³⁴ Tradução livre a partir do original: "To summarize, the current literature on strategic certiorari voting is a hodgepodge at best. Provine argues that certiorari voting is a nonstrategic, legalistic process. Perry claims that it is essentially nonstrategic, but there are some occasions when justices engage in defensive denials and aggressive grants. Palmer finds strategic voting but does not distinguish between defensive denials and aggressive grants. Schubert likewise claims that certiorari voting is an inherently strategic process, but one in which justices engage in defensive denials only. Finally,

Estudando oito anos da Corte Vinson, Broucher e Segal (1995) encontraram fortes evidências de que os juízes se envolvem em concessões agressivas, mas não se envolvem em negações defensivas.

Os trabalhos teóricos mais recentes, como os empreendidos por Epstein e Knight (1998) e Maltzman, Spriggs e Wahlbeck (2000), têm argumentado que o que acontece nos estágios iniciais do processo de tomada de decisão pode ter um impacto substancial sobre resultado da opinião final. Contemplando o estágio da seleção dos casos, alguns modelos formais têm sido desenvolvidos. Assim, por exemplo, Hammond, Bonneau e Sheehan (2005) formalizam um modelo para estudar todos os estágios do processo de tomada de decisão e demonstram que vários tipos de objetivos estratégicos estão presentes durante a definição da agenda da Corte e são importantes para uma compreensão mais completa da decisão final.

O fato é que os juízes se preocupam com política e se preocupam com a lei, eles se esforçam para estabelecer doutrinas, jurisprudência e orientações políticas atuando juridicamente (Mesquita e Stephenson 2002; Lax, 2011). Ao votar no estágio de seleção dos casos, eles já têm em mente a evolução futura do direito. As decisões judiciais são um grande veículo para juízes influenciarem leis e políticas. Assim, faz sentido esperar que os juízes também pensem sobre as opiniões finais já no estágio inicial do processo decisório e atuem estrategicamente para alcançar seus objetivos.

De qualquer maneira, os casos selecionados podem receber dois tratamentos. Eles podem ser julgados sumariamente, sem apresentação de argumentação oral e sem completa *opinion* escrita, algumas vezes por meio da chamada *per curiam decision*, uma opinião breve da Corte, não assinada pelos juízes. Os casos podem, contudo, receber apreciação de mérito, com tratamento completo pela Corte. Nesta última hipótese, o caso é colocado na pauta dos argumentos orais, sendo que as partes são convocadas a apresentar alegações escritas preliminares, sobre as questões jurídicas pleiteadas nos casos.

Krol and Brenner's recent work argues that justices engage in error correction, but not in what they label the prediction strategy, i.e., what we call strategic voting" (Boucher e Segal, 1995, p. 826).

A argumentação oral tem uma importância simbólica, pois constitui o único estágio do processo decisório perante a Suprema Corte que é público (Murphy, Pritchett e Epstein, 2002). Ela oferece a oportunidade para que os advogados suplementem suas alegações escritas e forneçam informações relevantes para os juízes decidirem os casos.

Neste tocante, o trabalho de Johnson, Wahlbeck e Spriggs (2004) investiga em que medida os argumentos orais podem influenciar as decisões dos juízes da Suprema Corte. Segundo os autores, os juízes buscam informações para decidirem casos da mesma forma que os membros do Congresso se aproveitam das informações fornecidas pelos grupos de interesse e especialistas, durante as audiências, para determinar suas opções políticas ou para tratar de incertezas sobre uma questão particular. Os argumentos orais podem fornecer informações e ajudar a esclarecer questões legais e factuais complexas presentes em um caso sob apreciação.

Os autores apresentam evidências de que os juízes respondem à qualidade da argumentação oral. De modo que mesmo os juízes ideologicamente contrários à posição defendida por um advogado têm maior probabilidade de votar favoravelmente, se esse apresentou argumentação oral de maior qualidade do que o advogado da oposição. O trabalho sugere que o fornecimento de informações críveis no estágio da argumentação oral é capaz de influenciar as escolhas políticas que os juízes fazem.

Com efeito, após a apresentação das argumentações orais, na mesma semana a Corte se reúne em conferência para decidir os casos. Esta conferência dá início à decisão sobre o mérito. Em sessão secreta, os juízes se reúnem sob a presidência do *Chief Justice*, que tem o papel de conduzir adequadamente as discussões dos casos em pauta. Regra geral, o *Chief Justice* apresenta sua visão primeiro e, depois, cada juiz se manifesta, em ordem de antiguidade. Se o *Chief* votar com a maioria, caberá a ele escrever a opinião da Corte (*majority opinion*). Se votar com a minoria, caberá ao juiz mais antigo essa tarefa. Seja como for, o poder

de escolha da redação da opinião é uma fonte de poder importante do *Chief Justice*, que pode escolher escrevê-la ou atribuir a sua redação a outro membro da maioria.

Esse poder de atribuir a redação da opinião, segundo Wahlbeck (2006), fornece ao *Chief Justice* uma poderosa capacidade de direcionar a agenda política do Tribunal, promovendo os resultados legais que mais se conformam aos seus objetivos políticos. O comentário do juiz Douglas torna esse aspecto evidente:

Como o juiz Douglas afirmou em seu parecer não publicado *Roe*, o propósito da discussão em conferência é determinar o consenso da Corte sobre a disposição de um caso, com o autor designado servindo como um agente para elaboração de uma opinião consistente com o consenso. Mas o autor da opinião é capaz de direcionar a atenção política do Tribunal para uma alternativa política particular. Desta forma, o autor designado tem a capacidade de definir a agenda para o Tribunal, à semelhança do que vemos com funcionários de outros ramos do governo, que são responsáveis por recomendar uma alternativa política, dentro um conjunto de opções disponíveis” (Wahlbeck, 2006, p. 1734)³⁵.

A atribuição de opinião não apenas permite que o *Chief Justice* defina a agenda influenciando as alternativas que a Corte considerará, mas também que a defina orientando a ordem em que elas serão consideradas. Na hipótese de a Corte estar negativamente dividida, ele pode, por exemplo, designar um juiz considerado mais diplomático para escrever a posição da Corte (Murphy, Pritchett e Epstein, 2002). Se existir uma escassa maioria, o *Chief Justice* pode estar mais propenso a atribuir a opinião a membro moderado da Corte. Essa tática pode evitar a dissolução da coalizão majoritária e pode incentivar dissidentes a se juntarem à opinião da maioria. Com isso, diminui-se a perda política (Wahlbeck, 2006).

Uma vez escrita a opinião, ela circulará entre todos os juízes, independentemente da maneira como eles votaram. Cada um pode sugerir

³⁵ Tradução livre a partir do original: “As Justice Douglas asserted in his unpublished *Roe* opinion, the purpose of the conference discussion is to determine the Court's consensus for disposing of a case, with the assigned author serving as an agent to draft an opinion consistent with that consensus. But the opinion author is able to direct the Court's policy-making attention to a particular policy alternative. In this way, the assigned author has the capacity to set the agenda for the Court, similar to what we see with government officials in other branches who are responsible for recommending a policy alternative from among a set” (Wahlbeck, 2006, p. 1.734).

mudanças ou fazer comentários a elas. Se o juiz votou com a maioria, mas acredita que a redação da opinião seguiu uma linha de argumentação indesejada, ele pode escrever uma opinião separada, concordando ou dissentindo. Pode, ainda, unir-se a um juiz que escreveu um voto concordante ou dissidente.

A opinião concordante (*concurring*) é escrita pelo juiz quando ele concorda com o resultado da decisão da maioria, mas não com o raciocínio utilizado para chegar a ela. A discordância pode residir em um ponto específico ou pode introduzir outros argumentos relevantes. Já a opinião dissidente (*dissenting*) é escrita pelo juiz quando ele não concorda com o resultado da decisão da maioria. Uma opinião dissidente fornece *insights* importantes sobre como a decisão foi tomada e pode constituir uma força poderosa para mudanças políticas, legais e sociais (Murphy, Pritchett e Epstein, 2002).

As opiniões concordantes e dissidentes também circulam entre os juízes, podendo, igualmente, receber sugestões. Finalmente, quando todos estiverem de acordo, o *Chief Justice* leva o caso para conferência e, se não houver nenhuma questão adicional, a decisão é colocada na lista para ser anunciada.

2.3. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro. Com sede na capital da República, é composto de 11 ministros, que exercem seu cargo vitaliciamente e são escolhidos entre os cidadãos brasileiros (natos) com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os ministros são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal. Tal como no caso norte-americano, o Presidente da República tende a nomear para a Corte Suprema alguém da sua esfera de afinidade profissional, política e ideológica, e, tradicionalmente, o Senado não rejeita as indicações do Presidente³⁶.

³⁶ Tanto é assim que Aduino Suannes destaca que no Brasil “jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir o candidato, sem qualquer

É comum encontrar indicados a ministro que já atuaram nas esferas do governo. O trabalho de Oliveira (2011) levantou o perfil dos ministros considerando suas trajetórias de carreira, entre 1988 e 2003, e destacou que esse perfil deixou de ser predominantemente de magistrados, passando a incorporar indivíduos atuantes em esferas políticas, que ocuparam cargos eletivos ou de nomeação de primeiro ou segundo escalões.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, nomeou ministros integrantes de ministérios do Executivo federal e de altos escalões do governo, como os ministros Nelson Jobim e Gilmar Ferreira Mendes. Este, vale lembrar, era Advogado-Geral da União e sua indicação ao cargo de ministro do STF foi alvo de objeções e controvérsias (Lima, 2009). Figuras de destaque na comunidade acadêmica nacional, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Dalmo de Abreu Dallari e Fábio Konder Comparato, além de estudantes da Universidade de São Paulo e PUC-SP mobilizaram-se contra a nomeação do atual ministro Gilmar Mendes, alegando que ele não preenchia o requisito da “reputação ilibada”. A polêmica se estendeu para a suposta prática de improbidade administrativa por ele no caso da “máfia dos precatórios do DNER”, denunciada em 2000, acusação da qual foi posteriormente inocentado³⁷. Apesar da polêmica sobre sua “reputação” e das desconfianças de que sua atuação era pautada pela defesa dos interesses governistas e contrária à concretização dos direitos fundamentais, a nomeação do ministro foi aprovada pelo Senado.

As regras que disciplinam o funcionamento da Corte estão previstas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. De acordo com este Regimento, são considerados órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente.

A competência do Plenário está regulamentada nos artigos 5º a 8º do Regimento Interno do STF. A reunião em Plenário é conduzida pelo Presidente do

preocupação com seu passado e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um *judice* que, renunciando ao cargo, foi servir ao Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar nossa Corte Suprema um médico e dois generais” (*Apud* Lima, 2009, p. 65).

³⁷ Para mais detalhes dessa polêmica ver Lima, 2009.

Tribunal e exige a presença mínima de seis ministros, sendo que, para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral, o quórum necessário é de oito ministros.

O STF conta com duas Turmas. Cada uma é composta de cinco ministros e é presidida pelo ministro mais antigo dentre seus membros, pelo período de um ano, sendo vedada a recondução até que todos os seus integrantes tenham exercido a Presidência. As reuniões das Turmas se dão com a presença mínima de três ministros. Sua competência está prevista nos artigos 8º a 11 do Regimento, tendo prioridade o julgamento dos *habeas corpus*, das causas criminais com réus presos e das reclamações.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça e tem suas atribuições especificadas no artigo 13 do Regimento. Dentre elas estão o dever de zelar pelas prerrogativas do Tribunal, representar o Tribunal perante os outros poderes, decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias, presidir as sessões plenárias e fazer cumprir o Regimento Interno. Diferentemente do *Chief Justice* norte-americano, que é escolhido especificamente para essa função e a exerce vitaliciamente, o Presidente do STF é eleito entre os ministros e exerce mandato de dois anos, não podendo ser reeleito para período subsequente.

O STF desempenha jurisdição essencialmente constitucional. Sua competência está prevista nos artigos 102 e 103 da CF/88 e pode ser dividida em dois grandes grupos: originária e recursal. A competência originária envolve as ações em que o Tribunal funcionará como instância única de julgamento. Já em sede de competência recursal o STF poderá ser acionado através de recurso ordinário constitucional e de recurso extraordinário e analisará a questão em última instância. Tais competências englobam, por exemplo, a atribuição de julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADIns), a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADECON), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente

da própria Constituição (ADPF) e os pedidos de Extradicação. No âmbito penal, tem competência para julgar, dentre outros atores, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns. Na competência recursal, destacam-se as atribuições de julgar, em sede de Recurso Ordinário, o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, o Habeas Data e o Mandado de Injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, e, em sede de Recurso Extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar a Constituição Federal³⁸.

O trabalho de Falcão, Cerqueira e Arguelhes (2011) destacou que, entre 1988 e 2009, as partes acionaram o STF através de 52 classes processuais diferentes, identificadas na tabela abaixo:

CLASSES PROCESSUAIS	1988 – 2009
1 Ação Cautelar	27 Habeas Data
2 Ação Cível Ordinária	28 Inquérito
3 Ação Declaratória de Constitucionalidade	29 Intervenção Federal
4 Ação Direta de Inconstitucionalidade	30 Mandado de Injunção
5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	31 Mandado de Segurança
6 Ação Ordinária	32 Oposição em Ação Civil Ordinária
7 Ação Ordinária Especial	33 Petição
8 Ação Penal	34 Petição Avulsa
9 Ação Rescisória	35 Prisão Preventiva para Extradicação
10 Agravo de Instrumento	36 Processo Administrativo
11 Apelação Cível	37 Proposta de Súmula Vinculante
12 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	38 Queixa-Crime
13 Arguição de Impedimento	39 Reclamação
14 Arguição de Relevância	40 Recurso Crime
15 Arguição de Suspeição	41 Recurso Extraordinário

³⁸ Sobre as competências institucionais do STF ver www.stf.gov.br.

16 Carta Rogatória	42 Recurso Ord. em Mandado de Segurança
17 Comunicação	43 Recurso Ordinário em Habeas Corpus
18 Conflito de Atribuições	44 Recurso Ordinário em Habeas Data
19 Conflito de Competência	45 Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
20 Conflito de Jurisdição	46 Representação
21 Exceção da Verdade	47 Revisão Criminal
22 Exceção de Incompetência	48 Sentença Estrangeira
23 Exceção de Litispendência	49 Sentença Estrangeira Contestada
24 Exceção de Suspeição	50 Suspensão de Liminar
25 Extradicação	51 Suspensão de Segurança
26 Habeas Corpus	52 Suspensão de Tutela Antecipada

Fonte: dados e tabela de Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011).

Os dados mostram que, no período de 2007 a 2009, apenas 36 classes processuais estiveram ativas (Falcão, Cerdeira e Arguelhes, 2011). Essa multiplicidade de portas de acesso ao Tribunal difere das possibilidades de acionamento da Suprema Corte norte-americana.

Atendidos os requisitos formais de admissibilidade, regra geral, o STF deve pronunciar-se sobre todos os processos autuados. Tradicional e formalmente, o STF não tem a mesma discricionariedade que tem a Suprema Corte norte-americana para decidir o que apreciará, podendo controlar o número de casos julgados por ano judiciário. Tendo isso em vista, diversos trabalhos em Direito e em Ciência Política têm destacado dificuldades presentes no processo decisório do STF e expedientes estratégicos utilizados pelos ministros para filtrar e decidir os casos e evitar o enfrentamento de determinadas questões.

Grande parte das dificuldades decorre da enorme quantidade de processos. Para se ter uma ideia, ao final do ano judiciário de 2012, o acervo do Tribunal contabilizou 66.831 processos em tramitação, e esse número é menor se comparado a anos anteriores. A pesada carga processual limita a capacidade de

prestação jurisdicional e gera óbices reais à celeridade da justiça³⁹. Nos últimos anos, a diminuição da carga processual do STF e a busca por efetividade na prestação jurisdicional têm sido objeto de preocupação institucional e, em parte, motivou reformas jurídicas que incorporaram dois institutos processuais importantes: a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral em Recurso Extraordinário⁴⁰.

A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu a possibilidade de o STF aprovar, após repetidas decisões sobre determinada matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual e municipal. O mecanismo da súmula vinculante passou a estar previsto no texto constitucional, no artigo 103-A, *caput*, determinando:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Na sistemática anterior, as instâncias inferiores podiam seguir um raciocínio jurídico diferente do utilizado pelo STF para decidir uma mesma questão. Além disso, ainda que seguissem o mesmo raciocínio decisório do STF, não existiam mecanismos que barrassem os recursos, permitindo às partes insatisfeitas interpor

³⁹ Sobre os índices de desempenho dos ministros do STF, ver o “Projeto Meritíssimos” em www.meritissimos.org.br.

⁴⁰ Para reduzir ainda mais o número de recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, em março de 2001, o ministro Cezar Peluso, à época Presidente da Corte, apresentou a proposta de emenda constitucional denominada “PEC dos Recursos”. Essa proposta visa dar mais agilidade às decisões de segunda instância, permitindo a execução de sentenças ainda sujeitas a Recurso Especial ou Extraordinário. Durante mesa-redonda organizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Cezar Peluso observou que o índice de provimento desses recursos é baixo (aproximadamente 15% são bem sucedidos) e a maioria funciona como expediente protelatório, interposto para atrasar a execução da sentença. Peluso defendeu que essa reforma processual diminuirá o tempo da prestação jurisdicional, o número de recursos e fortalecerá as decisões de segunda instância. A proposta está, no entanto, pendente de aprovação.

apelos sucessivos, muitas vezes com a finalidade de adiar a execução de uma decisão desfavorável. Na nova sistemática, as instâncias judiciais e toda a Administração Pública estão obrigadas a aplicar a súmula vinculante promulgada pela Corte.

A expectativa é que esse mecanismo processual alivie a carga de processos do STF, barrando a multiplicação de casos semelhantes, reduzindo a pauta, favorecendo uma prestação jurisdicional mais célere e uniforme, e implementando a segurança jurídica. Com isso, o STF aumenta, por certo, sua influência no estabelecimento da jurisprudência. A crítica que se faz é, no entanto, que a súmula vinculante tende a reduzir a heterogeneidade da doutrina jurídica, o que pode prejudicar a independência dos tribunais inferiores (Oliveira e Garoupa, 2012).

A súmula vinculante difere da doutrina norte-americana do *stare decisis*. Nos EUA, as decisões da Suprema Corte têm força de precedente judicial e constituem fonte do direito no sistema da *common law*. Diversamente, a súmula vinculante, no Brasil, confere efeito vinculante sobre questões selecionadas, após reiteradas⁴¹ decisões do STF sobre determinada matéria e vincula não apenas as instâncias judiciais inferiores, como no caso norte-americano, mas também toda a Administração Pública⁴². Outro aspecto distinto é que a súmula vinculante tem um caráter mais abstrato, conferindo mais flexibilidade e margem de manobra em termos de aplicação se comparada ao precedente norte-americano⁴³. Este implica

⁴¹ A bibliografia tem observado que algumas súmulas do STF não são precedidas de decisões reiteradas. Vojvodic (2012) menciona as súmulas nº 11 e 13, que foram elaboradas com base em poucas decisões e cujo conteúdo guardavam pouca relação entre si. No mesmo sentido, Maués (2012) destaca a edição da súmula nº 5, em que os próprios Ministros reconheceram não existir decisões reiteradas sobre a matéria.

⁴² Sobre esse aspecto distintivo, Carvalho (2012) destaca a explicação de Roger Leal: “enquanto o *stare decisis* constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo.” LEAL, Roger Stiefelmann. 2006. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, p. 128. *Apud* CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. 2012. *Stare Decisis* e Súmula Vinculante: Uma Análise Comparativa sobre a Vinculação das Decisões na Jurisdição Constitucional”. *Lex Humana*, v. 4, n. 1, 2012, pp. 1 – 19.

⁴³ Neste sentido observa Carvalho (2012, p. 14): “No sistema brasileiro, a prática da utilização da súmula vinculante tem se desenvolvido apenas com a leitura, compreensão e aplicação silogística do texto do enunciado, permanecendo sem observação as particularidades dos fatos que deram

que um conjunto de fatos ou circunstâncias semelhantes sejam observados no caso em julgamento para a aplicação do precedente (Oliveira e Garoupa, 2012).

A repercussão geral, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, é mais um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário e assemelha-se à chamada “arguição de relevância”, vigente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro entre as décadas de 1960 e 1980 (Pinto, 2006; Tavares, 2005). Ela se volta a delimitar a competência do STF, no âmbito do Recurso Extraordinário, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Visa, também, uniformizar a interpretação constitucional, afastando a decisão de múltiplos casos idênticos. Após a reforma constitucional, o artigo 102, § 3º, da CF/88 – regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 – passou a prever que

No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O Recurso Extraordinário é instrumento do controle difuso-concreto dentro da sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro e, como tal, tem sido, juntamente com o Agravo de Instrumento contra sua decisão denegatória, responsável por grande parte da sobrecarga de processos no STF (Pinto, 2006), correspondendo a 95,3% da pauta da Corte em 2006, 88,7% em 2008, 76,9% em 2010 e 54,9% em 2011 (Oliveira e Garoupa, 2012).

Antes da introdução desse requisito pela EC 45/2004, o atendimento dos requisitos específicos do Recurso Extraordinário e das formalidades atinentes aos recursos em geral, estabelecidas pelo Código de Processo Civil, bastava para que o STF apreciasse todos os Recursos Extraordinários interpostos. Após a EC 45/2004, o autor da ação deve demonstrar a relevância da questão constitucional veiculada no Recurso Extraordinário, sob o prisma econômico, político, social ou

origem aos acórdãos, e, conseqüentemente aos enunciados das súmulas, ensejando a possibilidade de reprodução equivocada de norma idêntica a situações substancialmente díspares.”

jurídico, e evidenciar que a questão transcende os interesses subjetivos das partes em litígio, cabendo, então, aos ministros deliberar sobre o preenchimento do requisito da repercussão geral para que o recurso tenha seguimento. O procedimento de deliberação é esclarecido no Relatório de Atividade do STF:

A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, por meio de sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um recurso extraordinário, são necessários pelo menos oito votos. Se esse número não for atingido, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm vinte dias para votar⁴⁴. As abstenções nessa votação são consideradas favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão, e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos⁴⁵.

O congênere mais próximo do requisito da repercussão geral é o *writ of certiorari* norte-americano (Tavares, 2005; Rosenn, 2011), na medida em que restringe os recursos e delimita os casos que receberão apreciação de mérito. Na sistemática do *writ of certiorari* são necessários quatro votos positivos para a concessão do *certiorari*, enquanto, no Brasil, exige-se, regra geral, oito votos negativos para o caso não ser apreciado por desatender o requisito da repercussão geral. Além disso, ao contrário do *writ of certiorari*, que não tem valor de precedente, a determinação do STF de que um recurso não atende ao requisito da repercussão geral afeta todos os outros recursos que apresentam questão idêntica, sendo o mesmo válido para os Agravos de Instrumento contra decisão denegatória de Recurso Extraordinário (Rosenn, 2011).

Esse mecanismo de triagem brasileiro começou a ser implementado pelo STF apenas em 03 de maio de 2007, data em que a Corte publicou uma mudança em seu Regimento Interno, por meio da Emenda Regimental nº 21. Em razão da

⁴⁴ A votação por meio do plenário virtual sobre se uma questão é de repercussão geral se dá de modo dicotômico, “sim” ou “não”, e pode ser acompanhada pelo site do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal 2012 (2013, p. 34) disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2012.pdf>.

novidade, Oliveira e Garoupa (2012) observam que ainda não está claro como o requisito da repercussão geral irá afetar o comportamento estratégico no STF. Ele pode ser usado para forçar a manifestação de preferências, como acontece nos Estados Unidos, mas, por outro lado, no *design* brasileiro há menos espaço para os ministros influenciarem o conteúdo da pauta do STF, em comparação com os *justices* da Suprema Corte norte-americana. Os autores acreditam que a sistemática brasileira não possibilitará a ocorrência do mesmo tipo de barganha política observada na Suprema Corte dos EUA, percepção essa que só poderá ser confirmada no futuro. De qualquer maneira, os autores defendem que, tal como o mecanismo da súmula vinculante, o requisito da repercussão geral é suscetível de gerar o aprimoramento do Estado de Direito, a redução de recursos frívolos e a melhoria da tomada de decisões judiciais.

Ainda no que diz respeito à seleção dos casos no STF, a literatura tem destacado a existência de mecanismos informais utilizados pelo Tribunal para definir ou controlar a agenda decisória. Observando a enorme diferença entre o número de casos julgados e o número de acórdãos publicados, Veríssimo (2008) chega a falar em um *certiorari à brasileira*. Segundo observa, entre os anos 2000 e 2007, o STF julgou em média 109.411 por ano, mas publicou uma média de 12.903 acórdãos a cada ano. Como os acórdãos são decisões provenientes de deliberação colegiada das Turmas e do Plenário, a constatação é de que todos os demais julgamentos dizem respeito a outras categorias de decisão, notadamente as monocráticas – decisões em que o relator tem poder para decidir o mérito ou averiguar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, ou ainda, decisões provenientes das competências legalmente conferidas ao Presidente para decidir monocraticamente. Para o autor, esse número elevado de decisões monocráticas indica uma espécie de filtro processual que permite à Corte gerir a pesada carga de processos. Na opinião de Vieira (2008), esse expediente estratégico coloca nas mãos de cada ministro poder para definir a agenda da Corte.

A definição da pauta temática e temporal do Tribunal cabe, notadamente, ao Presidente e ao Relator, e, apesar de prevista no Regimento Interno, sua

operacionalização é pouco clara e, por vezes, está eivada de discricionariedade política. O Presidente tem liberdade para estabelecer a agenda do Plenário, escolhendo, dentre os processos conclusos, aqueles que serão julgados na sessão. Ele pode definir datas e dar prioridade a determinados julgamentos (artigos 128 a 130). Os ministros relatores enviam os relatórios para a secretaria, que os colocam em pauta, sem critério pré-definido ou por solicitação de prioridade, nas hipóteses do artigo 125 do Regimento. Além disso, as Turmas, independentemente da pauta aprovada e selecionada pelo Presidente, podem remeter processos ao Plenário (artigo, 83, III).

Para Falcão e Oliveira (2012), a definição da agenda era tradicionalmente exercida de maneira burocrática, e não estratégica, pelos Presidentes do STF, até a gestão do ministro Nelson Jobim (2004 – 2006):

Jobim começou a utilizar outro critério: selecionar para integrar a pauta da sessão, dentre os processos já conclusos para julgamento na secretaria, aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública. A partir daí, os sucessivos presidentes buscaram maior sintonia entre a agenda do STF e a agenda da opinião pública (Falcão e Oliveira, 2012, p. 445).

Observam os autores que, algumas vezes, em razão de questões econômicas e de impacto financeiro para o Tesouro Nacional, o Executivo ainda sinaliza para o Presidente da Corte as eventuais consequências de apressar ou retardar um determinado julgamento.

Seja como for, colocado o caso na pauta de julgamento, a sessão plenária se inicia com o voto do Relator. Após sua manifestação, o Presidente, se for o caso, concede a palavra aos advogados que farão sustentação oral e, posteriormente, ao Procurador-Geral da República, nas causas em que ele deva se manifestar. Concluída essa fase, passa-se, então, à votação dos ministros, que seguirá a ordem inversa de antiguidade.

Durante a deliberação em Plenário, outro mecanismo pode ser empregado pelos ministros, por vezes estrategicamente, para atravancar o cumprimento da

pauta, adiando a finalização do julgamento e modificando a agenda temporal da Corte. Trata-se do pedido de vista do processo.

De acordo com o Regimento Interno, o julgamento em Plenário, uma vez iniciado, deve ser concluído na mesma sessão, ainda que excedida a hora regimental (artigo 139). No entanto, nas decisões colegiadas, qualquer ministro, exceto o Relator, que não se encontrar habilitado a proferir o seu voto durante a sessão pode pedir vista dos autos. Esse pedido de vista interrompe a conclusão do julgamento até a devolução dos autos pelo ministro que formulou o pedido e até que o Presidente coloque o caso na pauta das sessões novamente.

Em consonância com a regra do Código de Processo Civil,⁴⁶ que estabelece limite de dez dias, o Regimento Interno do STF prevê a devolução dos autos para seguimento da votação até a segunda sessão ordinária subsequente ao pedido (artigo 134). Esse prazo pode ser renovado. Segundo a Resolução 278/03 do STF, depois de dez dias, contados da data de recebimento dos autos no gabinete, o prazo é prorrogado automaticamente por mais dez dias, caso o ministro não devolva o processo para julgamento. Não devolvendo os autos, a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao ministro o vencimento do prazo. Saliente-se, ainda, que inexistente sanção prevista para o descumprimento do prazo, o que favorece sua utilização estratégica, como meio protelatório.

Os dados levantados por Pereira (2010) evidenciam a deturpação do voto-vista. Analisando as ações de controle concentrado, entre 1988 e 2010, Pereira (2010) verificou que dentre os ministros que mais pediram vista dos autos estão: o ministro Gilmar Mendes, com 21% do total de pedidos; os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, com 12% dos pedidos cada um; seguidos pelo ministro Joaquim Barbosa, responsável por 11% do total de pedidos do Tribunal. Sobre a média de dias que os ministros permaneceram com os autos, os dados são ainda mais sintomáticos. O ministro Nelson Jobim, por exemplo, apesar de utilizar pouco o

⁴⁶ Artigo 555, § 2º do Código de Processo Civil: “Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.”

instrumento (ele é responsável por 3% dos pedidos de vista), ficou com o processo, em média, 2.947,5 dias. Dentre os que apresentam as maiores médias de dias ainda figuram: o ministro Sepúlveda Pertence, em média 1.346,83 dias, a ministra Ellen Gracie, em média 522,5 dias, seguida pelos ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso, aproximadamente 460 dias. Nenhum ministro devolveu os autos numa média de 10, 20 ou 30 dias, em obediência às regras regimentais, sendo o ministro Eros Grau o responsável pela menor média, 63,3 dias. No total, a média de dias que os ministros permaneceram com o processo, em razão do voto vista, foi de 455,23 dias. Esses dados mostram, ainda, que o tempo dos pedidos de vista onera o julgamento de um processo, estendendo-se por quase 23% do tempo total de duração da ação, e, em quase 69% das ações, os votos-vista estavam entre os votos vencedores, o que pode sugerir que exercem influência sobre o resultado final da decisão.

O pedido de vista permite a cada ministro exercer poder de veto sobre os casos em julgamento. O julgamento de um processo pode ser interrompido inúmeras vezes, por meio de sucessivos pedidos de vista. Apesar da votação em Plenário seguir a ordem crescente de antiguidade no Tribunal – dos mais novos para os mais antigos na Corte –, o pedido de vista pode ser formulado a qualquer tempo, independentemente da ordem de votação. Assim, no início de uma sessão, qualquer ministro pode interromper o julgamento solicitando vista dos autos, ou pode esperar sua vez e fazer o pedido. Nesta última hipótese, os mais antigos detêm maior capacidade de bloquear o encerramento do julgamento, pois este pode ser suspenso por um pedido de vista mesmo que já se tenha formado maioria de votos. Estes procedimentos acabam por limitar a inovação numa Corte formada por ministros antigos e que tenham formulado as soluções do regime jurisprudencial existente.

O fato é que o pedido de vista retira a questão do debate e pode ser utilizado para retardar a decisão de uma questão de grande impacto político ou social, permitindo o controle informal do tempo de duração do processo pelos ministros. Também pode ser utilizado como estratégia dentro de um *collegial court game*. Na

medida em que os ministros esperam ver sua posição preferida vencedora na Corte e refletida no Direito, eles instrumentalizam as regras institucionais, como o pedido de vista, para suspender o julgamento, evitando a formação de uma maioria em sentido contrário ao seu, ou até mesmo aguardando a renovação da composição da Corte para, só então, proferir um voto mais elaborado e tendente a convencer seus pares.

No caso brasileiro, algumas características do processo decisório na fase do julgamento em Plenário têm sido apontadas pela bibliografia e dizem respeito, essencialmente, à natureza da deliberação e da elaboração dos votos pelos ministros. Elas carecem de estudos empíricos mais amplos, mas, de todo modo, podem ser agrupadas em três blocos: 1) peso do voto do relator; 2) configuração dos votos e da decisão e 3) ausência de racionalidade única na decisão proferida.

O processo admitido pela Corte é distribuído, por sorteio eletrônico, a um ministro Relator. Ele estuda o caso, elabora o relatório, profere o voto em primeiro lugar e redige, ao final, a ementa da decisão. A bibliografia sugere que o voto do Relator tem peso maior na fundamentação dos casos, funcionando como um guia para a tomada de decisão dos demais ministros (Vojvodic, Machado e Cardoso, 2009). O trabalho de Oliveira (2012) analisa as Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADIns) julgadas entre 1999 e 2006 e observa que em apenas 6 ações, de um universo de 692, o voto do relator foi diferente do resultado final da decisão. Isso indica um sucesso de 99% do relator. Oliveira sugere duas razões explicativas desse sucesso. Primeiro, como o Regimento Interno do STF, artigo 21, X, faculta ao relator a solicitação de dia para julgamento quando estiver habilitado a proferir o voto, seu sucesso pode ser resultado de negociação ou barganha nos bastidores da Corte. Assim, na medida em que ele tem liberdade para influenciar a pauta, pode permitir ou liberar o ingresso de um tema na agenda decisória quando ele, relator, estiver convencido de que a maioria irá seguir sua posição. Segundo, o sucesso pode ser explicado pela enorme carga de processo, que favorece que os ministros adiram ao voto do relator.

Na Suprema Corte norte-americana, conforme dissemos, o *Chief Justice* redige a opinião da maioria ou designa outro juiz para fazê-lo. Os que não estiverem de acordo com a maioria, podem elaborar opinião dissidente ou concordante. Então, uma decisão publicada pela Suprema Corte tem uma configuração bastante clara: as opiniões vêm separadas em *majority opinion*, *concurring opinion* e *dissenting opinion*. Ao final, é possível identificar a opinião da Corte e as diferentes linhas argumentativas dissidentes ou concordantes que, porventura, perfilharam os *justices*.

No Brasil, a sistemática é diferente. Cada ministro apresenta um voto, que ele não raro levou pronto para a sessão e faz constar no acórdão, após leitura em Plenário. Para identificar as nuances do “dissenso” ou da “concordância”, é preciso ler todos os votos. O relator fica com a tarefa de, finda a votação, elaborar uma ementa que, às vezes, pode não representar a opinião da Corte sobre o caso, mas ser uma leitura sua sobre o que foi decidido (Vojvodic, Machado e Cardoso, 2009).

A crítica que decorre dessa característica do processo decisório é que não há, de fato, deliberação e diálogo na Corte (Silva, 2009). Acreditamos que essa afirmação carece, ainda, de análises empíricas mais sistemáticas. De qualquer modo, é possível encontrar estudos dedicados a entender o processo deliberativo e a configuração dos votos no STF, como o trabalho de Mattiuzzo (2011) que analisou 37 ações de controle concentrado de constitucionalidade, no período compreendido entre abril de 2010 e junho de 2011. Através da distinção entre tese vencedora, voto vencido, fundamento complementar e fundamento diverso, Mattiuzzo (2011) buscou analisar os votos dos ministros e constatar se há diálogo entre eles e deliberação na Corte. A partir da metodologia classificatória, a autora chega à conclusão de que há “debates, porém não em todos os casos, sobre questões específicas, com decisão final redigida por um só ministro, o qual não tem a preocupação de sistematizar os fundamentos fornecidos pelos colegas durante a sessão” (Mattiuzzo, 2011, p.66).

As regras do processo decisório são explicativas do tipo de deliberação que temos. Uma delas é a existência de sessões plenárias públicas⁴⁷. Se, por um lado, essas sessões garantem a publicidade e transparência da tomada de decisão, elas têm ensejado, por outro, críticas sobre seu prejuízo para os debates e deliberações. Aliomar Baleeiro, ainda na década de 1960, mencionava as diferenças de funcionamento das sessões no STF e na Suprema Corte norte-americana:

O Supremo Tribunal, como, aliás, todos os Tribunais brasileiros, decide publicamente, emitindo cada juiz de viva voz seu voto, lido ou taquigrafado. Em contraste, a Corte Suprema ouve durante uma quinzena, seguidamente, os advogados, concedendo uma hora ao patrono de cada parte. Na quinzena imediata, delibera de portas fechadas, designando um *justice*, inclusive o próprio presidente, o *chief justice*, para lavrar a decisão, à qual os dissidentes podem juntar seus votos vencidos (Baleeiro, 1968, p. 118).

Essa diferença é igualmente sentida nos dias recentes. Em entrevista de maio de 2011 ao Valor Econômico, o ministro Cezar Peluso, questionado sobre como construir decisões mais consensuais, respondeu:

Eu não quero fazer uma previsão, mas não estranharia se pouco mais à frente aprovarmos uma emenda regimental permitindo que façamos reuniões reservadas. Não será para decidir, mas para preparar o julgamento reservadamente. Não há nada que impeça que os ministros se reúnam para preparar o julgamento, que discutam aspectos sobre como vão encaminhar o caso. Todo mundo ganha com isso. O julgamento da união homoafetiva foi tranquilo porque ministros conversaram antes. Ninguém pediu vista. Todo mundo saiu ganhando. Imagina se adia esse caso? A gente não sabe como voltaria⁴⁸.

A natureza da configuração dos votos está ligada à terceira característica apontada: a ausência de racionalidade única na decisão proferida. A bibliografia tem argumentado que as decisões plenárias carecem de clareza, constituindo um agregado de votos e de razões decisórias múltiplas, sendo, por vezes difícil

⁴⁷ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Art. 124. As sessões serão públicas, salvo quando este Regimento determinar que sejam secretas, ou assim o deliberar o Plenário ou a Turma.”

⁴⁸ Entrevista na íntegra disponível em: <http://www.valor.com.br/arquivo/889081/supremo-prepara-se-para-limitar-julgamentos-e-fazer-sessoes-reservadas>.

identificar a linha argumentativa da Corte (Vojvodic, Machado e Cardoso, 2009; Vieira, 2009; Silva, 2009; Mendes, 2010). Na visão dessa literatura, os julgamentos são marcados pelo personalismo. As decisões configuram uma somatória de onze votos individuais, sendo que algumas vezes sua racionalidade converge, em outras se tem “onze ilhas”⁴⁹.

Tal característica está relacionada, dentre outras coisas, com a deficiência na definição dos pontos controversos (Klafke, 2010), que se reflete na dificuldade de os ministros identificarem qual é o problema principal do caso que estão decidindo. A estrutura do processo decisório permite que os ministros escolham os pontos sobre os quais se pronunciarão, realçando um aspecto do problema e não enfrentando outros (Vojvodic, Machado e Cardoso, 2009).

Para Oliveira (2012b), a afirmação da literatura de que o processo decisório é marcado pelo personalismo decorre da análise de casos isolados e de grande repercussão. Sem perder isso de vista, a autora busca verificar a aplicação do argumento para um número maior de decisões, estudadas em conjunto. Através da análise empírica de 1.277 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns), julgadas entre 1999 e 2006, Oliveira sugere que a tomada de decisão não se dá pelo somatório de votos individuais, mas pela composição de coalizões temporárias e de grupos exclusivos constantes (“panelinhas”), constituídos de acordo com a nomeação presidencial, o que equivale a dizer que os ministros nomeados por um mesmo Presidente da República são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir seus votos.

O trabalho de Oliveira (2012b) está calcado nos resultados, no agregado de decisões unânimes ou não unânimes, ressaltando os agrupamentos que se formam na Corte. A crítica que a literatura faz ao personalismo no processo decisório decorre, no entanto, da leitura dos votos individualmente considerados, não enfocando, *a priori*, o seu resultado, mas os seus fundamentos. São esses votos

⁴⁹ Expressão empregada por Mendes (2010) para indicar a inexistência de uma dita “decisão do Tribunal”. MENDES, Conrado Hübner Mendes. “Onze ilhas”. Folha de São Paulo, Tendências/Debates, 1/2/10.

individuais que possibilitam enxergar os diferentes caminhos trilhados pelos juízes em sua argumentação e apreender as nuances e inconsistências da decisão como um todo. São esses votos que mostram a dificuldade, a manipulação das regras processuais e regimentais na tomada de decisão, bem como os espaços abertos para decisões de Cortes futuras. Os dados estatísticos, extraídos de um grande volume de decisões, são importantes, mas dizem mais sobre o resultado do que, propriamente, sobre que a lógica da tomada de decisão. Os juízes podem, de fato, configurar coalizões ou panelinhas para decidir as questões, mas podem estar motivados por razões variadas e podem fazê-lo por onze caminhos diferentes. Nesse ponto, Oliveira (2012b, p.152) deixa claro o objetivo de seu empreendimento ao afirmar:

Restringimo-nos aqui a observar o resultado objetivo e binário das decisões: declaração de inconstitucionalidade (ação deferida ou deferida parcialmente) ou reconhecimento de constitucionalidade (ação indeferida). Mas não classificamos a fundamentação do voto dos ministros nessas decisões.

O trabalho da autora, não obstante agregue elementos de outras abordagens, empreende uma análise atitudinal, levando em conta as nomeações presidenciais dos Ministros para estudar o grau de coesão da Corte e enfrentar o desafio de investigar se a sua atuação é marcada pelo personalismo. Por outro lado, os trabalhos que apontam a existência de um personalismo nos julgamentos do STF (Vieira, 2009; Vojvodic, Machado e Cardoso, 2009; Silva, 2009) seguem uma análise normativa e pouco sistemática das decisões.

Essas duas linhas de trabalho evidenciam um *gap* na literatura que tentaremos preencher com esta dissertação e com uma proposta metodológica que poderá ser utilizada para o estudo de decisões do STF, em muitos temas. Acreditamos que não se pode compreender a Corte sem antes compreender a lógica da tomada de decisão por meio de uma análise mais detida dos votos.

2.4. Notas sobre a análise de decisão na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal

As regras e características do processo decisório, como vemos, são diferentes no caso da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal. Essas diferenças institucionais devem ser consideradas antes de qualquer tentativa de transpor para as análises do STF os modelos elaborados para dar conta do comportamento judicial nos EUA.

As metodologias desenvolvidas em Ciência Política para o estudo de Corte Suprema nos Estados Unidos têm no modelo atitudinal seu ponto de partida. Elas se constroem a partir da ideia de que os juízes votam segundo suas preferências políticas e estas preferências podem ser medidas. Elas podem ser medidas, primeiro, porque, na realidade norte-americana, as posições políticas atribuídas aos *justices* são dicotômicas, ditas liberais ou conservadoras. Normalmente, estão atreladas à posição do Presidente que nomeou o *justice* ou à sua própria filiação partidária, democrata ou republicana. Segundo, porque, nos EUA, existem há longa data estudos empíricos que buscam medir as posições políticas dos juízes da Suprema Corte e mapear seu padrão decisório. Tais estudos desenvolveram, por exemplo, *scores* para situar cada um dos *justices* em um espectro de posições políticas e ideológicas. Isso serve como base de dados e apoio para o empreendimento de qualquer pesquisa empírica sobre comportamento judicial na Suprema Corte. Um dos bancos de dados mais paradigmáticos é o desenvolvido por Andrew D. Martin e Kevin M. Quinn, denominado *Martin-Quinn Scores*, que contém dados de outubro de 1937 a outubro de 2012⁵⁰. Outro banco de referência para os estudos empíricos é o *Supreme Court Database*⁵¹, criada por Harold Spaeth, ainda na década de 1980, contendo dados dos anos judiciais de 1946 até 2012.

⁵⁰ <http://mqscores.wustl.edu/index.php>

⁵¹ <http://scdb.wustl.edu/index.php>

No Brasil, os estudos empíricos em Ciência Política sobre o STF são recentes, tendo início na década de 1990. Dentre as dificuldades para estudar o comportamento dos ministros na tomada de decisão nos moldes norte-americano, algumas merecem destaque.

Primeiro, no Brasil, o sistema político é fragmentado (Da Ros, 2008). Não há a mesma clivagem política entre dois partidos (democrata e republicano), como ocorre nos EUA. Aí, a sociedade reflete essas posições políticas, e elas são bastante demarcadas. No Brasil, há um pluralismo político e partidário, e as instituições, bem como os ministros, refletem essa configuração. Por conta disso, medir a posição política de um ministro tendo em conta a nomeação presidencial é complicado e, por vezes, infrutífero. Apesar disso, encontramos trabalhos que buscam verificar a correspondência entre a nomeação e a posição do ministro, como o de Jaloretto e Mueller (2011), que testa a hipótese de que as indicações presidenciais influenciam as decisões que os ministros tomam. Os autores analisam 669 decisões e votos em ADIns julgadas entre junho de 2002 e outubro de 2009 e não observam mudanças no padrão de decisão da Corte à medida que mais ministros nomeados pelo Presidente Lula passam a compor o Tribunal. Eles concluem que não há evidência empírica suficiente para afirmar que as decisões são influenciadas pelo método de escolha de seus ministros e que, na prática, esse método não compromete a independência do Poder Judiciário.

Segundo, o STF analisa grande variedade de questões e conta com uma carga processual enorme. Se a Suprema Corte julga entre 80 a 100 casos por ano, o STF publica mais de 10.000 acórdãos no mesmo período, sem mencionar os casos julgados monocraticamente. Essa diferença crucial exige o desenvolvimento de técnicas específicas para estudar a tomada de decisão de uma Corte desse porte, técnicas adequadas ao perfil institucional do STF e baseadas no grande volume de decisões fornecidas (Falcão, Cerdeira e Arguelhes, 2011).

Terceiro, os estudos empíricos sobre o STF carecem, ademais, de dados mais sistematizados e bancos de dados organizados que sirvam de suporte para as pesquisas. Como lembram Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 9), “muitas vezes

os dados dos processos ou não estão disponíveis ou são muito pouco estruturados, com incongruências que não nos permitem uma análise de massa”. Comentando os bancos existentes em outros lugares, como EUA, Europa e México, observam, ainda: “No Brasil, os bancos de dados do gênero tendem a ser desenvolvidos *ad hoc*, para pesquisas específicas. Não há bancos de dados completos, abrangentes e sistemáticos sobre como vem decidindo o STF da democratização para cá” (Falcão, Cerqueira e Arguelhes, 2011, p. 11). Essa lacuna motivou a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, em parceria com Escola de Matemática Aplicada, a dar início ao banco de dados “Projeto Supremo em Números”⁵², que conta com a participação ativa dos autores mencionados. Esse banco de dados visa oferecer material para análises quantitativas e qualitativas sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal após 1988.

Esse projeto, por certo, contribuirá sobremaneira para as pesquisas empíricas sobre o Tribunal, mas ainda remanescem dificuldades que desencorajam as análises dos padrões decisórios dos ministros individualmente considerados e do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal. Temos, em suma, um campo de estudo pouco explorado.

2.5. Notas preliminares de uma proposta metodológica

As particularidades do processo decisório no Supremo Tribunal Federal, as dificuldades presentes no campo de estudo empírico e atinentes à sobreposição dos modelos norte-americanos ao caso brasileiro não nos fazem, contudo, afastar as valiosas contribuições dadas pelos estudiosos da Suprema Corte norte-americana no campo da *judicial politics*.

No primeiro capítulo apresentamos as abordagens predominantes no estudo das Cortes em Ciência Política nos EUA. Tais abordagens nos servem, como já dissemos, de norte teóricos importantes, porque têm tentado responder como os

⁵² <http://www.supremoemnumeros.com.br/>

juízes votam, por que decidem de determinada maneira e o que influencia a tomada de decisão. Com isso, buscam compreender a natureza da política judicial, o que é importante no estudo de qualquer Corte Suprema, mesmo com regras e estrutura institucional distintas da norte-americana. Isso posto, nas linhas que seguem, nossa pretensão é, *mutatis mutandis*, aproveitar as lições da bibliografia norte-americana e pensar em uma metodologia para o estudo dos votos dos ministros do STF.

A primeira observação que devemos fazer é que, na busca por respostas para a questão de como os juízes se comportam no processo de tomada de decisão, os cientistas políticos não podem negligenciar o papel desempenhado pelas regras jurídicas. Os apetrechos jurídicos não são apenas detalhes supérfluos a ser deixados de lado pelas análises políticas do Judiciário.

A abordagem atitudinal enfatiza a ideologia como o fator que afeta os votos finais na Suprema Corte, de modo que a lei é invocada pelos juízes, mesmo que inconscientemente, para encobrir ou disfarçar seu comportamento ideológico. Nessa visão, as exposições jurídicas servem como cobertura para as decisões políticas dos juízes (Wahlbeck, 1997; Lax, 2011). A abordagem estratégica trata a lei como um epifenômeno, como um constrangimento importante para o resultado do processo judicial, à medida que é o resultado de interações estratégicas de curto prazo entre os juízes e entre o Tribunal e outros atores políticos externos.

Pensar nos juízes como *policy-seekers* não afasta a necessidade de pensar as disposições e regras jurídicas. As preferências judiciais partem das regras legais que regem os casos levados a julgamento, sendo que as preferências e o direito trabalham juntos. Os objetivos políticos podem ser perseguidos pelos juízes ao decidir, mas as normas, regras e procedimentos são os instrumentos pelos quais eles podem ser perseguidos (Lax, 2011). Dito de outro modo, as Cortes aplicam as regras jurídicas, ajustando continua e simultaneamente seu alcance, em resposta a fatores que constituem o sistema político, mas o fazem dentro dos limites estabelecidos por restrições jurídicas (Wahlbeck, 1997).

Os juízes dos tribunais superiores não precisam apenas interpretar as regras legais, mas também devem comunicá-las, o que requer um envolvimento no

discurso jurídico. Mesmo o juiz mais ideológico deve fazer política dizendo aos demais juízes e ao público em geral quais fatos do caso são considerados e como aplica ou interpreta uma determinada regra. Eles vão, portanto, preocupar-se com precedentes, filosofias jurídicas, doutrinas e leis, porque esses são os seus instrumentos de fazer política (Lax, 2011). Quando pensamos na política como a construção de um edifício, com alicerces e fundamentos, pensamos num espaço político em que cada ator arquiteta e constrói com o material e a forma que estão à sua disposição e são adequados à empreitada que lhe foi confiada. Os juízes são atores que atuam politicamente, de acordo com sua missão institucional, e têm como ferramentas as normas, procedimentos e ritos jurídicos formais.

Mesquita e Stephenson (2002) argumentam que não é que os juízes se preocupam com a lei em detrimento da política ou para além da política. Na realidade, para esses autores, os juízes se preocupam com a lei porque eles se preocupam com a política. A lei é tanto a substância da política quanto os meios de fazer política.

Tais observações são importantes para explicar os fins da análise que se inicia. A ideia é entender o comportamento decisório dos ministros do STF no âmbito da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno, após a entrada em vigor da EC 45/2004. Essa reforma constitucional, conforme explicaremos, mudou o campo da controvérsia no tema da incorporação, inserindo nova regra constitucional sobre o assunto e fomentando uma mudança nos rumos da jurisprudência da Corte. O tema poderia levar-nos a cotejar o resultado dos votos com o ambiente político ou com as interações da Corte com os atores políticos externos. No entanto, optamos por partir de uma análise normativo-estratégica e verificar, por meio dos votos, como os instrumentos jurídicos (normas, doutrinas, jurisprudência) são estrategicamente acomodados pelos ministros e podem revelar a lógica da tomada de decisão em um tema.

Essa análise não exclui outras que se dirigem a entender, de modo mais aprofundado, a Corte em relação com os demais atores políticos e no contexto político e institucional em que está inserida. De outro modo, a análise que aqui

propomos pode ser vista como complementar ou até mesmo preliminar. A partir dela, um tema pode ser explorado mais sofisticadamente, em muitos caminhos, pelo cientista político.

É pressuposto que as decisões de uma Corte Suprema se dão numa instância coletiva e estão abertas às interações com agentes situados na própria Corte ou em outras instituições políticas. No entanto, o estudo do comportamento decisório dos juízes de Cortes Supremas não pode tomar como regra a ideia de que tais juízes invariavelmente agem constrangidos por fatores externos à Corte, seja pelas diretrizes do governo, seja por pressões de grupos sociais, seja pela atuação do Legislativo.

Com isso, estamos afirmando que não temos respostas prontas para dizer como uma Corte decide, o que temos são suposições, indícios que podem ser contrariados pela análise de cada caso ou tema. A atividade jurisdicional é dinâmica, o direito é dinâmico, tal como os interesses e a política. Por isso, acreditamos que a primeira tarefa do analista de Corte Suprema é entender a lógica da decisão ou de um conjunto de decisões, e isso passa por entender como os juízes lidam com ou manipulam os seus instrumentos de trabalho para perseguir ou defender uma posição que terá, por fim, implicações também políticas.

2.6. Descrevendo a metodologia

A metodologia desenvolvida nesta dissertação para dar conta do objeto selecionado destina-se a estudar o voto de um ministro em relação a ele mesmo e em relação aos seus pares, no tempo e a partir das decisões tomadas em plenário. As decisões de turma são incorporadas como material subsidiário e informativo da posição do ministro.

A metodologia é descrita nas etapas abaixo.

Organização no tempo das decisões e votos. Após a seleção das ações, elas são organizadas em ordem cronológica, mapeando-se as datas de distribuição ao relator e as sessões de julgamento até decisão final. Esse primeiro tratamento dos

dados possibilita organizar os votos dos ministros por sessão de julgamento e facilita a compreensão dos momentos de votação e das participações em cada momento. Dessa organização inicial dos dados se extrai quem participou do julgamento de que ação e em que momento. A identificação dos momentos de decisão permite, ademais, definir as alternativas estratégicas disponíveis ao ministro na situação de escolha configurada em cada momento. Isso permite estimar se o ministro fez uso estratégico das alternativas de ação que lhes são possibilitadas pelas normas regimentais.

Escolha das dimensões analíticas. Ao decidir sobre um tema os ministros têm que enfrentar questões controversas. Algumas dizem respeito especificamente a um caso, são particularidades daquele caso. Outras, contudo, dizem respeito ao tema objeto de julgamento. Estas nos possibilitam comparar decisões no tempo sobre um mesmo tema. Quando decidem determinada questão os juízes têm que percorrer um caminho para fundamentar seu voto e defender uma posição. Esse caminho não é tão livre, ele tem veredas, obstáculos, sombras e mapas. Eles podem percorrê-lo sozinhos ou com companhia. As veredas são os arranjos jurídicos e argumentativos que possibilitam seguir por uma direção e não por outra. Os obstáculos são as regras e doutrinas sobre aquele tema que podem ser afastadas ou não, mas dificilmente podem ser ignoradas. As sombras são as incertezas existentes no momento em que se decide, incertezas legislativas, políticas e institucionais, por exemplo. Por fim, os mapas são os caminhos traçados por aqueles que já terminaram o percurso, seja a jurisprudência sobre o tema ou os votos dos pares. Seja como for, todo tema pode ser explorado a partir desses elementos presentes no processo decisório. Assim, tratamos como dimensão analítica um assunto abordado dentro de um recorte temático em que há ou possa haver dissidência, concordância ou abstenção dos ministros no seu enfrentamento, por ocasião do julgamento. Na metodologia aqui desenvolvida, a escolha da dimensão analítica está atrelada ao tema dos casos selecionados, que consiste em regras e questões próprias ao tema da incorporação pelo STF dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno.

Posição do ministro em cada dimensão. Após a seleção das dimensões analíticas, a tarefa é mapear os votos dos ministros segundo as dimensões. Cada dimensão se desdobra em *classes analíticas*, que nada mais são do que as possíveis posições defendidas por um ministro dentro daquela questão. Esse mapeamento, em primeiro lugar, é realizado a partir da leitura dos votos em seu conjunto, vale dizer, se o ministro manifestou opinião sobre uma dimensão em uma ação, mas não o fez em outra, nesse momento isso é irrelevante. Nessa etapa, a ideia é compreender a lógica da posição do ministro no conjunto das decisões selecionadas e como podemos esperar que, no futuro, ele vote em casos semelhantes sobre determinada questão. Em segundo lugar, esse mapeamento se mostrou possível na amostra por nós selecionada, pois trabalhamos com número limitado de decisões de plenário e parte dessas decisões foi tomada em conjunto – por versarem sobre a mesma questão de fato e de direito. Assim, a eficácia analítica desse mapeamento em uma amostra de decisões maior e menos homogênea deve ser verificada em trabalhos futuros. Por ora, a metodologia parece cumprir ao que se destina.

Diagrama da posição final no tempo. O mapeamento das posições dos ministros em cada dimensão analítica viabiliza a organização dos votos segundo sua posição final. Para tanto, definimos uma legenda, bem como atribuímos valores numéricos para cada classe analítica e um espectro de cores para cada dimensão. Disso resulta a elaboração de um diagrama com a posição final de cada ministro individualmente considerado. Esses diagramas são úteis à medida que possibilitam a visualização da posição de cada ministro, bem como os agrupamentos, as congruências e incongruências que se manifestam entre eles. Acreditamos que esse tipo de ilustração pode ser frutífero se aplicado a outros temas e eficaz para revelar os grupos com o mesmo perfil de votação em múltiplas questões.

Diagrama por ação e por sessão. Se, na etapa anterior, as variações entre os votos dos ministros entre uma ação e outra não se mostrava evidente, nessa etapa o objetivo é detalhar a posição de cada ministro em cada uma das ações em que participou e em cada uma das dimensões analisadas. Com isso, construímos

um diagrama para cada ministro em cada ação, segundo a legenda da etapa anterior. Além disso, recorreremos à organização das decisões e votos no tempo, elaborada na primeira etapa de tratamentos dos dados, para demarcar o momento em que o diagrama se desenhou naquela ação. A suposição é de que essa sistematização pode ajudar a identificar não só os padrões de votação, mas também indícios de comportamento estratégico por parte dos ministros.

2.7. Considerações finais

Os processos decisórios da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal são bastante díspares. As competências e portas de acesso do STF são mais amplas e variadas. O número de casos julgados por nossa Corte, por ano judiciário, é espantosamente maior. A Suprema Corte dos EUA recebe, em média, 8.000 casos por ano judiciário e julga aproximadamente 80 casos, todos colegiadamente e em sessões fechadas. Já o STF recebeu, em 2012, por exemplo, 73.464 ações, das quais 57.550 foram distribuídas e se assomaram a um acervo já existente de 67.395 ações. Em 2012, ainda, 12.089 casos foram decididos colegiadamente, dos quais 1.129 decorreram de julgamentos plenários, que são públicos e televisionados. Essas disparidades são possíveis porque, em cada um dos sistemas, as regras que estruturam o processo decisório são diferentes. Essas regras, por sua vez, viabilizam diferentes opções aos juízes para perseguirem seus objetivos e preferências, atuando, por vezes, estrategicamente. Na Suprema Corte norte-americana, o comportamento estratégico predomina na admissão dos casos, enquanto, no STF, ele prevalece no julgamento plenário.

As regras e características do processo decisório nos EUA abrem espaço para grande discricionariedade na seleção dos casos, de modo que a Corte detém total controle sobre sua pauta, podendo escolher livremente o que deseja julgar. Não há qualquer exigência de justificação/motivação para a decisão que rejeita um caso. Formalmente, para que o caso seja aceito, são necessários quatro votos nesse sentido. Os estudiosos da Corte têm destacado a presença de considerações

estratégicas nessa etapa do processo decisório, salientando que, ao votar pela aceitação de um caso, os juízes já têm em vista a decisão final. Eles calculam as chances de sua posição ser vencedora, ou não, no mérito. Por vezes, rejeitam casos em que gostariam de ver revista a decisão da instância inferior, porque acreditam que sua posição não será vencedora na votação de mérito. De outro modo, podem votar pela aceitação do caso, mesmo concordando com a decisão da instância inferior, porque calculam que a maioria votará no sentido de manter a decisão, e isso fortalecerá a questão juridicamente. Assim, como os juízes sabem que a decisão da Corte se tornará precedente, lei, influenciando o direito do país, realizam cálculos estratégicos porque já têm em mente o estabelecimento futuro do direito.

No Brasil, destacamos também a existência de filtros formais e informais presentes na fase inicial do processo decisório, mas verificamos que as considerações estratégicas são especialmente marcantes na fase do julgamento plenário. Um mecanismo importante e frequentemente utilizado, em geral de maneira desvirtuada, é o pedido de vista dos autos. Por meio desse pedido, o julgamento de uma ação, que, em regra, deveria ser concluído em uma sessão, pode ser interrompido inúmeras vezes. Excetuando-se o relator, todos os ministros podem formular pedido de vista, inclusive contrariando a ordem de votação. Esse pedido permite a cada ministro exercer poder de veto sobre os julgamentos plenários, por vezes bloqueando uma decisão que já conta com maioria formada. Trata-se de um expediente estratégico utilizado para bloquear ou retardar o julgamento de questões politicamente sensíveis ou de grande impacto, permitindo, ainda, o controle informal do tempo de duração do processo. Nesse ponto, a metodologia proposta para o estudo das decisões do STF em diferentes temas auxilia a apreensão do que ocorre em cada sessão plenária, evidenciando pontos de atuação estratégica.

Outrossim, neste capítulo, destacamos as diferenças que existem no modelo deliberativo e na configuração dos votos no EUA e no Brasil. Na Suprema Corte o papel desempenhado pelo *Chief Justice* (Presidente) é particularmente influente, à medida que goza da prerrogativa de escrever o voto da maioria ou designar outro

justice para fazê-lo. A atribuição da redação da decisão dá ao juiz uma grande possibilidade de promover os resultados jurídicos que mais se conformam aos seus objetivos políticos. No Brasil, esse papel é desempenhado pelo Relator. O voto apresentado por ele tem peso na fundamentação e no resultado dos casos, conforme apontado pela bibliografia mencionada.

Enquanto na Suprema Corte dos EUA há um modelo deliberativo que acaba por refletir uma organização dos votos e que favorece o entendimento da lógica da decisão, porque separa a *majority opinion*, da *concurring opinion* e da *dissenting opinion* e possibilita a identificação das diferentes linhas argumentativas presentes na decisão proferida, no Brasil, a decisão do STF se apresenta de maneira diferente. Um acórdão é composto por tantos votos quantos foram os ministros que participaram do julgamento. Esses votos são organizados pela ordem de votação. Para se apreender a *ratio dicendi* do Tribunal e as nuances argumentativas dissidentes ou concordantes, é preciso ler todos os votos. Com base nas características do nosso processo decisório, há quem afirme que nosso modelo não é, de fato, deliberativo, e sim agregativo (Barroso, 2010), salientando a presença de um personalismo nos julgamentos.

A metodologia proposta sistematiza o estudo de decisões por meio da organização dos votos, das sessões e da exploração de dimensões analíticas extraídas a partir das particularidades do tema, permitindo apreender a lógica da tomada de decisão e podendo ser utilizada pelos que desejam buscar a *ratio dicendi* e as nuances argumentativas presentes em uma decisão ou em um conjunto de decisões. No capítulo que se segue, nossa pretensão é, a partir da aplicação dessa metodologia, entender a lógica da tomada de decisão nas decisões do STF sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno, após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

CAPÍTULO 3. CONSTRUINDO UMA ANÁLISE

Those long chains of utterly simple and easy reasonings that geometers commonly use to arrive at their most difficult demonstrations had given me occasion to imagine that all the things that can fall within human knowledge follow from one another in the same way (...). (Descartes, 1998, p.19)

3.1. Introdução

A estrutura “genealógica” descrita por Clark e Lauderdale (2012) para explicar a elaboração do direito nos EUA, *mutatis mutandis*, pode ser aproveitada para explicar a nossa realidade jurídica. Um sistema normativo evolui não só por meio da atividade legiferante, mas também através de uma série de casos decididos sobre determinado tema pelas Cortes. Os casos novos guardam vínculo com os antigos e, estudados no tempo, contam a história da Corte e do direito sobre um tema.

Ao decidir os novos casos, os juízes olham para a lei vigente, para as questões fáticas do momento e para os casos semelhantes já decididos por aquela Corte no passado. Com isso, entendimentos são mantidos ou reelaborados. A interpretação dada ao direito e aplicada aos novos casos pode criar algum tipo de doutrina, solução jurídica ou entendimento novo. Essa criação, ao seu turno, pode ter impacto sobre o desenvolvimento jurídico subsequente naquela área, seja por provocar a atividade do legislativo nacional, seja por alimentar o cálculo da escolha judicial de Cortes futuras (Tiller e Cross, 2006).

Quando os tribunais mantêm os entendimentos, criam novos ou quando se abstêm de responder questões importantes dentro de um tema decidido, estão lidando estrategicamente com as “regras do jogo”, para favorecer um resultado preferido naquele momento. Deste modo, fornecem para os demais atores políticos, para a comunidade jurídica e para as Cortes futuras opções instrumentais adicionais para perseguirem, eles próprios, seus resultados preferidos.

Se o direito é, então, previsão, profecias do que farão os tribunais (Holmes, 1897), o estudo de um tema por meio de dimensões analíticas pode auxiliar-nos na avaliação empírica de como os Ministros do STF continuam a refinar determinada área do direito e da doutrina e por quais caminhos decidem abster-se de uma linha de argumentação anterior e inaugurar uma nova linha de entendimento. Com isso, poderemos fazer previsões sobre como decidirão em casos futuros ou simplesmente descrever a lógica da tomada de decisão sobre um tema, num dado momento, contribuindo para estudos posteriores.

3.2. Separação dos votos

O objeto de análise nesta dissertação são os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ações que envolvem a temática da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno.

O primeiro recorte, dentro dessa temática, foi a seleção dos acórdãos que discutem a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Tais casos constituem, para os Ministros, oportunidades de construção de entendimentos e de manifestação de preferências sobre a política dos direitos internacionais dos direitos humanos. Eles são chamados a resolver uma antinomia (conflito) entre normas do direito interno e de tratados internacionais e têm que dizer qual norma prevalece. Com isso, consolidam entendimentos sobre a extensão e os efeitos das normas internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

O segundo recorte, de caráter temporal, foi a seleção dos casos julgados após a promulgação da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. Essa emenda consolidou a chamada “Reforma do Judiciário” e, dentre múltiplos temas abarcados, trouxe disposições relacionadas à integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao direito interno, como o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que passou a reconhecer a hierarquia (*status*) formalmente constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos

aprovados em dois turnos, com voto favorável de três quintos dos representantes, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Esse dispositivo está inserido no âmbito da temática da incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e das condições de sua efetividade na ordem doméstica. Ele diz respeito, sobretudo, ao cumprimento pelo Estado brasileiro das suas obrigações internacionais.

A busca pelas decisões foi feita no site do Supremo Tribunal Federal. Nela, foram utilizadas as seguintes palavras-chaves: “tratados internacionais de direitos humanos”; “hierarquia” e “tratados”; “pacto de são José da Costa Rica”; “convenção interamericana para prevenir e punir a tortura”; “convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”; “tratad\$ internacioana\$ de direitos humanos”; “tratad\$ internaciona\$” e “hierarquia”; “pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais”; “convenções internacionais de proteção dos direitos humanos”; “tratad\$ internaciona\$ de direitos humanos e posição hierárquica”; “convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher”; “pacto internacional dos direitos civis e políticos”; “convenção americana de direitos humanos”; “supralegalidade adj tratad\$ internaciona\$ de direitos humanos”. Além disso, foi solicitada uma busca personalizada de acórdãos a partir do site do STF, por meio do serviço de “acesso à informação” disponível ao cidadão.

A partir desses dois recortes e da busca efetuada no site do Tribunal, selecionamos cinco decisões de plenário e dez decisões de turma. As decisões de

plenário são as seguintes: RE 349.703-1/RS⁵³, RE 466.343-1/SP⁵⁴, HC 87.585-8/TO⁵⁵, MiAgR 772-1/RJ⁵⁶ e HC 92.566-9/SP⁵⁷.

⁵³ Brasil. STF, RE 349.703/RS: “Ementa. Prisão Civil do Depositário Infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei nº 911/69. Equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. Prisão civil do devedor fiduciante em face do princípio da proporcionalidade. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplex configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso Extraordinário conhecido e não provido” (Recorrente: Banco Itaú/AS; Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi; Relator: Ministro Carlos Ayres Britto; Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008). Acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05.06.2009. Íntegra do acórdão disponível em: www.stf.gov.br.

⁵⁴ Brasil. STF, RE 466.343/SP: “Ementa. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inciso LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos Habeas Corpus nºs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (Recorrente: Banco Bradesco S/A; Recorrido: Luciano Cardoso Santos; Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008). Acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05.06.2009. Íntegra do acórdão disponível em: www.stf.gov.br.

⁵⁵ Brasil. STF, HC 87.585/TO: “Ementa. Depositário Infiel – prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” (Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa; Coator: Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008). Acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 26.06.2009. Íntegra do acórdão disponível em: www.stf.gov.br.

⁵⁶ Brasil. STF, MiAgR 772-1/RJ: “Ementa. Mandado de Injunção – ajuizamento – ausência de capacidade postulatória – pressuposto processual subjetivo – incognoscibilidade da ação injuncional – agravo regimental não conhecido. Direito de petição e a questão da capacidade postulatória. A posse da capacidade postulatória constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte. Sem que esta titularize o *jus postulandi*, torna-se inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, gerando, em consequência,

Elas envolvem o conflito entre o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado ao direito interno em 1992, e a Constituição Federal de 1988. Excetuando-se o Agravo Regimental em Mandado de Injunção (MiAgR) 772, os demais acórdãos tratam de uma mesma questão: a possibilidade da prisão civil do depositário infiel (ou por equiparação do alienante fiduciário⁵⁸). A Constituição, regra geral, proibiu a prisão civil por dívida, mas contemplou duas ressalvas, permitindo que a legislação ordinária disponha a respeito: a prisão do devedor de obrigação alimentícia e a do depositário infiel⁵⁹ (aquele que não cumpriu obrigação judicial assumida). O Decreto-Lei nº 911/1969 e o Código Civil de 2002 disciplinaram a questão prevendo a prisão do depositário infiel⁶⁰.

como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito. – Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de Advogado, a quem compete, nos termos da lei, o exercício do *jus postulandi*. (...) O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros. Precedentes. Supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes. – A questão pertinente aos tratados internacionais de direitos humanos: Art. 5º, § 2º (que instituiu cláusula geral de recepção das convenções internacionais em matéria de direitos da pessoa humana) e § 3º, da Constituição da República. Hierarquia constitucional das cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos (posição do Relator)” (Agravante: Ramiro Carlos Rocha Rebouças; Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24.10.2007). Acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19.03.2009. Íntegra do acórdão disponível em: www.stf.gov.br.

⁵⁷ Brasil. STF, HC 92.566/SP: “Ementa. Prisão Civil – penhor rural – cédula pignoratícia – bens – garantia – impropriedade. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia” (Paciente: José Arlindo Correa; Impetrante: Eduardo Gomes de Queiroz; Coator: Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008). Acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 04.06.2009.

⁵⁸ O Decreto-Lei nº 911/69, em seu artigo 4º, equiparou o devedor fiduciante ao depositário infiel prevendo sua prisão na hipótese de o bem objeto da alienação fiduciária não ser localizado ou ter sido transferida sua posse a terceiro.

⁵⁹ Artigo 5º, LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁶⁰ O Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969, com a redação dada pela Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974, no artigo 4º dispõe: “Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.” No mesmo sentido, o artigo 652 do Código Civil de 2002, repetindo a

O Pacto de San José da Costa Rica, por outro lado, só admite a prisão civil na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia⁶¹. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,⁶² ratificado em 1992, também mencionado nos acórdãos, proíbe igualmente a prisão civil, sem postular qualquer exceção. O Brasil ratificou ambos os instrumentos internacionais e não estabeleceu qualquer reserva quanto à matéria, razão pela qual o debate no STF sobre a prisão civil do depositário infiel tem em vista esses tratados, que consagram disposições mais favoráveis aos direitos da pessoa humana se comparados à normativa doméstica.

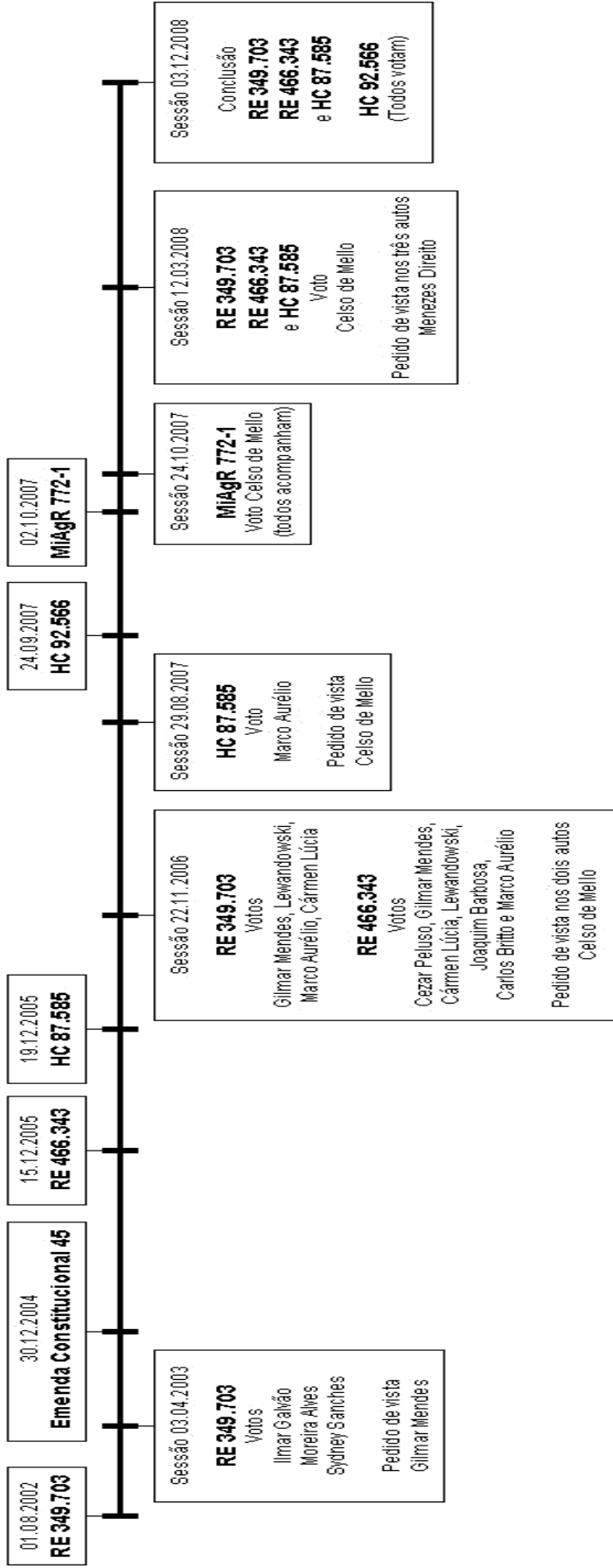
3.3. Organização no tempo das decisões e dos votos

A leitura do inteiro teor dos acórdãos de plenário e a análise do acompanhamento processual de cada acórdão, por meio da ferramenta “acompanhamento processual”, no site do STF, possibilitou a organização dos votos em linha temporal, levando em consideração a data de distribuição do caso ao Ministro relator da ação e as sessões de julgamento até a decisão final. Esse primeiro tratamento dos dados é importante para verificar quais Ministros participaram dos processos e os diferentes momentos de votação. A linha do tempo abaixo ilustra os vários momentos de votação e pode ser útil para a discussão sobre o voto de cada Ministro, individualmente considerado. Na parte superior da linha estão colocados os cinco acórdãos de plenário e as respectivas datas de distribuição ao Relator, em relação à data da publicação da EC 45/2004. Na parte inferior estão distribuídas as seis sessões plenárias que compuseram o julgamento desses casos, bem como os pedidos de vista e os votos proferidos em cada sessão. A partir da leitura dos acórdãos e da linha temporal podemos descrever a dinâmica de cada um dos votos. A tabela seguinte organiza os votos por sessão.

previsão do Código anterior, estabeleceu: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

⁶¹ Artigo 7º, § 7º: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁶² Artigo 11: Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.



	Sessão 03.04.2003	Sessão 22.11.2006	Sessão 29.08.2007	Sessão 24.10.2007	Sessão 12.03.2008	Sessão 03.12.2008
Moreira Alves	Votou no RE 349.703	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado
Sydney Sanches	Votou no RE 349.703	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado
Sepúlveda Pertence	Ausente	Ausente	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado
Celso de Mello	Ausente	Pediu vista RE 349.703 RE 466.343	Pediu vista HC 87.585	Votou como Relator no MiAgR 772	Votou nos RE 349.703, RE 466.343 HC 87.585	Votou no HC 92.566
Marco Aurélio	-	Votou nos RE 349.703 RE 466.343	Votou no HC 87.585	Ausente	-	Votou no HC 92.566
Ilmar Galvão	Votou no RE 349.703	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado	Aposentado
Ellen Gracie	-	-	-	Ausente	-	Votou no HC 87.585 Acompanhou a maioria nos RE 349.703 RE 466.343 HC 92.566
Gilmar Mendes	Pediu de vista RE 349.703	Votou nos RE 349.703 RE 466.343	-	Acompanhou Relator	-	Confirmação de votos nos RE 349.703, RE 466.343. Votou nos HC 87.585 HC 92.566
Carlos Britto	Não compunha a Corte	Votou no RE 466.343	-	Acompanhou Relator	-	Votou nos HC 87.585 HC 92.566
Cezar Peluso	Não compunha a Corte	Votou no RE 466.343	-	Acompanhou Relator	-	Votou no HC 87.585 Acompanhou maioria no HC 92.566
Joaquim Barbosa	Não compunha a Corte	Votou no RE 466.343	-	Acompanhou Relator	Ausente	Ausente
Eros Grau	Não compunha a Corte	Ausente	-	Acompanhou Relator	-	Votou nos HC 87.585 HC 92.566 Acompanhou maioria nos

						RE 349.703 RE 466.343
Lewandowski	Não compunha a Corte	Votou no RE 349.703 RE 466.343	-	Acompanhou Relator	-	Votou nos HC 87.585 HC 92.566
Cármen Lúcia	Não compunha a Corte	Votou nos RE 349.703 RE 466.343	-	Ausente	-	Votou no HC 87.585 Ausente no HC 92.566
Menezes Direito	Não compunha a Corte	Não compunha a Corte	Não compunha a Corte	Acompanhou Relator	Pediu vista RE 349.703 RE 466.343 HC 87.585	Votou nos RE 349.703 RE 466.343 HC 87.585 HC 92.566

Na tabela, os Ministros foram dispostos nas linhas pelo critério da antiguidade – do Ministro mais antigo na Corte para o mais novo. As sessões foram organizadas em ordem cronológica, na linha superior. Essa organização dos votos proferidos por sessão dá o panorama geral das participações em cada momento do processo decisório e as alterações na composição da Corte no decorrer das votações.

No quadro abaixo é apresentada, ademais, a composição da Corte em cada uma das sessões de julgamento e, em negrito, estão destacadas as mudanças na composição.

Sessão 03.04.2003	Sessão 22.11.2006	Sessão 29.08.2007	Sessão 24.10.2007	Sessão 12.03.2008	Sessão 03.12.2008
Moreira Alves	Joaquim Barbosa	Joaquim Barbosa	Joaquim Barbosa	Joaquim Barbosa	Joaquim Barbosa
Sydney Sanches	Cezar Peluso	Cezar Peluso	Cezar Peluso	Cezar Peluso	Cezar Peluso
Sepúlveda Pertence	Sepúlveda Pertence	VAGO*	Menezes Direito	Menezes Direito	Menezes Direito
Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello
Carlos Velloso	Ricardo Lewandowski	Ricardo Lewandowski	Ricardo Lewandowski	Ricardo Lewandowski	Ricardo Lewandowski
Marco Aurélio	Marco Aurélio	Marco Aurélio	Marco Aurélio	Marco Aurélio	Marco Aurélio
Ilmar Galvão	Ayres Britto	Ayres Britto	Ayres Britto	Ayres Britto	Ayres Britto
Maurício Correa	Eros Grau	Eros Grau	Eros Grau	Eros Grau	Eros Grau
Nelson Jobim	Cármen Lúcia	Cármen Lúcia	Cármen Lúcia	Cármen Lúcia	Cármen Lúcia
Ellen Gracie	Ellen Gracie	Ellen Gracie	Ellen Gracie	Ellen Gracie	Ellen Gracie
Gilmar Mendes	Gilmar Mendes	Gilmar Mendes	Gilmar Mendes	Gilmar Mendes	Gilmar Mendes

*A aposentadoria do Ministro Sepúlveda Pertence ocorreu em 17.08.2007. O Ministro Menezes Direito tomou posse em 05.09.2007.

3.4. Dimensões de análise

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, por meio da tomada de decisão judicial pelo STF, pode passar pela decisão e escolha dos juízes em algumas questões controversas. Ao decidir um caso que envolve a resolução de um conflito entre a normativa internacional e a interna, os Ministros têm que escolher caminhos para dizer qual a prevalecente, têm que lidar com as regras atinentes ao caso e enfrentar as incertezas normativas, políticas e institucionais presentes no momento em que decidem.

No estudo dos votos, essas escolhas podem ser exploradas por meio de categorias normativas. Estas são as dimensões analíticas que, uma vez mapeadas, possibilitam a compreensão da lógica das decisões.

Neste trabalho, observaremos quatro dimensões: 1) diferenciação dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados; 2) posição hierárquico-normativa dos tratados; 3) consideração da regra de constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos (artigo 5º, § 2º, CF); e 4) extensão da EC 45 e da nova regra sobre a constitucionalidade formal dos tratados de direitos humanos (artigo 5º, § 3º, CF). Cada dimensão se desdobra no que escolhemos denominar “classes analíticas”, entendidas como as opções possíveis dentro de cada dimensão.

A primeira dimensão analítica verifica se o Ministro reconhece a natureza diferenciada dos tratados de direitos humanos se comparado com os tratados sobre outras matérias. Neste ponto, o Ministro pode: a) expressamente reconhecer a natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos; b) expressamente negar a natureza diferenciada, considerando todos os tratados de igual modo, independente da matéria que albergam; ou c) não mencionar.

A segunda dimensão analítica possibilita a defesa ou não, pelo Ministro, de uma das quatro teses sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos: a) legal; b) supralegal; c) constitucional; d) supraconstitucional; ou e) não mencionar.

A terceira diz respeito ao modo como o Ministro interpreta a regra do artigo 5º, § 2º da CF/88, que determina a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos proveniente de tratados internacionais, podendo seguir três direções: a) considerar a regra, atribuindo aos tratados de direitos humanos natureza materialmente constitucional; b) mencionar a regra, mas não interpretá-la no sentido de considerar a natureza constitucional dos tratados; ou c) não mencionar.

Por fim, a quarta dimensão analítica enfatiza a extensão temporal conferida pelos Ministros ao artigo 5º, § 3º da CF/88, introduzido pela EC 45/2004, que prevê

a regra da constitucionalidade formal dos tratados de direitos humanos. A Emenda Constitucional 45/2004 mudou o campo da controvérsia sobre a incorporação dos tratados pelo STF, se comparado aos momentos anteriores, pois impôs aos Ministros uma nova regra constitucional. Essa nova regra pode funcionar como mais um constrangimento incidente sobre a tomada de decisão e, diante do caso, o Ministro pode: a) estender a regra no tempo, para, por meio da interpretação, considerá-la aplicável aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004; b) considerar possível a aplicação da regra aos tratados anteriores à EC 45/2004, desde que o Legislativo os tenha submetido ao procedimento especial previsto no dispositivo; c) restringir sua aplicação aos tratados ratificados no período posterior à EC 45/2004; ou d) não mencionar.

As quatro dimensões analíticas podem ser visualizadas no quadro abaixo:

	1° dimensão Diferenciação dos tratados	2° dimensão Hierarquia normativa	3° dimensão Regra art. 5°, § 2°, CF	4° dimensão Extensão da regra do art. 5°, § 3°, CF
Classes analíticas	Tratados de DH têm natureza especial	Legal	Menciona, com atribuição de <i>status</i> constitucional	Aplicável aos tratados anteriores à EC 45/2004
	Não diferencia os tratados de DH dos tratados comuns	Supralegal	Menciona, sem atribuição de <i>status</i> constitucional	Aplicável aos tratados anteriores desde que o Legislativo os submeta ao rito descrito
	Não menciona	Constitucional	Não menciona	Aplicável aos tratados posteriores à EC 45/2004
		Supraconstitucional		Não menciona
		Não menciona		

Levando em consideração as características do nosso processo decisório, é possível dizer que, excetuando-se os votos-vista, os votos em plenário podem, regra geral, ter sido tomados de modo apressado, com pouca reflexão dos Ministros sobre cada uma dessas dimensões. Por essa razão, a classe analítica “não menciona”, presente nas quatro dimensões, pode abranger tanto os votos dos Ministros que intencionalmente não se posicionaram sobre as questões quanto os votos daqueles

que não se detiveram nelas, não esposando uma argumentação mais elaborada, por qualquer que seja a razão. Essa classificação é relevante para a verificação das dimensões que restaram abertas após a finalização dos julgamentos e que foram, em menor medida, enfrentadas pelos Ministros. As dimensões em que os Ministros não se manifestaram podem indicar questões abertas que poderão ser exploradas em julgamentos futuros, pelos mesmos ou por outros Ministros.

3.4.1. Primeira dimensão: a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos

O pressuposto é que os tratados internacionais de direitos humanos, por seu conteúdo axiologicamente diferenciado, têm uma força normativa especial, que deve ser levada em consideração pelo Judiciário na incorporação da norma internacional e na solução dos casos concretos. Essa força normativa especial decorreria de que, enquanto a maioria dos tratados internacionais destina-se a regular os direitos dos Estados em suas relações recíprocas, os tratados de direitos humanos dedicam-se à proteção das pessoas sujeitas ao poder dos Estados. Eles consagram obrigações que extrapolam os limites da soberania estatal e atingem toda a comunidade internacional (Mazzuoli, 2010). Sobre a natureza especial ou diferenciada dos tratados internacionais de direitos humanos, a Corte Interamericana considerou, na Opinião Consultiva nº 2, de 24 de setembro de 1982:

A Corte deve enfatizar que os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em especial, a Convenção Americana não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de uma troca recíproca, para o benefício mútuo dos Estados-contratantes. Seu objeto e sua finalidade são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto perante seu próprio Estado quanto perante outros Estados-contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados submetem-se a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias

obrigações não somente em relação com os outros Estados, mas perante os indivíduos sob sua jurisdição.⁶³

No mesmo sentido, e ainda especificamente no que se refere ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), a doutrina tem enfatizado seu caráter especial, argumentando que ele não vincula apenas os Estados-partes, mas confere garantias às pessoas, razão pela qual não pode ser interpretado como qualquer outro tratado (Piovesan, 2010; Mazzuoli, 2010; Travieso, 1990). Para Piovesan (2010), esse seu caráter especial já justifica a atribuição de *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Assim, na primeira dimensão analítica, indaga-se se, na tomada de decisão judicial envolvendo o Pacto de San José da Costa Rica, os Ministros consideraram a natureza diferenciada desse instrumento protetivo da pessoa humana.

	Tratados de direitos humanos têm natureza especial	Não diferencia os tratados de direitos humanos dos comuns	Não menciona
Moreira Alves			x
Sydney Sanches			x
Sepúlveda Pertence	-	-	-
Celso de Mello	x		
Marco Aurélio			x
Ilmar Galvão	x		
Ellen Gracie	x		
Gilmar Mendes	x		
Ayres Britto			x
Cezar Peluso	x		
Joaquim Barbosa			x
Eros Grau			x
Lewandowski			x
Cármen Lúcia	x		
Menezes Direito	x		

⁶³ CIDH, Opinião Consultiva OC-2/82, 24 de setembro de 1982, Série A, n. 2: O Efeito das Reservas sobre Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75), parágrafo 29.

A conclusão que se extrai do quadro e da leitura das decisões é que metade dos Ministros, em seus votos, reconheceu expressamente a natureza diferenciada dos tratados de direitos humanos. De maneira geral, consideraram que tais tratados devem ser entendidos e interpretados de modo especial quando comparados aos tratados comuns. Nos votos da outra metade dos Ministros, não foi possível identificar essa diferenciação e nenhum Ministro afastou expressamente a natureza diferenciada dos tratados de direitos humanos ou os equiparou aos tratados comuns.

Esse é um aspecto que mudou em relação aos períodos anteriores. Conforme destacaremos, a tradição da Corte, em matéria de conflito entre norma internacional e interna, sempre foi não diferenciar a natureza do tratado internacional, se de direitos humanos, direito comercial, direito tributário etc. A norma internacional, tradicionalmente, recebia tratamento idêntico, prevalecendo ou não sobre a normatividade doméstica.

3.4.2. Segunda dimensão: a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos

Existem predominantemente quatro vertentes, desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, definidoras da hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento interno. São elas: 1) hierarquia legal; 2) hierarquia supralegal; 3) hierarquia constitucional e 4) hierarquia supraconstitucional.

A primeira vertente não diferencia os tratados internacionais gerais e os tratados internacionais sobre direitos humanos, equiparando-os às normas infraconstitucionais. A segunda vertente diferencia os tratados internacionais sobre direitos humanos dos demais acordos internacionais, justificando a hierarquia supralegal, mas não os equipara às normas constitucionais em razão do princípio da supremacia da Constituição. A terceira vertente propugna que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm natureza especial e são equivalentes às

normas constitucionais. Por fim, a quarta vertente defende a supremacia do direito internacional em relação ao direito interno, significando que as normas provenientes dos tratados internacionais sobre direitos humanos gozam de *status superior* em relação às normas constitucionais.

A partir das decisões selecionadas, é possível organizar os votos segundo a posição adotada sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos.

	Legal	Supralegal	Constitucional	Supraconstitucional	Não menciona
Moreira Alves	x				
Sydney Sanches	x				
Sepúlveda Pertence	-	-	-	-	-
Celso de Mello			x		
Marco Aurélio	x				
Ilmar Galvão			x		
Ellen Gracie			x		
Gilmar Mendes		x			
Ayres Britto		x			
Cezar Peluso			x		
Joaquim Barbosa					x
Eros Grau			x		
Lewandowski		x			
Cármen Lúcia		x			
Menezes Direito		x			

Posição da legalidade. Do conjunto de decisões selecionadas, três Ministros defendem a posição da legalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos: Moreira Alves, Sydney Sanches e Marco Aurélio.

Os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches participaram apenas do RE 349.703 e proferiram voto antecipadamente na sessão de 03.04.2003, já que a aposentadoria de ambos era iminente. Nessa decisão, não explicitaram posição sobre a hierarquia dos tratados na ordem interna. Defenderam, todavia, a equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos à legislação ordinária em decisões anteriores. A leitura dos breves votos dos Ministros,

proferidos no RE 349.703, sugere que eles mantêm a posição tradicional. Não inovam na argumentação, mas limitam-se a considerar legítima a prisão civil por dívida. Por essa razão, julgamos adequado situá-los nessa classe analítica.

A leitura do voto do Ministro Marco Aurélio também pode gerar dúvidas. Em mais de um momento, o Ministro argumentou que, para decidir o caso, não era necessário discutir a hierarquia normativa dos tratados. No julgamento do RE 349.703, na sessão de 22.11.2006, acompanhou o Ministro Gilmar Mendes. No RE 466.343 e igualmente no HC 87.585, de sua relatoria, o Ministro Marco Aurélio não se posicionou explicitamente quanto à hierarquia dos tratados no ordenamento interno. No RE 466.343 limitou-se a afirmar que o Pacto de San José da Costa Rica não está no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, pois, para tanto, precisaria observar o mesmo procedimento imposto às emendas constitucionais. Reconheceu, contudo, que a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel restou suplantada com a incorporação do Pacto.

No HC 92.566, julgado em sessão única no dia 03.12.2008, sua omissão é objeto de comentário feito pelo Ministro Celso de Mello:

Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nessa causa, pois além do Ministro Marco Aurélio – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das (02) duas correntes em discussão (critério da supralegalidade x critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica –, também o Ministro Joaquim Barbosa não se pronunciou sobre essa específica questão (STF, HC 92.566-9/SP, p.468).

A omissão também fica evidente na argumentação do Ministro Gilmar Mendes, que tenta interpretar a falta de clareza ou de posicionamento do Ministro Marco Aurélio para angariá-lo para o rol dos que defendem a hierarquia supralegal:

Aqui, podemos entender que, na verdade, a maioria perfilhou a tese da supralegalidade – acho que até com o voto do Ministro Marco Aurélio –, porque temos, hoje, no Código Civil a previsão da prisão do depositário infiel, mesmo pós Pacto San José (STF, HC 92.566-9/SP, p.466).

Apesar desses comentários, o Ministro não esclareceu, contudo, seu posicionamento: ao contrário, declarou expressamente que não precisava adentrar no debate sobre as teses para dar prevalência ao Pacto de San José da Costa Rica.

Uma leitura do voto do Ministro Marco Aurélio nessa ação sugere, no entanto, que ele ainda perfilha a tradicional tese da equiparação dos tratados às leis ordinárias, que se filia à posição da legalidade dos tratados. Isso porque ele transcreveu trecho de posição sustentada anteriormente na Corte, em que se lê: “De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária” (STF, HC 92.566-9/SP, p.456). O Ministro afirmou, ainda, que a adoção do Pacto de San José da Costa Rica pelo Brasil derogou toda a legislação ordinária que disciplinava a questão da prisão civil do depositário infiel, uma vez que “o preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos limitador da prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário” (STF, HC 92.566-9/SP, p.456). Diante desse argumento, é adequado considerar o voto do Ministro Marco Aurélio como fazendo parte da posição da legalidade dos tratados.

Nas decisões selecionadas, nota-se que essa posição resta enfraquecida, esvaziada. Outrossim, conforme se constata, nenhum de seus defensores entrou no embate com os demais para ver essa posição vencedora ou acolhida pelos pares.

Posição da constitucionalidade. Os defensores da posição da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos são os Ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau.

A defesa de que os tratados internacionais sobre direitos humanos são dotados de natureza constitucional se inicia com o voto do Ministro Ilmar Galvão, na sessão de 03.04.2003. Na iminência de deixar a Corte, o Ministro reconsiderou sua posição atinente ao *status* de lei ordinária dos tratados e à constitucionalidade da prisão do depositário infiel. No RE 349.703 de sua relatoria, reformulou seu posicionamento e, antes mesmo da promulgação da EC 45/2004 (e introdução do

§ 3º ao art. 5º, CF/88), registrou sua defesa da tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Sua argumentação partiu da interpretação do art. 5º, § 2º, CF/88, considerando que os tratados de direitos humanos compõem o chamado bloco de constitucionalidade.

Após a entrada em vigor da EC 45/2004, o primeiro voto a adotar a posição da constitucionalidade dos tratados é do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção, nº 772-1/RJ, que versava sobre o direito de petição e a questão da capacidade postulatória. O julgamento em plenário ocorreu em 24.10.2007. Como relator, pronunciou-se sobre a hierarquia das normas internacionais de direitos humanos defendendo a constitucionalidade dos tratados, sem, contudo, apresentar argumentação elaborada. Seu voto ressaltou a supremacia da Constituição Federal sobre todos os tratados internacionais, salientando que o exercício do *treaty-making power* pelo Estado brasileiro está sujeito às limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.

Argumentou que o sistema jurídico brasileiro não confere precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento interno, mas chamou a atenção para a tendência presente no direito constitucional comparado de equiparação dos tratados com as constituições dos Estados. Tal tendência, segundo ele, influenciou o Congresso Nacional brasileiro, que em 2004 promulgou a EC/45 e introduziu a cláusula de equivalência dos tratados de direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que observado rito especial.

Sobre a reforma constitucional atinente ao tema dos tratados, postulou que a regra é a conformação dos tratados à Constituição. As normas inscritas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º são exceções e tratam de hipótese em que as normas dos tratados terão, elas próprias, hierarquia constitucional.

Assim, nesse primeiro momento, a posição do Ministro Celso de Mello relativa à constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos está imprecisa. Seu posicionamento é, de fato, elaborado por ocasião do julgamento dos REs 349.703 e 466.343 e do HC 87.585.

Em sessão do dia 12.03.2008, o Ministro Celso de Mello proferiu seu voto-vista nessas três ações, que versavam sobre a mesma questão: a prisão civil do depositário infiel. Partindo da consideração de que existe uma tendência no direito constitucional comparado de equiparação dos tratados com as constituições dos Estados, tendência essa que propugna a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas ordinárias, o Ministro justificou a reconsideração da posição por ele antes defendida para aceitar o caráter constitucional dos tratados sobre direitos humanos. Para ele, o primado desses tratados sobre o ordenamento interno deve ajustar a visão da Corte às concepções que prevalecem no cenário internacional, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello afirmou que sua mudança de posicionamento partiu de uma reavaliação das formulações e premissas teóricas que orientaram seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480/DF, de 04.09.1997. Neste julgamento, discutiu-se a aplicação direta da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que proíbe a despedida arbitrária do empregado e o Ministro Celso Mello, relator da ação, proferiu o voto condutor, mantendo a visão tradicional, que conferia aos tratados internacionais em geral posição jurídica equivalente à das leis ordinárias.

Nos votos proferidos em 12.03.2008, no entanto, distinguiu explicitamente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos que versam sobre outras matérias, considerando que estes guardam paridade com as leis ordinárias, ao passo que aqueles assumem qualificação constitucional.

A natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, no voto do Ministro Celso de Mello, é extraída da interpretação do artigo 5º, § 2º, CF/88 e, na esteira de Celso Lafer, ele reconheceu três situações distintas concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) Tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu, e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988

(tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º, do art. 5º da Constituição);

(2) Tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País venha a aderir) em data posterior à promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º, do art. 5º da Constituição); e

(3) Tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade (...)) (STF, HC 87.585/TO, p. 277-278).

A controvérsia nesses três votos, proferidos conjuntamente na mesma sessão, envolve o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, logo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e antes da promulgação da EC 45/2004. Esse tratado é incluído pelo Ministro na terceira situação, gozando, assim, de natureza materialmente constitucional.

Para o Ministro Celso de Mello, o reconhecimento da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos tem o condão de possibilitar o controle de convencionalidade dos atos estatais internos, de modo a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.

A posição defendida por ele é acolhida pela Ministra Ellen Gracie. A Ministra apresentou voto sucinto no HC 87.585 e extraiu a constitucionalidade dos tratados da regra do § 2º, art. 5º, CF/88.

O Ministro Cezar Peluso também se mostrou convencido pelos argumentos expostos no voto do Ministro Celso de Mello. Ele não participou formalmente do julgamento do RE 343.703, pois sucedeu o Ministro Sidney Sanches, que havia proferido voto antecipadamente em 03.04.2003. Apesar disso, como o julgamento do RE 343.703 foi concluído, em 03.12.2008, em conjunto com outras ações de que o Ministro participou, sua confirmação de voto consta do acórdão desse processo.

O Ministro proferiu voto no RE 466.343, de sua relatoria, na sessão de 22.11.2006 e pronunciou-se nas sessões de 12.03.2008 e de 03.12.2008. Esses

três momentos demonstram três etapas de seu convencimento sobre a questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

No primeiro momento, em 22.11.2006, para enfrentar a questão da legitimidade ou não da prisão do depositário infiel, o Ministro limitou-se a analisar se a equiparação feita pelo Decreto-Lei nº 911/69 estaria abrigada pela Constituição Federal, art. 5º, LXVII. Expressamente, escolheu não analisar a questão sob a ótica dos tratados internacionais ou, no caso, do Pacto de San José da Costa Rica e justificou:

De tudo se vê que, por dar pela legitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto San José de Costa Rica, como, assentando-se em muitos dos argumentos aqui deduzidos, não precisou o Ministro Sepúlveda Pertence, para em voto sucinto mas irresponsável, sustentar igual coisa (...) (STF, RE 466.343 -1/SP, p.1131).

No segundo momento, em 12.03.2008, após o voto do Ministro Celso de Mello no RE 466.343, e também com igual teor nos autos do RE 349.703 e HC 87.585, o Ministro Cezar Peluso apresentou aditamento ao seu voto, agregando à sua posição considerações sobre o Pacto de San José da Costa Rica. Concordando com as conclusões do Ministro Celso de Mello, reconheceu, assim, que a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica e seu art. 7º, nº 7 à ordem jurídica brasileira demonstrou uma opção normativa do legislador infraconstitucional de excluir a admissibilidade da prisão civil do depositário.

Apesar disso, o Ministro Cezar Peluso não enfrentou a questão da hierarquia normativa dos tratados sobre direitos humanos, por entender ser “irrelevante saber qual o valor, a autoridade ou a posição taxonômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro” (STF, RE 466.343 -1/SP, p. 1271). E, em debate com o Ministro Celso de Mello, afastou a tese da hierarquia legal, justificando que:

A tendência dogmática do mundo, hoje, é dar aos tratados internacionais uma importância quase supraconstitucional. E nisso está, aliás, um dos entraves, por exemplo, ao desenvolvimento do Mercosul. É a resistência dos ordenamentos nacionais a permitir que o projeto da comunidade latino-americana se desenvolva (STF, RE 466.343 -1/SP, p.1277).

O Ministro considerou que, nessa oportunidade, não precisava se comprometer definitivamente com nenhuma das teses ou teorias sobre a hierarquia normativa dos instrumentos internacionais, mas sinalizou, expressamente: “Em relação a casos futuros (...) já antecipo, para excluir a terceira alternativa, minha posição de que vou reconhecer caráter supralegal ou caráter constitucional ao Tratado” (STF, RE 466.343 -1/SP, p.1282).

Por fim, no terceiro momento, em 03.12.2008, por meio da confirmação de voto, o ministro Cezar Peluso afirmou que estava hesitante em relação à taxonomia dos tratados, mas se convenceu de que, tal como a globalização atua na economia do mundo contemporâneo, os direitos humanos devem atuar no campo jurídico, pois eles constituem um valor fundante de toda a humanidade. Aderiu, destarte, à tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm natureza constitucional, extraindo tal conclusão das lições de Paulo Borba Casella e da conjugação dos §§ 2º e 3º do artigo 5º. Defendeu, ainda, que a Corte deve perquirir a extensão dos direitos fundamentais, pois eles são históricos,

Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante dos fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previsto nos tratados internacionais, enquanto objeto de nossa interpretação, e lhes dispense a necessária tutela jurídico-constitucional (STF, RE 466.343 -1/SP, p.1306).

Por fim, o Ministro Eros Grau também se filiou à posição da constitucionalidade dos tratados no breve voto proferido no HC 87.585, na sessão de 03.12.2008. Limitou-se, nessa ocasião, a dizer que os tratados integram o *bloco de constitucionalidade*, cabendo torná-los parâmetro para o controle de constitucionalidade. Afirmou, além disso, que acompanhava os votos precedentes, em especial o do Ministro Menezes Direito – aspecto que gerou dúvidas nos seus pares, já que este Ministro afastou expressamente a natureza constitucional dos tratados e a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

O fato é que o Ministro Eros Grau não teceu maiores considerações sobre seu posicionamento e, diante disso, o Ministro Celso de Mello inquiriu os termos da sua posição:

O senhor Ministro Celso de Mello: Vossa Excelência, Ministro Eros, confere, portanto, hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos?

O senhor Ministro Eros Grau: Sim, confirmo hierarquia constitucional.

O senhor Ministro Celso de Mello: E vale-se, para tanto, da noção de bloco de constitucionalidade?

O senhor Ministro Eros Grau: Exatamente.

O senhor Ministro Celso de Mello: E erige, em consequência, os tratados internacionais de direitos humanos à condição de parâmetro de controle, para efeito de fiscalização de constitucionalidade?

O senhor Ministro Eros Grau: De controle de constitucionalidade.

O senhor Ministro Celso de Mello: O voto de Vossa Excelência coincide, precisamente, com os fundamentos que dão suporte ao meu próprio voto proferido sobre a matéria ora em exame (...).

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência está acompanhando o Ministro Celso de Mello e não o Ministro Menezes Direito (...). Porque a posição do Ministro Menezes Direito, na linha sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e por mim, é no sentido de que os tratados de direitos humanos teriam força supralegal, mas infraconstitucional. (STF, HC 87.585-8/TO, pp. 336-337)

Esse diálogo em plenário sugere uma clara preocupação dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes com a demarcação das posições defendidas pelos demais Ministros, uma preocupação com os alinhamentos que se estabelecem em torno da questão da hierarquia normativa dos tratados.

Posição da supralegalidade. A primeira vez que a posição da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos surgiu no plenário do STF foi no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 79.785-7/RJ, de sua relatoria, julgado em 29.03.2000. Ela aparece, portanto, antes da promulgação da EC 45/2004.⁶⁴ Essa posição é adotada, pós-2004, pelo Ministro Gilmar Mendes, sendo que, no

⁶⁴ No HC 79.785-7/RJ defendeu o Ministro Sepúlveda Pertence: “Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (...) e pela ilustrada Flávia Piovesan (...) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até se necessário contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (STF, HC 79.785-7/RJ, p.301).

conjunto de decisões estudadas, ele é o seu grande defensor. Essa posição também é seguida pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Conforme se observa na linha do tempo apresentada, o RE 349.703 foi distribuído ao Ministro relator Ilmar Galvão em 01.08.2002. Na primeira sessão, em 03.04.2003, após o voto do relator e dos votos antecipados dos Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

O voto do Ministro Gilmar Mendes parece ter sido fundamental para provocar a rediscussão da orientação jurisprudencial da Corte acerca do *status* de lei ordinária conferido aos tratados internacionais sobre direitos humanos (Strapazzon, 2009). Em seu voto, o Ministro reclamou a revisão crítica da jurisprudência firmada, que, segundo ele, diante da atual configuração do Estado e da reforma constitucional concretizada no § 3º do art. 5º, havia se tornado defasada. Os seus argumentos sobre a hierarquia normativa são alinhavados com considerações sobre o chamado *Estado Constitucional Cooperativo*, inspirado nas lições do constitucionalista alemão Peter Häberle. Esse voto se repete, nos mesmos termos, no RE 466.344 e a sua posição é corroborada nos julgados HC 87.585 e HC 92.566.

O Ministro Gilmar Mendes argumentou que a tese da legalidade ordinária dos tratados sobre direitos humanos permite o descumprimento unilateral de um acordo internacional, ferindo disposições importantes, como o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que determina que nenhum Estado pactuante pode invocar o direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Essa Convenção consagrou princípios exigidos como costume internacional.

Defendeu, assim, a tese da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, propugnando que esses tratados não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas têm lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Segundo ele, esse tratamento hierárquico-normativo era dado pela Constituição da Alemanha, da França e da Grécia e sinais de mudança, neste sentido, despontavam na Grã-Bretanha. Em razão disso, concluiu que a internalização de tratados sobre

direitos humanos no ordenamento jurídico “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitantes” (STF, RE 349.703-1/SP, p. 733).

Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica têm caráter supralegal, e a legislação infraconstitucional com eles conflitante tem, então, sua eficácia paralisada. A previsão constitucional constante no inciso LXVIII do artigo 5º não foi revogada, mas deixou de ser aplicável diante desse efeito paralisante que incide sobre a legislação infraconstitucional que regula a matéria, o Decreto 911/69 e o artigo 652 do Código Civil. Em outras palavras, com o reconhecimento da supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica, deixa de existir base jurídica para a aplicação da parte final do inciso constitucional, que possibilita a prisão do depositário infiel.

Como se disse, o Ministro Carlos Ayres Britto não votou no RE 349.703, pois sucedeu o Ministro Ilmar Galvão, que apresentou seu voto antecipadamente, em 2003. Participou, no entanto, das demais ações aqui discutidas. A primeira manifestação do Ministro Ayres Britto sobre o tema da hierarquia dos tratados ocorreu na sessão do dia 22.11.2006, nos autos do RE 466.343. O Ministro Ayres Britto apresentou seu voto após outros cinco Ministros terem se pronunciado. Seguindo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, considerou o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Não elaborou, contudo, sua posição e terminou seu breve pronunciamento lembrando que a Corte estava diante de um julgamento histórico, em prol da efetividade da Constituição e da afirmação dos direitos humanos. Em momento posterior, na mesma ação, mas em sessão do dia 12.03.2008, reafirmou sua posição alinhada com a do Ministro Gilmar Mendes:

Então, louvo sem limites o voto de Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso, e também o magnífico voto do Ministro Celso de Mello, mas entendo que a inflexão hermenêutica do Ministro Gilmar Mendes atende à dogmática constitucional em matéria tão sensível, tão delicada, como é a da hierarquia das leis. Afinal, a nossa constituição, o nosso Direito só é de supra-infra-ordenação, kelsenianamente falando, porque temos uma Constituição rígida, uma Constituição que mantém a sua própria supremacia pela irrestrita observância das suas normas de reforma (STF, RE 466.343 -1/SP p.1281).

Na sessão do dia 03.12.2008, votando no HC 87.585, reconheceu a hierarquia supralegal dos tratados e afastou a regra do § 3º artigo 5º da CF/88, salientando não precisar desse dispositivo para conceder a ordem. Para ele, o Pacto de San José da Costa Rica não tem força constitucional, pois não seguiu o rito especial de que fala esse dispositivo.

O Ministro Ricardo Lewandowski filiou-se à posição do Ministro Gilmar Mendes, mesmo não debatendo explicitamente a questão da hierarquia supralegal. No julgamento do RE 349.703, na sessão de 22.11.2006, o Ministro Lewandowski acompanhou voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes e, em debate com seus pares, foi categórico em afastar a tese da constitucionalidade dos tratados:

Eu compartilho da preocupação do eminente Ministro Gilmar Mendes no sentido da dificuldade em darmos *status* constitucional, desde logo, a esses direitos, que até no plano internacional, são de difícil compreensão. Realmente me parece uma dificuldade um tanto intratável, pelo menos nesse momento (STF, RE 349.703-1/SP, p.856).

Na mesma sessão, apresentou seu voto no RE 466.343, limitando-se a acompanhar os votos condutores dos Ministros Cezar Peluso (relator) e Gilmar Mendes. Não enfrentou o debate sobre as teses da hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O seu posicionamento é mais explícito, no entanto, na decisão do HC 94.090, tomada pela primeira turma do STF, em 16.12.2008. Como relator da ação, o Ministro Lewandowski considerou o *status* supralegal do Pacto de San José da Costa Rica, reconhecendo que tal *status* tem o condão de afastar a legislação infraconstitucional que conflite com a convenção internacional. Lembrou, ainda, da decisão tomada em plenário dias antes:

O posicionamento que prevaleceu na Corte – e eu me filio a essa corrente majoritária – é a de que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem *status* supralegal, admitida a hipótese de conferir-lhes nível constitucional quando ratificados pelo Congresso de acordo com o quórum estabelecido pela Emenda 45/04 (...) (STF, HC 94.090, p. 630, grifo nosso).

Igualmente, a Ministra Cármen Lúcia, no RE 349.703, acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, pronunciando-se nesse sentido no RE 466.343, por meio de breve voto. De seus argumentos se extrai a constatação de que ela defendeu a tese da supralegalidade dos tratados, muito embora não tenha explicitado sua afirmação. No julgamento do HC 87.585, igualmente, não explicitou sua posição em relação aos tratados e seguiu o Ministro relator, Marco Aurélio.

Por fim, o Ministro Menezes Direito. Na sessão de 12.03.2008, após o voto do Ministro Celso de Mello nos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e no Habeas Corpus 87.585, ele pediu vista de todos os autos.

Seu voto é proferido em 03.12.2008, sendo reproduzido nos três processos. Ele se inicia com a menção dos precedentes do STF que julgaram os tratados internacionais de direitos humanos como leis ordinárias (RE 80.004/SE; HC 72.131/RJ; ADI 1.480/DF; HC 81.319/GO e HC 79.870/SP) e o que apresentou voto considerando norma supralegal (RHC 79.785). A partir de trechos que tratam da concepção contemporânea de direitos humanos e da força normativa de declarações internacionais no plano doméstico, o Ministro Menezes Direito considerou que o STF deveria ultrapassar a tradicional visão que equipara os tratados às leis ordinárias. O Ministro destacou, então, a existência de dois caminhos: o aventado pelo Ministro Celso de Mello, que preconiza a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, e o aventado pelo Ministro Sepúlveda Pertence e abraçado pelo Ministro Gilmar Mendes, que defende a sua natureza supralegal.

Sobre o caminho que leva à atribuição de natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, o Ministro rejeitou expressamente o raciocínio fundado na noção de bloco de constitucionalidade e esclareceu:

Embora esse raciocínio mereça de minha parte grande encantamento, reconheço que não haveria como estabelecê-lo sem violentar a disciplina criada pelo constituinte, presente a realidade da sociedade internacional de nossos dias. Isso adquire mais força ainda se considerarmos que o constituinte derivado abriu a possibilidade de incorporação dos atos

normativos internacionais com *status* constitucional desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Assim, não se pode deixar de reconhecer que a vontade constituinte não pode amparar-se naquilo que Bidart Campos chamou de bloco de constitucionalidade para se alçar essas espécies normativas internacionais diretamente ao plano constitucional. Veja-se que essa solução, que tem respaldo na teoria dos direitos humanos como inerentes à natureza do ser do homem e não ao seu reconhecimento nos planos nacionais, poderia criar concretamente alguns obstáculos insuperáveis, como a questão do controle da constitucionalidade das próprias espécies normativas internacionais, presente o atual estágio do direito constitucional brasileiro. (STF, HC 87.585-8/TO, p. 327)

Afastando-se da tese de equiparação às leis ordinárias, o Ministro Menezes Direito recorreu à solução prática inspirada pelo Ministro Orozimbo Nonato, em 1951, de estabelecer um degrau de ingresso para os tratados e convenções, considerando-os “leis especiais”. Explicou que o *status* conferido por Orozimbo Nonato difere da supralegalidade. O *status* de “lei especial” indica que

São atos de hierarquia diferenciada na medida em que oriundos de um plano que está além, pela própria natureza do seu conteúdo substantivo, de hierarquização legislativa doméstica. Eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior, porquanto ingressam de forma diferente da produção normativa doméstica. (STF, HC 87.585-8/TO, p. 328).

Neste contexto, o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto de Direitos Civis e Políticos são normas infraconstitucionais, mas dotadas de natureza especial, e, muito embora o Ministro aponte a diferença da natureza de lei especial e da supralegalidade, os resultados práticos são os mesmos. Isso porque ele entendeu que há a suspensão da eficácia das normas internas ordinárias conflitantes com essas declarações internacionais.

Posição da supraconstitucionalidade. Nas decisões selecionadas, não há quem defenda a posição da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, muito embora a doutrina já houvesse esboçado argumentos que possibilitassem o acolhimento dessa posição.

3.4.3. Terceira dimensão: a regra da constitucionalidade material dos tratados

As normas constitucionais podem ser classificadas como material ou formalmente constitucionais. A constitucionalidade material refere-se ao fato de a norma consagrar conteúdo constitucional, dizendo respeito às regras fundamentais e estruturais do Estado, como as que tratam da organização e do exercício dos órgãos e poderes, do estabelecimento de fins públicos a serem alcançado ou da definição de direitos e garantias fundamentais. O que importa para definir se uma norma tem natureza materialmente constitucional é o seu conteúdo.

De outro modo, a definição de uma norma como formalmente constitucional não depende de uma avaliação do seu conteúdo, mas de seu processo de criação, vale dizer, ela depende de a norma estar inscrita no texto constitucional e ser elaborada por um poder constituinte originário ou reformador, segundo procedimento mais rígido do que o previsto para as demais normas.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 trouxe extenso rol de direitos no seu Título II. Esse rol, contudo, não é exaustivo, pois, no artigo 5º, § 2º, a Constituição estabeleceu uma “regra de abertura material”, possibilitando considerar como direitos fundamentais aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e aqueles expressos em tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. A abertura consagrada no artigo 5º, § 2º, da CF/88 levou a doutrina a considerar que os direitos humanos provenientes de tratados compõem o catálogo de direitos fundamentais da Constituição e fazem parte do que se tem chamado bloco de constitucionalidade, entendendo que as normas constitucionais não são apenas as inscritas no texto formal da Constituição.

Segundo Flávia Piovesan, tal interpretação do dispositivo faz imperar no nosso sistema constitucional uma

Lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana (...). Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela (Piovesan, 2010, p. 72).

Com efeito, a regra da constitucionalidade material dos direitos humanos proveniente de tratados, inscrita no artigo 5º, § 2º, da CF/88, constitui uma das dimensões analíticas selecionadas em razão de estar presente já no texto original da Constituição Federal de 1988. Ela sempre possibilitou a interpretação que se dirige a aceitar a incorporação dos tratados como dotados de *status* constitucional.

A sua inserção na Constituição partiu de proposta de Antônio Augusto Cançado Trindade, que defende que o dispositivo já reconhece a natureza especial dos tratados de direitos humanos e permite a sua incorporação ao direito interno, com aplicação imediata e no mesmo nível que os direitos constitucionais consagrados. Essa regra, argumenta Cançado Trindade, deve ser objeto de consideração não só dos Poderes Legislativo e Executivo, mas também do Judiciário, a quem cabe efetivamente aplicar as normas internacionais de direitos humanos no plano interno e assegurar o respeito a elas. Nesse passo, Cançado Trindade mostra ser infundada a utilização da tese clássica da paridade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação infraconstitucional, destacando:

O artigo 5(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nessa área, parece ainda esquecido dos agentes do poder público, mormente do Poder Judiciário. Se maiores avanços não se tem logrado até o presente nesse domínio de proteção, não têm sido em razão de obstáculos jurídicos, – que na verdade não existem –, mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis (...). Pode-se presumir o cumprimento das obrigações convencionais de proteção por parte do Poder Legislativo, da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário. Esse o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção vigente. Tal adequação é requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais e a

compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. (Trindade, 2000, pp. 140-142).

Com efeito, partindo do pressuposto de que essa regra constitucional, mesmo antes de 2004, já possibilitava o reconhecimento da natureza materialmente constitucional dos tratados pelos juízes, tentamos identificar sua utilização nos votos aqui selecionados e verificar se ela constituiu um constrangimento na tomada de decisão.

Art. 5º, § 2º, CF	Menciona, com atribuição de <i>status</i> constitucional aos TIDH	Menciona, sem atribuição de <i>status</i> constitucional aos TIDH	Não menciona
Moreira Alves			x
Sydney Sanches			x
Sepúlveda Pertence	-	-	-
Celso de Mello	x		
Marco Aurélio			x
Ilmar Galvão	x		
Ellen Gracie	x		
Gilmar Mendes		x	
Ayres Britto		x	
Cezar Peluso	x		
Joaquim Barbosa			x
Eros Grau	x		
Lewandowski			x
Cármen Lúcia			x
Menezes Direito		x	

Da leitura dos acórdãos e do quadro acima, verificamos que todos os defensores da posição da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos recorreram ao dispositivo para fundamentar sua posição.

No grupo defensor da posição da supralegalidade, três Ministros mencionaram o dispositivo, mas afastaram qualquer consideração no sentido de

atribuir natureza constitucional aos tratados de direitos humanos. O Ministro Gilmar Mendes argumentou que “o bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não reconhecimento expresso da hierarquia constitucional” (STF, HC 87.585, p. 358). Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia não mencionaram a regra.

Os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Marco Aurélio, defensores da posição da legalidade, não mencionaram a regra, bem como o Ministro Joaquim Barbosa.

3.4.4. Quarta dimensão: extensão temporal da regra da constitucionalidade formal dos tratados

A Emenda 45/2004 inseriu uma nova regra no texto constitucional, o artigo 5º, § 3º, com a seguinte previsão: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Essa disposição reconfigurou o debate sobre a incorporação dos tratados sobre direitos humanos, porque anunciou, explicitamente, a natureza formalmente constitucional desses instrumentos jurídicos internacionais.

Esse dispositivo foi inspirado na regra argentina⁶⁵, inserida na Constituição argentina de 1853 pela reforma constitucional de 1994. O constituinte argentino elevou os tratados internacionais de direitos humanos ao patamar constitucional, listando quais tratados anteriores eram constitucionalizados e inserindo uma regra

⁶⁵ Art. 75 (22) da Constituição da Argentina: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

para a incorporação dos tratados posteriores. O constituinte brasileiro não teve preocupação semelhante, por completo, à do argentino. A Emenda 45/2004 não atentou para a extensão da nova regra. Há, na redação do novo dispositivo, clara omissão quanto à situação jurídica dos tratados incorporados anteriormente.

Para a bibliografia jurídica, no entanto, se a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos porventura não estava clara na regra do artigo 5º, § 2º, presente desde a redação original da Constituição Federal de 1988, ou se ela foi afastada pelos Ministros ao longo dos anos nos casos envolvendo conflito entre norma internacional e doméstica, a nova regra tornava essa natureza constitucional evidente.

Mas, se a determinação da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos torna-se clara com a nova regra, o mesmo não pode ser dito da extensão que ela comporta em relação aos tratados ratificados anteriormente. O texto do artigo 5º, § 3º, prevê uma condição para que os tratados de direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais. Ele prevê o atendimento a um rito especial de votação: três quintos dos votos dos membros, nas duas Casas do Congresso e em dois turnos. Com isso, cria uma incongruência no sistema normativo, já que possibilita a interpretação de que existem tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais e tratados não equivalentes, dependendo do momento de sua promulgação – antes ou depois da EC 45/2004. Os tratados ratificados após EC/2004, submetidos ao rito especial, serão equivalentes às emendas, os demais não.

A doutrina tem argumentado pelo afastamento dessa incongruência, interpretando a extensão temporal da regra de modo a abarcar os tratados anteriores à EC 45/2004. Neste sentido é a lição de Piovesan (2010, pp. 72-73):

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandados pelo aludido parágrafo. Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo,

inclusive, o *quorum* de três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto (...). Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo (...) têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais contundente e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a 'constitucionalização formal' dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil."

O pressuposto é, como se observa, de que, por meio da atividade jurisdicional, o STF pode conferir interpretação que efetive as disposições protetivas da pessoa humana, superando-se incongruências legislativas. Deste modo, nessa dimensão analítica, interessa-nos verificar a extensão temporal conferida pelos Ministros a essa nova regra constitucional.

Art. 5º, § 3º, CF/extensão	Aplicável aos tratados anteriores à EC 45/2004	Aplicável aos tratados anteriores desde que o Legislativo submeta-os ao rito descrito no dispositivo	Aplicável aos tratados posteriores à EC 45/2004	Não menciona
Moreira Alves				X
Sydney Sanches				X
Sepúlveda Pertence	-	-	-	-
Celso de Mello			X	
Marco Aurélio				X
Ilmar Galvão				X
Ellen Gracie			X	
Gilmar Mendes		X		
Ayres Britto				X
Cezar Peluso				X
Joaquim Barbosa				X
Eros Grau				X
Lewandowski				X
Cármen Lúcia				X
Menezes Direito		X		

Com efeito, nas decisões selecionadas, nenhum voto considerou a aplicação da nova regra aos tratados ratificados antes de 2004, nem mesmo os defensores da posição da constitucionalidade dos tratados. O Ministro Gilmar Mendes, expoente da posição da suprallegalidade, aventou uma solução para a questão da aplicação temporal da nova regra. Considerou a possibilidade de o Legislativo submeter os tratados ratificados anteriormente a 2004 ao rito especial previsto no artigo 5º, § 3º, elevando-os, assim, ao patamar constitucional.

Para ele, o artigo 5º, § 3º, da CF/88 revela uma abertura constitucional ao direito internacional ou supranacional. Essa abertura comunga da tendência do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, buscando maior eficácia normativa e também uma

abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional. Apesar disso, o Ministro Gilmar Mendes é taxativo quanto ao sentido do artigo 5º, § 3º, CF/88:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais (STF, RE 349.703-1/RS, p. 717).

O Ministro reconheceu que a reforma constitucional, de fato, consagrou o caráter especial dos tratados de direitos humanos e acenou para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, majoritária no STF desde 1977. Mas ele não estendeu sua abrangência para considerar a natureza especial dos instrumentos ratificados no período anterior, deixando a cargo do Legislativo a atribuição de qualificação mais elevada aos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à EC/45. Essa solução é partilhada também pelo Ministro Menezes Direito.

O Ministro Celso de Mello, defensor da posição da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, considerou a nova regra aplicável apenas aos tratados ratificados após a Emenda Constitucional 45. Vale dizer, o Ministro não estendeu a regra aos tratados incorporados antes de 2004. De modo que os tratados internacionais sobre direitos humanos só serão considerados material e formalmente constitucionais se submetidos ao rito procedimental exigido pela cláusula do art. 5º, § 3º, CF. Apesar disso, com respaldo da regra do artigo 5º, § 2º, o Ministro Celso de Mello considerou a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados no período entre a promulgação da Constituição e a EC 45/2004, defendendo que tais tratados podem servir como parâmetro para o controle de convencionalidade (difuso) da legislação doméstica. A Ministra Ellen Gracie pareceu subscrever, nesse ponto, a posição defendida pelo Ministro Celso de Mello.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, filiados à posição da suprallegalidade dos tratados, concordaram que a regra do artigo 5º, § 3º, é aplicável apenas aos tratados votados segundo o procedimento previsto no dispositivo. Não mencionaram, todavia, a extensão temporal da regra, vale dizer, se admitem a solução aventada pelo Ministro Gilmar Mendes e acolhida pelo Ministro Menezes Direito, ou se fazem referência à submissão ao rito apenas dos tratados ratificados posteriormente a 2004.















Cumprir observar, ainda, que, dos 14 Ministros envolvidos no julgamento das decisões selecionadas, 10 não mencionaram a existência da regra ou não trataram da sua extensão temporal, razão pela qual foram agrupados na última classe analítica.

Os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cármen Lúcia não fizeram nenhuma menção à existência da nova regra. O Ministro Ilmar Galvão antecipou seu voto no RE 349.703, em 2003, antes da promulgação da EC 45/2004 pelo Congresso Nacional, mas mencionou a nova regra e transcreveu seu teor. No entanto, o Ministro não teceu considerações sobre sua abrangência temporal. O Ministro Cezar Peluso, por ocasião da confirmação dos votos nos RE 349.703 e 466.343, e com igual teor no voto do HC 87.585, na sessão de 03.12.2008, expressamente aderiu à posição da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos e mencionou a regra do artigo 5º, § 3º, da CF/88, sem, contudo, tratar da sua extensão temporal.

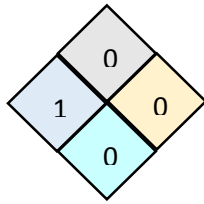
Assim, das quatro dimensões observadas, foi nessa em que obtivemos o maior número de Ministros agrupados na classe analítica “não menciona”. A questão da extensão da nova regra ficou aberta e poderá ser enfrentada por Cortes futuras.

3.5. Diagrama da posição final no tempo

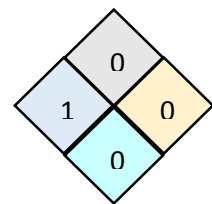
A classificação dos votos segundo as dimensões possibilitou agrupar as posições finais dos Ministros. Atribuímos cores e números a cada uma das classes analíticas.

Primeira dimensão		Segunda dimensão	
	Não menciona		Não menciona
	Expressamente não diferencia os tratados de direitos humanos		Legal
	Expressamente considera a natureza especial dos tratados de direitos humanos		Supralegal
			Constitucional
Terceira dimensão		Quarta dimensão	
	Não menciona		Não menciona
	Menciona sem atribuição de status constitucional		Aplicável aos tratados posteriores à EC 45/04
	Menciona com atribuição de status constitucional		Aplicável aos tratados anteriores desde que o Legislativo submeta-os ao rito
			Aplicável aos tratados anteriores à EC 45/04

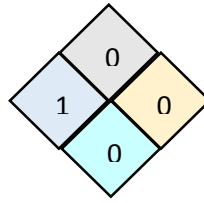
Moreira Alves



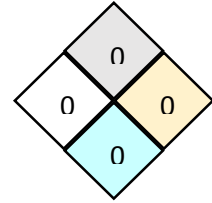
Sydney Sanches



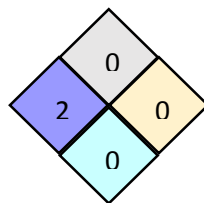
Marco Aurélio



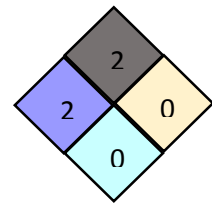
Joaquim Barbosa



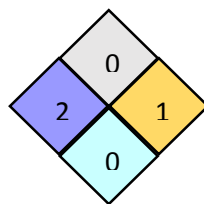
Lewandowski



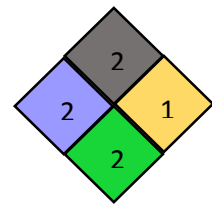
Cármem Lúcia



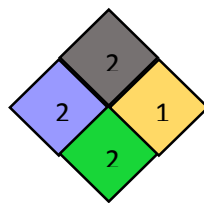
Ayres Britto



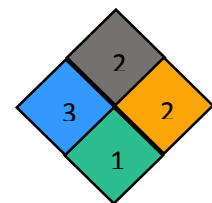
Gilmar Mendes



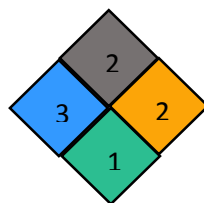
Menezes Direito



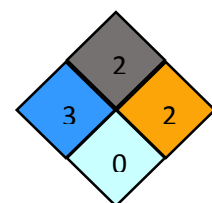
Celso de Mello



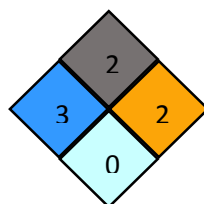
Ellen Gracie



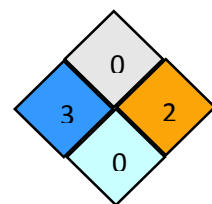
Ilmar Galvão



Cezar Peluso



Eros Grau



A partir do agrupamento das dimensões, destacam-se três grupos que guardam proximidade nas posições finais: 1) Moreira Alves, Sydney Sanches, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa; 2) Gilmar Mendes, Menezes Direito e Carlos Ayres Britto; 3) Ilmar Galvão, Celso de Mello, Ellen Gracie e Cezar Peluso.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Eros Grau são limítrofes, pois não preenchem duas das quatro dimensões. Se considerados segundo a posição que defendem acerca da hierarquia normativa dos tratados, podemos, então, agregar os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia ao segundo grupo, e o Ministro Eros Grau ao terceiro.

Tal como na etapa anterior, esse agrupamento não enfatizou, porém, as variações que eventualmente ocorreram entre os votos do mesmo Ministro entre as ações decididas. Dentre as cinco decisões selecionadas, quatro delas foram finalizadas no mesmo dia e versavam sobre a mesma questão: a constitucionalidade ou não da prisão civil do depositário infiel.

O objetivo, na etapa anterior, era mapear a posição de cada um dos Ministros sobre a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos, a partir da verificação de sua posição em quatro pontos controversos, no período pós-EC 45/2004. Se os casos foram decididos em um mesmo período, em conjunto, e versavam sobre as mesmas questões de fato e de direito, o que se poderia esperar é que houvesse pouca variação entre um voto do Ministro x sobre a questão y na sessão z e seu voto sobre a mesma questão, em outro caso, na mesma ou em outra sessão.

O diagrama abaixo detalha a posição de cada Ministro em cada uma das ações e em cada uma das dimensões analisadas.

3.6. Diagrama por ação e por sessão

	RE 349.703	RE 466.343	HC 87.585	HC 92.566	MIAGR 772-1
Moreira Alves	S1 				
Sydney Sanches	S1 				
Celso de Mello	S5 	S5 	S5 	S6 	S4
Marco Aurélio	S2 	S2 	S3 	S6 	A
Ilmar Galvão	S1 				
Ellen Gracie	S6 	S6 	S6 	S6 	A
Gilmar Mendes	S2 	S2 	S6 	S6 	S4
Ayres Britto		S2 	S6 	S6 	S4
Cezar Peluso		S6 	S6 	S6 	S4

Joaquim Barbosa		S2 	A 	A 	S4
Eros Grau	S6 	S6 	S6 	S6 	S4
Lewandowski	S2 	S2* 	S6* 	S6* 	S4
Cármem Lúcia	S2 	S2 	S6 	A 	A
Menezes Direito	S6 	S6 	S6 	S6 	S4

S1 (sessão dia 03.04.2003); S2 (sessão dia 22.11.2006); S3 (sessão dia 29.08.2007); S4 (sessão dia 24.10.2007); S5 (sessão dia 12.03.2008); S6 (sessão dia 03.12.2008) e A (ausente).

Sem preenchimento em todas as dimensões – não manifestou voto por ausência nas sessões de julgamento.
Preenchimento amarelo escuro em todas as dimensões – acompanhou a maioria.

Preenchimento amarelo claro em todas as dimensões – acompanhou voto Ministro (s) precedente (s).

Preenchimento vermelho em todas as dimensões – acompanhou o relator.

*Nestas ações, o Ministro Ricardo Lewandowski não deixou clara sua posição quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos, por isso, preenchemos na classe analítica “não menciona”. No entanto, nas ações decididas em turma, ele explicitamente se filia à posição da supralegalidade, razão pela qual no diagrama da posição final classificamos a posição do Ministro como “supralegal” na segunda dimensão.

Os detalhamentos das posições, por decisão e por sessão, mostram que nem todos os Ministros votaram da mesma maneira em todas as ações, muito embora as questões levadas a julgamento fossem da mesma natureza. Poucos Ministros enunciaram o mesmo voto e manifestaram opinião sobre cada dimensão analisada para decidir cada um dos casos.

As variações no padrão de enunciação dos votos no HC 92.566 e no MiAgr 772 podem ser explicadas. No caso do HC 92.566, sobre a mesma questão dos RE 349.703, RE 466.343 e HC 87.585, o debate em plenário centrou-se na revogação

da súmula 619 do STF⁶⁶. O HC 92.566 foi o último recurso a ser julgado naquela sessão e a finalização da discussão sobre a impossibilidade da prisão civil por dívida passava por essa súmula. O único Ministro que reafirmou tudo o que já havia dito nas outras decisões, mesmo que pelo recorte de trecho resumido, foi o Ministro Celso de Mello. Os demais não se pronunciaram acerca do conteúdo de todas as dimensões analíticas. Mesmo assim, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ayres Britto se pronunciaram sobre a hierarquia normativa dos tratados.

No caso do MiAgr 772, julgado também em sessão única, todos os Ministros seguiram o Ministro relator Celso de Mello, mas não o fizeram subscrevendo a posição do Ministro nas dimensões discutidas. De outro modo, seguiram o resultado do voto que entendeu que o direito de petição, protegido pelo Pacto de San José da Costa Rica, não conferia capacidade postulatória, como pleiteado pelo autor.

Se considerarmos os Ministros que manifestaram opinião em cada uma das dimensões e que repetiram o mesmo voto em outras ações, chegaremos a três: Gilmar Mendes, Celso de Mello e Menezes Direito. Estes Ministros repetem as mesmas posições em cada dimensão e em pelo menos três das ações.

Analisando o diagrama em conjunto com a *timeline* acima apresentada, o primeiro aspecto comum entre esses Ministros é o fato de que os três, e unicamente os três, pediram vista dos autos durante o julgamento das ações. O pedido de vista, no contexto dessas ações, pode sugerir um comportamento estratégico dos juízes.

O Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos do RE 349.703 na primeira sessão de julgamento, em 03.04.2003, ainda antes da promulgação da EC 45/2004, e o fez após os votos antecipados dos Ministros Ilmar Galvão, Sydney Sanches e Moreira Alves. O Ministro Ilmar Galvão, como já observamos, no conjunto das decisões analisadas, é o primeiro a defender a posição da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos e invocar a revisão da jurisprudência firmada, já tendo em vista a entrada em vigor da nova regra constitucional que seria incorporada, então, pela EC 45/2004.

⁶⁶ “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Os autos são devolvidos pelo Ministro Gilmar Mendes para julgamento em 31.10.2006, aproximadamente 3 anos e 6 meses após o pedido de vista. O voto do Ministro foi por afastar a posição da constitucionalidade dos tratados, alegando a supremacia da Constituição e questões de segurança jurídica, bem como construindo opinião detalhada sobre a adoção da posição da suprallegalidade como a mais adequada e juridicamente acertada. Esse voto é apresentado na segunda sessão, em 22.11.2006, nos autos do RE 349.703 e do RE 466.343 (que ingressou na Corte no lapso temporal entre a primeira e a segunda sessão). Excetuando-se os Ministros que votaram antecipadamente em razão da aposentadoria, o Ministro Gilmar Mendes é, portanto, o primeiro a votar sobre o tema após a promulgação da EC 45/2004.

Além da *timeline*, recorreremos à tabela que organiza as participações dos Ministros por sessão e à tabela que elenca a composição da Corte, nas datas de cada sessão, para compreender a lógica da decisão do Ministro Celso de Mello. Para tanto, as três primeiras sessões de julgamento são centrais.

Após os votos-vista do Ministro Gilmar Mendes nos RE 349.703 e RE 466.343, na segunda sessão, em 22.11.2006, o Ministro Celso de Mello pediu vista dos dois processos. Na terceira sessão, em 29.08.2007, após o voto do Ministro relator Marco Aurélio, também pediu vista dos autos do HC 87.585. Esse pedido de vista é formulado contrariando a ordem de votação.

No lapso temporal entre a primeira e a segunda sessões, a composição da Corte é alterada em mais da metade de seus membros: seis Ministros aposentaram-se, e seis novos ingressaram na Corte.

Na segunda sessão, em 22.11.2006, o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, de modo elaborado, defendeu a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos e afastou a aplicação da regra do artigo 5º, § 3º ao Pacto de San José da Costa Rica. Ele foi seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia na votação do RE 343.703. Na mesma sessão, os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto também votaram no

RE 466.703, mas não abordaram a discussão atinente à hierarquia normativa dos tratados.

O Ministro Sepúlveda Pertence estava ausente nas duas primeiras sessões, mas sua posição já era conhecida pelos demais Ministros, pois, desde o julgamento do HC 79.785 de 2000, defendia a posição da supralegalidade.

Então, observe-se que, nos REs 349.703 e 466.343, o pedido de vista do Ministro Celso de Mello ocorreu após o acúmulo de sete votos. Neste momento, a questão sobre a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel já estava definida, mas o debate sobre a hierarquia ainda era difuso e apenas dois Ministros haviam debatido efetivamente a questão: o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Ilmar Galvão. Essa questão poderia ser mais bem debatida no HC 87.585, já que, contrariando a ordem de votação, o pedido de vista do Ministro Celso de Mello ocorreu após o voto de apenas um Ministro, Marco Aurélio, que, por sua vez, também não enfrentou a questão da hierarquia.

A suposição é de que a posição do Ministro Celso de Mello visava definir o tema antes do voto dos pares e, com isso, promover a guinada da jurisprudência do STF rumo à aceitação da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, no HC 87.585 ou em processos posteriores.

Com efeito, os autos dos três processos foram devolvidos em 12.12.2007, isto é, aproximadamente um ano após a formulação do pedido de vista, nos REs 349.703 e 466.343, e quase quatro meses após o pedido no HC 87.585. Nessa ocasião, as chances do Ministro Celso de Mello de ver acolhida a posição da constitucionalidade pelos demais Ministros aumentou por conta da aposentadoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em 17.08.2007. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence poderia fortalecer a posição da supralegalidade. Alinhando-se com o Ministro Gilmar Mendes, poderia reforçar as razões para obter a adesão dos novos Ministros, notadamente daqueles que já haviam sinalizado inclinação ou simpatia com a posição do Ministro Gilmar Mendes: Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O pedido de vista do Ministro Celso de Mello, paralisando os julgamentos, e a devolução dos autos após a aposentadoria do Ministro Sepúlveda Pertence sugerem um cálculo estratégico com vistas a evitar que a posição da supralegalidade fosse reforçada e majoritariamente vencedora. Se cinco votos estavam sinalizados ou claramente definidos no sentido da supralegalidade, outros seis poderiam alinhar-se na defesa da constitucionalidade. Se o seu voto-vista trouxesse argumentos sólidos para a defesa da posição da constitucionalidade, poderia, com efeito, fomentar a constituição de uma maioria vencedora, seja pela adesão dos Ministros que votaram sem enfrentar a questão da hierarquia, seja pela adesão dos Ministros que não haviam votado.

Essa expectativa do Ministro Celso de Mello foi, no entanto, em parte frustrada. Na quinta sessão de julgamento, em 12.03.2008, o Ministro apresentou seu voto-vista nos três recursos, mas o Ministro novato, Menezes Direito, sucessor de Sepúlveda Pertence, pediu vista nas três ações, interrompendo, novamente, as votações.

A apresentação de fundamentação inovadora, elaborada e instigadora do debate na Corte não é regra nos votos-vista, como apontam estudos recentes sobre a deliberação no STF.⁶⁷ Contudo, o voto-vista do Ministro Menezes Direito construiu argumentação nova, aparentemente seguindo caminho diferente do percorrido pelo

⁶⁷ Em sede de controle de constitucionalidade, o trabalho de Ribeiro (2011) procurou analisar os votos-vista segundo seu potencial para promover deliberação ou não no STF. Classificou um voto-vista que não promove deliberação como aquele que apenas repete razões de votos anteriores, não se dirigindo ao diálogo, a uma "deliberação naquele sentido de troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção" (Ribeiro, 2011, pp. 22-22). De outro modo, voto-vista que promove deliberação pode ser dito daquele que é apresentado dentro de prazo adequado, dialoga com os votos precedentes e enfrenta as questões relevantes levadas ao julgamento, contribuindo para o debate na Corte. Ao fim da pesquisa, Ribeiro identificou 11 votos que promoveram deliberação e 19 votos que não promoveram deliberação.

Em estudo sobre vícios do processo decisório no STF, Klafke (2010) aponta a má utilização do instituto do voto-vista como prejudicial à deliberação coletiva. Dentre os malefícios está a falta de diálogo dos votos-vista com os votos precedentes, a respeito do qual Klafke observa: "Em geral, esses votos apresentam mais citações doutrinárias e menos referências às posições dos outros Ministros. Ao todo, nosso universo de pesquisa conta com quatro votos-vista no Caso do PARANAEDUCAÇÃO (ADI 1864/PR) e três no Caso do monopólio dos Correios (ADPF 46). Desses, metade foi identificada por mim como relacional e metade como não relacional" (Klafke, 2010, p.112).

Ministro Gilmar Mendes, mas que, ao final, corroborou a posição da supralegalidade defendida por esse Ministro. Essa posição foi amplamente louvada pelos Ministros em plenário.

Assim, na última sessão de julgamento, em 03.12.2008, após a apresentação do voto-vista do Ministro Menezes Direito, o julgamento dos REs 343.703 e 466.343 e do HC 87.585 foi finalizado. Nessa sessão também foi julgado o HC 92.566. O resultado final na dimensão analítica da hierarquia normativa foi: os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau se alinharam na defesa da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos; Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito defenderam, fundamentalmente, a posição da supralegalidade. Os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa não perfilharam nenhuma das duas posições. Esse também é o balanço final feito por Celso de Mello:

Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nessa causa, pois além do Ministro Marco Aurélio – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das (02) duas correntes em discussão (critério da supralegalidade x critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica –, também o Ministro Joaquim Barbosa não se pronunciou sobre essa específica questão (HC 92.566, p.).

Identificamos o Ministro Marco Aurélio como filiado, ainda, à tese da legalidade dos tratados, apesar de sua posição ser indefinida na visão dos pares. Mas, se o Ministro Joaquim Barbosa houvesse manifestado sua opinião e eventualmente aderido à tese da constitucionalidade, poderíamos ter um empate nesse placar, com cinco defensores da supralegalidade e cinco defensores da constitucionalidade.

Seja como for, a composição atual do STF já não é mais a mesma de 2008. Desta composição apenas seis Ministros permanecem na Corte: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa. Cinco novos Ministros ingressaram: Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Se a questão da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos voltasse hoje ao plenário e ainda não houvesse definição do Legislativo quanto à extensão temporal da regra do artigo 5º, § 3º, da CF/88 (inserida pela EC 45/2004), não poderíamos afirmar, de maneira categórica, qual seria o novo placar no STF. No entanto, contando que os Ministros que se posicionaram em relação à questão mantenham a sua filiação em um novo julgamento, podemos esboçar uma previsão.

O Ministro Gilmar Mendes manter-se-ia como fiel defensor da supralegalidade, seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. A eles se uniria o Ministro Joaquim Barbosa, que considerou a hierarquia supralegal de Convenção da OIT aprovada antes da Emenda, no voto proferido na ADIN 1625, conforme aponta o informativo 549 do STF, de 03/06/2009⁶⁸. O grupo seria reforçado pela adesão dos Ministros Luiz Fux e Teori Zavaski, que, quando Ministros do Superior Tribunal de Justiça, sinalizaram aceitação da tese vencedora da supralegalidade, como se extrai, por exemplo, dos votos proferidos nos HC 92.197-SP/2009, REsp 755.479-RS/2009 e REsp 914.253-SP/2010.

Assim, sem precisar indagar a posição futura dos demais ministros, já teríamos como sugerir que a supralegalidade continuará majoritária.

⁶⁸ O julgamento da ADIN 1625 ainda não foi concluído. Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa considerou a Convenção 158 da OIT como tratado de direitos humanos dotado de natureza supralegal. Sobre o voto do Ministro, descreve o informativo 549 do STF: “Quanto à segunda circunstância, disse que a Convenção sob análise não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004, a essa Convenção. No ponto, afirmou que, apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuísem estatura constitucional, seria plausível defender que possuísem estatura supralegal, porém infraconstitucional. Reconhecido o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção 158 da OIT como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional. Do contrário, permitir-se-ia que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo, e, ainda, que o Poder Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.”

3.7. Considerações finais

A partir da aplicação da metodologia proposta no capítulo anterior às decisões selecionadas, tinha-se a pretensão de melhor compreender a lógica da tomada de decisão no tema da incorporação dos tratados de direitos humanos. As dimensões escolhidas para explorar a questão são centrais dentro do tema selecionado.

A primeira dimensão tem um caráter mais geral que as demais e pode ser utilizada para estudar muitas outras decisões do STF sobre tratados internacionais de direitos humanos. A constatação de se os Ministros lidam com a normatividade internacional de direitos humanos de modo diferenciado do que o fazem com os instrumentos internacionais comerciais é um primeiro passo, por exemplo, para discutir a postura do Tribunal na recepção dos tratados (e sua inclinação monista ou dualista) ou sua ação no contexto da política de direitos humanos do Estado.

Nas decisões analisadas, o resultado encontrado foi literalmente equilibrado. Metade dos Ministros considerou expressamente a natureza especial dos tratados de direitos humanos em comparação com os tratados comuns. A outra metade não teceu qualquer consideração a respeito, mas nenhum Ministro, de modo expresso, equiparou a natureza dos tratados de direitos humanos à dos tratados sobre outras matérias. Essa é uma mudança em relação à postura anterior da Corte, notadamente após 1977, em que predominava a não distinção entre os tratados de direitos humanos e os tratados comuns. A “mentalidade” dos Ministros mudou em relação a esse aspecto.

Do ponto de vista do debate empreendido no primeiro capítulo, esse comportamento tendente a considerar expressamente a natureza especial dos tratados de direitos humanos pode ser resultado do próprio ambiente institucional. No Brasil, há uma relação entre o processo de redemocratização pós-85 e a política de incorporação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e a ampliação de uma agenda política nacional em consonância com uma tendência

de internacionalização dos direitos humanos (Piovesan, 2003). Ao final da década de 1980 e durante a década de 1990, o Brasil ratificou os principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e promoveu inúmeras inovações legislativas sobre o assunto.⁶⁹ Junte-se a isso que, ao longo das últimas décadas, o debate público e os inúmeros casos decididos pela Corte sobre questões atinentes à dignidade da pessoa humana e à violação de direitos humanos definiram, ou deixaram mais evidente, a importância dos tratados de direitos humanos. A ideia é que essa atmosfera institucional constrange “as escolhas através da estruturação de incentivos, mas também molda as preferências influenciando ideias” (Whittington, 2000, p.615).

Por outro lado, os Ministros são indivíduos politicamente orientados e atuam estrategicamente para ver sua posição preferida refletida no direito ao longo do tempo (Epstein e Knight, 1998; Knight, 2001). Considerar expressamente a natureza especial dos tratados de direitos humanos pode comprometer uma argumentação que se dirige a afastar a atribuição de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos ou que busca manter vínculos com a tradição decisória da Corte. Algumas vezes, o silêncio pode ser estratégico.

Sete foram os Ministros que consideraram expressamente que os tratados de direitos humanos têm natureza especial. Destes, quatro filiaram-se à posição da constitucionalidade – Ministros Celso de Mello, Ilmar Galvão, Ellen Gracie e Cezar Peluso – e três à posição da suprallegalidade – Ministros Gilmar Mendes, Menezes

⁶⁹ Dentre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 podemos destacar: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1984); a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989); a Convenção Sobre os Direitos da Criança (1990); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1992); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992); o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996); Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte (1996); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1997); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995); e Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998); Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (2007) e Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (assinada em 2007).

Direito e Cármen Lúcia. Os Ministros Gilmar Mendes e Menezes Direito são os únicos defensores da hierarquia supralegal que admitem que os tratados anteriores à EC 45/2004 possam galgar *status* constitucional se submetidos ao procedimento previsto na regra do § 3º, artigo 5º, da CF/88. No conjunto de decisões estudadas, os votos da Ministra Cármen Lúcia são breves e vagos. Pela leitura desses votos, classificamos sua posição como fazendo parte do grupo que defende a supralegalidade dos tratados, primeiro porque não houve, durante os debates, qualquer objeção da Ministra em sentido contrário e, segundo, porque ela adere expressamente à posição dos Ministros Gilmar Mendes e Menezes Direito. Na última sessão de julgamento, no voto do HC 87.585, defendeu:

Manifestei-me sobre a matéria e afirmei exatamente que o espírito da Constituição está na ética dos direitos humanos que faz, tal como asseverou o Ministro Menezes Direito, desde sempre, com que o Supremo Tribunal Federal se manifeste de uma forma especial sobre a matéria e dote de uma hierarquia especial ou pelo menos de uma natureza especial as leis e os tratados que tratam dessa matéria.” (HC 87.585/TO, p. 331)

A segunda dimensão buscou mapear as posições dos Ministros sobre a hierarquia normativa dos tratados no ordenamento interno. O debate em plenário centrou-se em torno das teses da supralegalidade e da constitucionalidade. A tese da supraconstitucionalidade sequer ganha um representante e a da legalidade é conscientemente enterrada.

O marco inicial dos novos rumos do debate, no conjunto das decisões selecionadas, é o voto antecipado do Ministro Ilmar Galvão, no RE 343.703. Este Ministro modificou sua posição e passou a defender a posição da constitucionalidade dos tratados ainda em 2003, antes, portanto, da promulgação da EC 45/2004. A grande antítese desse voto, e que acabou por influenciar todo desenrolar do debate (quicá o resultado final), é o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no mesmo recurso. Este voto se repetiu, em termos idênticos, nos RE 466.343 e HC 87.585. O Ministro resgatou a posição da supralegalidade defendida “ainda sem certezas suficientemente amadurecidas” pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no plenário em 2000. A nossa leitura sugere que o voto do Ministro Gilmar

Mendes levou em consideração dois aspectos importantes para amadurecer as razões do Ministro Sepúlveda Pertence. De um lado, os valores atrelados à posição da legalidade, tradicional na Corte, e consubstanciados nos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica. De outro lado, a reforma constitucional e a inserção do § 3º no artigo 5º, que mudou a perspectiva do debate. Por ora, basta dizer que a “invenção” da supralegalidade se mostrou como o caminho para compatibilizar esses dois aspectos. A tese da supralegalidade é, então, a grande síntese dessa dialética. Voltaremos a analisar a lógica dessa tese no capítulo subsequente, a partir de um estudo mais amplo do debate sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos e a EC 45/2004.

Na terceira dimensão, a ideia era saber como os Ministros lidaram com a regra do artigo 5º, § 2º, já que ela estava presente desde o *design* original da Constituição Federal de 1988. Essa regra possibilitava a interpretação de que os tratados de direitos humanos possuem natureza materialmente constitucional. O resultado não foi surpreendente. Apenas os defensores da posição da hierarquia constitucional recorreram à regra para construir sua argumentação. Dentre os defensores da supralegalidade, três mencionaram o dispositivo, mas afastaram qualquer interpretação que levasse à consideração do *status* constitucional. Por fim, seis dos catorze Ministros que participaram dos julgamentos sequer mencionaram a existência da regra. Com isso, a conclusão que se impõe é óbvia, mas deve ser dita: a interpretação conferida pela doutrina ao dispositivo não foi completamente autenticada pela Corte.

A quarta dimensão buscava verificar a extensão temporal atribuída pelos Ministros à nova regra do artigo 5º, § 3º, incluída pela EC 45/2004. Nenhum Ministro considerou a aplicação da regra aos tratados ratificados em período anterior à EC/45. Sobre o problema da extensão temporal da regra, a novidade está no arranjo sugerido pelo Ministro Gilmar Mendes e acolhido pelo Ministro Menezes Direito. A solução seria deixada a cargo do Legislativo. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a 2004 seriam infraconstitucionais, mas dotados do atributo da supralegalidade em razão da natureza especial de suas disposições,

cabendo ao Legislativo decidir pela atribuição a eles de *status* constitucional, submetendo-os ao procedimento de votação previsto na nova regra constitucional.

A interessante constatação dessa quarta dimensão é o grande número de votos que não faz menção à extensão da nova regra. Dez dos catorze Ministros ou não mencionaram a existência da nova regra ou, apesar de a mencionarem, não trataram da sua extensão. Sobre essa quarta dimensão, voltaremos a perquirir sua lógica após os debates apresentados no próximo capítulo.

Por enquanto, o que podemos sugerir é que, naquele momento pós-reforma, se os Ministros tivessem estendido a regra para abranger os tratados incorporados ao sistema jurídico antes de 2004, considerando-os formalmente constitucionais, poderiam abrir espaço ao controle concentrado de constitucionalidade da normatividade interna com base nesses instrumentos internacionais e, com isso, aumentariam a demanda processual sobre o STF. Mas, se parte do esforço da Reforma do Judiciário, consubstanciada na Emenda 45/2004, era por aliviar a pesada carga processual do STF, então a consideração de que a nova regra do § 3º, artigo 5º, abrange os tratados anteriores poderia ensejar uma série de novas demandas com base em todos os tratados ratificados anteriormente. Assim, a lógica de não promover a extensão temporal dessa regra se coaduna com a própria lógica da reforma.

CAPÍTULO 4. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: MUDANÇAS NA TRADIÇÃO JURÍDICA

Law is the material with which judges work, and politics is a component of what they try to do with law. (Clark e Lauderdale, 2012, p.329)

4.1. Introdução

O tema das decisões selecionadas para a análise nesta dissertação envolveu a discussão sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da introdução do § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional 45/2004.

Esse dispositivo ensejou a (re)discussão no STF da posição hierárquico-normativa das normas internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, especialmente dos tratados ratificados antes da Emenda 45. Ele colocou em jogo a constitucionalização da normativa internacional.

Nesse sentido, é preciso observar que qualquer processo de constitucionalização de direitos é, antes de tudo, um movimento político e tem o condão de tirar certas questões da arena de deliberação democrática como uma maneira de resguardar o Estado e a sociedade de erupções de futuras arbitrariedades políticas. Esse aspecto da constitucionalização de direitos é comumente ilustrado pelo conto mítico de Ulisses e o canto das sereias, narrado por Homero, no Livro XII da Odisseia (Elster, 1990; Vilhena, 1997).

Durante sua viagem, Ulisses é avisado pela deusa Circe de que enfrentaria provações, de que, ao passar pelos rochedos, encontraria as sereias. O canto das sereias, por seu fascínio, desviaria os homens do seu caminho e levaria à ruína a embarcação. A deusa orientou Ulisses a tampar os ouvidos de todos com cera para que, surdos, não se entorpecessem pelo canto inebriante das sereias. Ciente do perigo e atento aos conselhos da deusa, Ulisses ordena aos seus homens que o amarrem ao mastro do barco e que em nenhuma circunstância o soltem. Passando

pelas rochas da ilha das Sereias, elas cantam harmoniosamente, dizendo: “Tem-te, honra dos Aqueus, famoso Ulisses; nenhum passa daqui, sem que das bocas nos ouça a melodia, e com deleite e instruído se vai. Consta-nos quanto o céu vos molestou na larga Tróia, quanto se faz consta *n’alma terra*” (Homero, 1996, p. 226). Ulisses ouve as sereias cantantes, que não desejava ouvir, e pede que o soltem, mas os marinheiros, encurvados, continuam remando, dois deles, Perimedes e Eurículo, com mais corda o apertam. O perigo acaba por passar.

Os arranjos institucionais são como os artifícios de Ulisses. Eles garantem que não exista força motriz alguma para mudar o plano traçado. As Constituições são mecanismos que limitam o corpo político estabelecendo, como as amarras de Ulisses, restrições para prevenir contra decisões das futuras majorias.

No que diz respeito ao Direito Internacional, o raciocínio não é diferente. O estudo de Ginsburg, Chernykh e Elkins (2008) esclarece que, ao elaborar uma nova Constituição, os constituintes procuram projetar instituições políticas estáveis e viáveis para sua sociedade e deparam-se com um conjunto de escolhas que envolvem o tratamento do direito internacional. Dentre essas escolhas, a mais importante diz respeito ao *status* que será conferido às disposições internacionais no ordenamento interno.

Observando as mais diversas constituições em todo o mundo, os autores constatarem que há grande variedade de maneiras através das quais os Estados tratam o direito internacional no âmbito doméstico. Alguns Estados conferem aos tratados autoridade superior à legislação doméstica, projetando uma Constituição mais “internacionalista”. Outros exigem que o direito internacional seja incorporado ao ordenamento interno de maneira específica pela legislação doméstica, ou lhes conferem uma posição inferior a essa legislação, desenhando, assim, uma Constituição menos “internacionalista”.

Seja como for, na era global, em razão da variedade crescente de tratados destinados a regular o comportamento doméstico, essa questão assume relevância política. Tomando como ponto de partida a teoria de Ginsburg (2006), os autores tratam as constituições como um mecanismo de prévio comprometimento político

(*precommitment*), que conforma as possibilidades de ação dos futuros políticos (e aqui cabe a metáfora de Ulisses e as sereias).

Ginsburg, Chernykh e Elkins (2008) exemplificam o sentido da noção de *precommitment* recorrendo à figura de um político que faz promessas à coletividade. Tentando estabelecer uma autoridade legítima, o político pode prometer comportar-se com moderação, zelando pela proteção das liberdades e direitos dos cidadãos. Os indivíduos dessa coletividade podem acreditar na sinceridade do político, ou podem duvidar de suas promessas, pois sabem que elas podem mudar. Assim, a promessa do político só terá valor se os indivíduos acreditarem que ele não mudará sua mentalidade. Ele deve, portanto, fazer uma promessa crível. E é nesse contexto que as constituições ajudam, porque amarram as mãos do político, engessando suas promessas no texto constitucional. Com isso, eles podem incrementar sua autoridade e legitimidade.

Destarte, o direito internacional pode servir como um mecanismo de *precommitment* político. Seu reconhecimento pelos *designers* das constituições tem o condão de obrigar os Estados e limitar as opções dos políticos. A incorporação dos tratados internacionais na ordem constitucional e a atribuição de *status* superior a eles são maneiras de promover esse *precommitment*.

Com efeito, a constitucionalização dos tratados de direitos humanos pode ocorrer por uma decisão do Legislativo nacional durante a elaboração de uma nova Constituição ou por ocasião de uma reforma constitucional. Esse é o *precommitment* político tradicional. Ela pode, por outro lado, ser resultado de decisões dos tribunais domésticos, notadamente da Suprema Corte do país, que escolhem reconhecer o patamar constitucional dos direitos humanos provenientes de tratados. Parte fundamental da ascensão do “novo constitucionalismo” tem se dirigido à promoção de direitos por meio de tribunais independentes e pela revisão judicial (Sandholtz, 2012). Daí falarmos em *judicial constitutionalization* ou constitucionalização judicial de direitos.

Manuel Eduardo Góngora Mera (2011) explica que a expressão *judicial constitutionalization*, na América Latina, está ligada ao processo de

constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos através da atividade de interpretação convencional e constitucional realizada pelas cortes domésticas. Por esse processo, os juízes empregam doutrinas que permitem o reconhecimento do caráter constitucional dos tratados. Dentre as doutrinas empregadas estão a do controle de convencionalidade e do bloco de constitucionalidade.

Nesta linha de ideias, a suposição é de que os juízes da mais alta Corte são atores importantes na interpretação e aplicação da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Em razão disso, podem escolher promover ou não a constitucionalização dessa normativa internacional. Assim, partimos do debate sobre a incorporação dos tratados e o papel que o STF tem exercido, ao longo do tempo, nesse contexto, para apresentar uma análise das mudanças na tradição jurídica expressa na jurisprudência da Corte.

4.2. Três momentos do debate e a mudança na tradição

A questão da incorporação dos tratados remete, antes de tudo, à relação entre direito interno e direito internacional. Tradicionalmente, os teóricos do direito internacional têm utilizado os conceitos de monismo e dualismo para descrever a relação entre a ordem doméstica e a ordem internacional. A classificação de um Estado como monista ou dualista tem a ver com a forma pela qual se articula a relação entre direito interno e internacional. Um Estado será monista se entender que a ordem jurídica interna e a internacional formam um único ordenamento jurídico. De outro lado, será dualista se entender que há uma separação entre direito interno e internacional. As ordens jurídicas não se relacionam, exceto por mecanismos previstos pelo próprio ordenamento jurídico interno. Tal classificação se desdobra em vertentes moderadas e radicais, propugnando ora a primazia do direito interno, ora do direito internacional⁷⁰.

⁷⁰ Sobre o debate em torno do monismo e dualismo ver Couto (2003).

A relação entre o interno e o internacional leva, também, a doutrina e a jurisprudência à discussão sobre o *status* dos tratados internacionais no ordenamento interno. Esta é uma questão importante para os Estados que garantem direitos humanos. Os tribunais nacionais são frequentemente chamados a se pronunciar sobre o papel dos catálogos de direitos fundamentais consagrados, de um lado, na Constituição doméstica e, de outro, previstos em tratados internacionais ratificados pelos Estados (Malinverni, 2006).

Wayne Sandholtz (2012) ressalta que as disposições constitucionais que consideram os tratados detentores de *status* igual ou superior à lei doméstica indicam a adoção de um sistema monista, em que o direito internacional e o direito interno são partes de uma única ordem jurídica. Mas a distinção formal ou teórica entre os sistemas monista e dualista nem sempre se alinha com a prática judicial. As doutrinas e as práticas adotadas pelos tribunais nacionais influenciam e determinam a incorporação dos tratados na ordem interna. É possível que a previsão constitucional do *status* superior dos tratados esteja apenas no papel.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Constituição estabelece que os tratados são “lei suprema do país” (*Law of the Land*), mas os tribunais federais têm desenvolvido entendimentos que dificultam a sua incorporação à ordem interna. Através da consideração de que existem tratados *self-executing* e *non-self-executing*, os tribunais têm restringido a aplicação dos tratados ratificados pelos EUA, de modo que, na prática, eles não são superiores à lei, apesar da previsão da *Supremacy Clause*.

Além disso, Neuman (2003) chama atenção para o fato de que a elevação formal de um tratado de direitos humanos ao *status* constitucional não tem necessariamente consequência. Em uma sociedade em que a Constituição é constantemente violada, esse pode ser um gesto vazio. Assim, não basta a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos para que eles tenham efeito na ordem interna. Para isso é preciso que as instituições nacionais, bem como os juízes, assegurem a aplicação desses tratados.

Apesar disso, Sandholtz (2012b) sugere que constituições, tratados e tribunais domésticos independentes são três elementos que influenciam o desempenho de um país no campo dos direitos humanos. Os efeitos dos tratados sobre direitos humanos podem ser mais positivos nos países cujas constituições atribuem *status* superior ao tratado na ordem jurídica interna, pois os tribunais podem ser mais propensos a reconhecer o direito previsto nos tratados. Da mesma forma, quanto mais independentes dos poderes políticos forem os tribunais, mais propensos estarão a dar cumprimento à lei internacional de direitos humanos, especialmente quando a Constituição reconhece o direito dos tratados.

Com efeito, o sistema jurídico de cada país lida de modo diferente com a relação entre a ordem jurídica interna e internacional. No Brasil, predominantemente, existem quatro vertentes que definem a hierarquia (*status*) normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno. Elas foram desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência: 1) hierarquia legal; 2) hierarquia supralegal; 3) hierarquia constitucional e 4) hierarquia supraconstitucional.

A vertente da hierarquia legal não diferencia os tratados internacionais gerais e os tratados internacionais sobre direitos humanos, equiparando-os às normas infraconstitucionais.⁷¹ Essa posição está presente na jurisprudência do STF desde 1977, propugnando que os tratados internacionais, uma vez incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade das leis ordinárias, havendo entre elas uma relação de paridade normativa.

A segunda vertente diferencia os tratados internacionais sobre direitos humanos dos demais acordos internacionais, justificando a hierarquia supralegal

⁷¹ De modo resumido, Luís Roberto Barroso explica a classificação das normas jurídicas segundo sua hierarquia: “O ordenamento jurídico, como se sabe, é um sistema hierárquico de normas em cujo topo está a Constituição. Normas constitucionais são criadas pelo poder constituinte originário ou reformador e, normalmente, estarão integradas em uma Constituição escrita e rígida. Esse critério leva em conta o aspecto formal de criação e inserção da norma no texto constitucional, sendo indiferente o seu conteúdo. As normas que figuram na Constituição formal do Estado são dotadas de supremacia, desfrutando de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema. Normas infraconstitucionais são todas as demais normas do ordenamento jurídico, editadas pelos poderes constituídos, e que não desfrutam de estatura constitucional” (Barroso, 2012, p.214).

dos primeiros. Ela não os equipara, porém, às normas constitucionais, em razão do princípio da supremacia da Constituição. Deste modo, os tratados internacionais de direitos humanos são infraconstitucionais, mas, em função de sua natureza especial em relação aos demais tratados, são dotados do atributo da supralegalidade. Essa posição, no Brasil, parte de uma “invenção” jurisprudencial, tendo aparecido pela primeira vez no plenário do STF em voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 79.785, julgado em 2000⁷².

A terceira vertente, a da hierarquia constitucional, propugna que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm natureza especial e são equivalentes às normas constitucionais. Essa vertente parte da interpretação de que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF/88 estabelecem a aplicabilidade imediata e o *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A solução de eventual conflito entre norma doméstica e norma internacional deve ter como parâmetro a aplicação da norma mais protetiva do indivíduo. Dentre os mais paradigmáticos defensores dessa posição estão Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

Por fim, a quarta vertente defende a supremacia do direito internacional em relação ao direito interno, significando que as normas provenientes dos tratados internacionais sobre direitos humanos gozam de *status* superior em relação às normas constitucionais. No contexto brasileiro, o jurista Celso D. De Albuquerque Mello é o nome mais lembrado dentro dessa posição.

No âmbito jurisprudencial, o debate no Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia normativa dos tratados sobre direitos humanos se dá, justamente, nos casos de conflito entre normas do direito interno e de tratados internacionais. Esses casos de antinomia constituem, para os Ministros, oportunidades de construção de entendimentos e de manifestação de preferências sobre a política do direito internacional dos direitos humanos.

⁷² No âmbito do direito comparado, essa posição hierárquico-normativa atribuída aos tratados não é nova. Ela está prevista, por exemplo, nas Constituições da Alemanha, Grécia, Itália, França, Costa Rica, El Salvador e Paraguai.

A análise da jurisprudência do STF sugere a existência de três momentos: 1) período anterior a 1977; 2) período posterior a 1977; e 3) período posterior a 2004.

Com efeito, acerca do conflito entre norma internacional e doméstica no período anterior a 1977, a literatura⁷³ destaca a existência de algumas decisões isoladas e esporádicas do STF sobre a questão da hierarquia normativa. O que se verifica nelas é a consagração do primado do Direito Internacional sobre a legislação interna⁷⁴.

Dentre essas decisões está o Pedido de Extradução nº 07 de 1913, declarando que um tratado internacional não é revogado por uma lei posterior conflitante. Igualmente, na Apelação Civil nº 7872-RS de 1943, em caso que envolvia tratado internacional assinado entre Brasil e Uruguai prevendo isenção de direitos aduaneiros, o entendimento da Corte foi no sentido da prevalência do tratado, que tinha o condão de revogar a legislação anterior e não poderia ser revogado por lei posterior. No mesmo sentido, na Apelação Civil nº 9587, de 1951, o STF decidiu, de forma unânime, que um tratado revoga as leis anteriores, não podendo ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou não o denunciarem. Merece menção, ainda, o acórdão proferido no RE 71.154 em 1971, envolvendo a Lei Uniforme sobre o cheque adotada pela Convenção de Genebra de 1931 e conflitante com o Decreto 2.044 de 1908. Nesse acórdão, o STF declarou que o tratado havia sido formalmente incorporado ao direito interno e, portanto, tinha o poder de submeter a legislação infraconstitucional.

⁷³ Cf MELLO, Celso D. Albuquerque. Direito Internacional Público. Vol. I, 10 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Organização de Alberto do Amaral Junior e Liliana Lyra Jubilut. São Paulo: Quartier Latin, 2009. COUTO, Estevão Ferreira. A Relação entre o Interno e o Internacional – Concepções Cambiantes de Soberania, Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷⁴ Sobre as decisões desse período, Vinícius Fox Cançado Trindade comenta: “Na época, o então Ministro Philadelpho Azevedo – que posteriormente foi eleito juiz da CIJ – já advertia que ‘(...) um país não pode modificar o tratado sem o acordo dos demais contratantes’; trata-se, pois, da regra da imodificabilidade unilateral dos tratados, que é nada mais que um corolário da norma fundamental *pacta sunt servanda*. Sendo assim, a postura do judiciário brasileiro caminhava naturalmente em direção a uma abertura do sistema jurídico interno ao internacional” (Trindade, 2009, p. 215).

No ano de 1977 verifica-se uma reversão nessa matéria. Em 01/06/1977, durante o governo Geisel, o STF prolatou decisão no RE 80.004-SE modificando o posicionamento anterior e adotando, majoritariamente, uma posição de inclinação dualista, considerando que os tratados e convenções internacionais tinham *status* de lei ordinária. A decisão foi tomada por oito Ministros, três não participaram do julgamento, dentre eles o Ministro Moreira Alves, nomeado por Geisel em junho de 1975, em razão de impedimento.

O julgamento, composto de seis sessões plenárias, estendeu-se de setembro de 1975 a junho de 1977, e é considerado um *leading case* e marco da mudança de orientação jurisprudencial do STF, nos casos sobre conflito entre tratado internacional e legislação interna. O caso envolvia a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663/66, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69. A Corte declarou que a lei posterior revoga o tratado anterior (*lex posterior derogat priori*).

Couto (2003) observa que o interessante desse julgado é que cada Ministro fundamentou seu voto de maneira diferente, enfatizando ou deixando de enfatizar diferentes aspectos da questão. O voto do Ministro Xavier de Albuquerque foi o único que manteve a posição anterior, no sentido da prevalência da norma internacional sobre a interna.

A doutrina não tem poupado críticas a essa decisão, salientando que a Corte de 1977 ignorou as consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, afrontando, inclusive, o disposto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, que vedava o término de tratado por mudança superveniente no seu direito (Mello, 1994; Piovesan, 2009, p. 136)⁷⁵. Trindade (2009) ressalta que esse endurecimento da Corte em 1977, durante o governo militar, está atrelado a um fenômeno também observado na América Latina:

⁷⁵ Nesse sentido: “Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato de denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional” (Piovesan, 2009, p.136).

Mas esse fechamento ao Direito Internacional não ocorreu apenas no Brasil; governos autoritários como do Paraguai, Argentina, Chile e posteriormente, Peru, também se isolaram dentro do seu respectivo Direito Interno. Quando muito, estes Estados ratificavam alguns tratados de direitos humanos mas não lhes davam efetividade no plano interno. Exemplo disso é o Chile, que ratificou o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, em 1972, mas deixou de publicá-lo por vários anos no Diário Oficial – por esse motivo, o governo chileno sustentou que o Pacto não valia internamente. (Trindade, 2009, p. 215)

De fato, o clima político internacional não era tranquilo nesse período. Conforme explica Moniz Bandeira (1989), no plano da política externa, o governo Geisel (1974-1978), é marcado por atritos com o governo dos EUA. Pautado pelo nacionalismo de fins, a política do regime era direcionada à expansão do capitalismo monopolista do Estado e imbuída do objetivo de desenvolver a tecnologia do país. Esse objetivo levou o governo a reexaminar a política nuclear e o acordo com os EUA, firmado na década de 50, para a instalação da usina em Angra dos Reis. O sentimento era de que a dependência em relação aos Estados Unidos para o fornecimento de urânio enriquecido tornava o Brasil vulnerável, na medida em que os brasileiros operavam apenas a usina de Westinghouse em Angra dos Reis, mas não detinham domínio e conhecimento sobre a construção do reator. Em 1974, os EUA colocaram o contrato de fornecimento de urânio de 45 reatores estrangeiros sob ressalva, dentre os quais o brasileiro. Essa medida irritou o governo Geisel, que, buscando cooperação de outros países para a produção nuclear brasileira, acabou por conseguir acordo com a Alemanha, em 1975. O acordo envolvia a implantação de todo o ciclo de tecnologia nuclear no Brasil, inclusive o enriquecimento do urânio. Isso desencadeou violenta reação dos EUA, que, na tentativa de inviabilizar o acordo, empreenderam todos os meios de pressão sobre o Brasil e a Alemanha. O temor era de que o Brasil tivesse autonomia para desenvolver a bomba atômica, inclusive porque não havia se comprometido com o Tratado de Não-Proliferação das Armas Nucleares. O governo norte-americano temia que, dada a instabilidade política mundial, surgisse outro Fidel Castro na América Latina, e ainda com acesso a armas nucleares.

A relação entre Brasil e EUA estremeceu também no âmbito do comércio bilateral, com controvérsias acerca das exportações de manufaturas do Brasil, que sofreram sobretaxas aduaneiras, sob a alegação dos EUA de que elas recebiam subsídios. Na tentativa de melhorar o clima, os dois países assinaram, em 1976, o *Memorandum* de Entendimento, que estabeleceu mecanismos de consulta bilateral, com vistas a promover contatos e comunicações frequentes entre os dois governos. Apesar dos esforços diplomáticos, a assinatura de tal *Memorandum* causou críticas severas nos EUA, em razão das práticas contrárias aos direitos humanos empreendidas pelo regime militar brasileiro, não obstante fossem notórias as tentativas do governo Geisel de conter os excessos cometidos pelo regime (Bandeira, 1989).

Segundo observa Bandeira (1989), as pressões norte-americanas se intensificaram a partir dos primeiros meses de 1977, com o início do governo Carter. Com o pretexto de apontar a situação dos direitos humanos no Brasil, o governo dos EUA encaminhou relatório ao Itamaraty. No fundo, estavam, porém, investidas dos EUA contra o Acordo Nuclear entre Brasil e Alemanha. O relatório sobre direitos humanos era uma das formas de pressão contra o Acordo Nuclear. O governo brasileiro reagiu, devolvendo o relatório e, poucos dias depois, denunciou o Acordo Militar com os EUA, firmado em abril de 1952. Essa atitude surpreendeu os norte-americanos. No âmbito interno, o sentimento era de que essa postura do governo brasileiro refletia um recrudescimento do antiamericanismo dentro do Exército e do ímpeto desenvolvimentista do Brasil. Para Bandeira (1989), a utilização pelo Presidente Geisel dos poderes do Ato Institucional nº 5, com a decretação do recesso do Congresso Nacional e edição do chamado “pacote de abril” de 1977 – que, com o pretexto de promover a reforma do judiciário, ampliou o mandato presidencial do seu sucessor – tinha em mente a ideia de garantir o projeto nacional de transformar o Brasil em potência e evitar que o Acordo Nuclear com a Alemanha fosse frustrado no futuro.

Assim, a postura da Corte em 1977 deve ser vista dentro de um clima instável no âmbito das relações exteriores. O endurecimento da Corte em face do direito

internacional é interdependente do contexto político em que a decisão é tomada. Os Ministros, ao decidir, levam em consideração não apenas os fatores legais, como já dissemos, mas também as preferências dos demais atores políticos, dentre elas a do Presidente. Naquele momento, o contencioso com os EUA, principalmente sobre a questão nuclear, deixou claras as preferências do Presidente Geisel sobre *foreign affairs*. Em primeiro lugar, estava o projeto nacional desenvolvimentista. A prevalência do direito interno sobre o internacional, nesse contexto, está atrelada a essa lógica. No âmbito interno, o comportamento do STF se insere no contexto da instabilidade político-institucional do período, que é marcado pela ingerência do Executivo sobre os demais poderes. Ao estudar a Corte no período de 1964 -1975, Osvaldo Trigueiro do Vale (1975, p. 162) conclui que, especialmente após a edição dos Atos Institucionais nº 5 e 6, “o Poder Executivo-Revolucionário passou a ter no Supremo um órgão administrativamente saudável, tecnicamente ágil (...), mas politicamente morto”.

Assim, a decisão do STF não só é compatível com a política externa do governo Geisel, mas também é um momento de sua realização. Momento oportuno, na medida em que retirava a possibilidade de qualquer questionamento sobre a constitucionalidade da decisão do governo.

O fato é que esse acórdão de 1977, tal como os do período anterior, versava sobre tema comercial, e a tese da paridade entre tratado internacional e lei ordinária, nele firmada, continuou sendo majoritária na Corte, mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988 e em matéria de direitos humanos.

Após a entrada em vigor da CF/88, o primeiro acórdão sobre a questão é o Habeas Corpus 72.131, julgado em 1995, que envolvia o Pacto de San José da Costa Rica e a prisão civil por dívida. Nessa decisão, o STF reafirmou a paridade normativa do tratado internacional com a legislação ordinária. Essa posição foi reiterada, por exemplo, nas decisões do HC 73.044, de 1996, ADInMC 1.480, de 1997, RE 206.482, de 1998, HC 76.561, de 1998, RE 252.748, de 1999, RE 243.613, de 1999 e HC 79.785, de 2000.

No STF, nesse período, é possível encontrar votos que divergem da diretriz da jurisprudência firmada, como os votos do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIN 1675, de 1997⁷⁶, e no HC 79.870, de 2000,⁷⁷ bem como os votos do Ministro Carlos Velloso no RE 206.482, de 1998, e no HC 76.561, de 1998⁷⁸. Nas instâncias inferiores, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, uma série de acórdãos decidiam em favor do Pacto, afastando a prisão (Galindo, 2005)⁷⁹. Existiam, ainda,

⁷⁶ Na ADIN 1675-1/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence observou: “Ainda, porém, que não queira o Tribunal comprometer-se com a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhes é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na preocupação” (STF, ADIN 1675-1/DF, p.377).

⁷⁷ No HC 79.785-7/RJ, argumentou o Ministro Sepúlveda Pertence: “De logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (...). Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMC 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao Texto Constitucional – se erigirem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/UnB, 1990. p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da CF/1988 seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento da internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (...) e pela ilustrada Flávia Piovesan (...) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até se necessário contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (STF, HC 79.785-7/RJ, pp.296-301).

⁷⁸ Voto do Ministro Carlos Velloso no HC 76.561/SP: “Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi nesta Corte, na ADIn 1.497-DF e em trabalho doutrinário que escrevi (...) se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição” (STF, HC 76.561/SP, p. 73).

⁷⁹ Neste sentido, Galindo (2005) pontua: “Vale lembrar que, atualmente, a Corte Especial do STJ expressamente afirma que a prisão civil do depositário infiel não mais subsiste no Direito Brasileiro. Ver, por exemplo, ERESP 149518, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Corte Especial, julgado em 5/5/1999, publicado em 28/2/2000; HC 11918, rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 20/10/2000, publicado em 10/06/2002; AgRg nos ERESP 489278, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 27/11/2003, publicado em 22/3/2004. O STJ tem entendido

vozes no interior do STF clamando por uma reforma constitucional para possibilitar a atribuição de *status* superior aos tratados de direitos humanos, como o Ministro Celso de Mello, que, por ocasião dos julgamentos do HC 72.135/1995 e RE 206.482/1998, sobre prisão civil do depositário infiel, filiou-se à tese da paridade entre Pacto de San José da Costa Rica e a legislação ordinária, mas sugeriu que a situação seria diferente se a Constituição brasileira houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, tal como fez a Constituição argentina de 1853 com a reforma constitucional de 1994.

Em 2002, mantendo a posição de paridade entre tratado e lei ordinária, firmada mesmo após o acréscimo do §3º artigo 5º na PEC 96/1992 e antes da sua aprovação pelo Congresso, Celso de Mello ressaltou, como Relator de caso envolvendo a mesma questão:

Revela-se altamente desejável, no entanto, “de jure constituendo”, que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro.⁸⁰

A manutenção da posição firmada em 1977 no período posterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e em matéria de direitos humanos sugere uma preocupação da Corte com a manutenção de um *status quo* jurisprudencial no âmbito do direito internacional. Mesmo diante de regras constitucionais que viabilizam uma interpretação que leva ao reconhecimento do *status* superior dos tratados de direitos humanos, a Corte mostrou-se resistente a mudanças.

A Constituição Federal de 1988 previu no artigo 5º, § 1º, a cláusula de auto-executoriedade (*self-executing*) dos direitos fundamentais, ressaltando sua

que, em relação à prisão do depositário infiel que descumpre ordem judicial, o Pacto de San José não a veda, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida. A respeito, ver, mais recentemente, HC 30981, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 4/3/2004, publicado em 24/5/2004; RHC 14423, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma julgado em 5/6/2003, publicado em 4/8/2003; RHC 14563, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 26/8/2003, publicado em 15/9/2003” (Galindo, 2006, p. 130-131).

⁸⁰ Ementa Habeas Corpus nº 81.319/GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.2002.

aplicabilidade imediata, a indicar que sua eficácia e exercício não dependem de regulamentação normativa e vinculam todas as autoridades do Estado. Juntamente, o *design* original da Constituição também trouxe a regra do artigo 5º, § 2º, determinando: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Esse dispositivo foi inserido no texto constitucional a partir de proposta apresentada por Antônio Augusto Cançado Trindade, em audiência pública da Assembleia Nacional Constituinte. A Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais – integrante da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – acolheu sugestão do Constituinte Joaquim Haickel e convidou o consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores para tratar de matéria de direito internacional privado. Dentre as propostas efetuadas por Cançado Trindade está a que culminou no § 2º, art. 5º da CF/88:

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados e o direito interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional, promoção e proteção aos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição, ou decorrentes do regime democrático que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário. (Trindade, 2000, p. 171)

Muito embora a regra do artigo 5º, § 2º, não constitua, propriamente, uma norma que explicita a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos⁸¹, ela leva à interpretação de que os direitos previstos nesses

⁸¹ A Constituição Federal de 1988 não dispôs explicitamente sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. No entanto, a questão apareceu durante os debates na Constituinte e na Revisão Constitucional de 1994. Na audiência pública, na Assembleia Nacional Constituinte, de 30 de abril de 1987, o Ministro Francisco Rezek defendeu: “Penso também que, no que concerne aos tratados internacionais, a boa política adotada pelo Brasil há de preservar-se. E eles não devem ser entendidos como superiores à lei. E claro, não se recomenda a este país, ou a qualquer outro, que legisle em desacordo com os seus compromissos internacionais, que o Congresso edite leis conflitantes com tratados vigentes, vinculando-nos a outras soberanias e que o próprio Congresso algum tempo antes aprovou. (...) Os tratados, celebrados conforme a

instrumentos internacionais compõem o catálogo de direitos fundamentais no sistema jurídico doméstico. A partir dela, a doutrina passou a defender a natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a sua inclusão no chamado “bloco de constitucionalidade”. Na essência, o § 2º do artigo 5º trata de uma cláusula de abertura material da Constituição e, na verdade, seu escopo não constitui uma inovação da Constituição de 1988, pois cláusula semelhante já estava incluída na Constituição de 1891⁸² e foi mantida nas constituições subsequentes (Mera, 2011; Ramos, 2009). A novidade da CF/88, claramente inspirada pela Constituição Portuguesa, está na menção aos tratados internacionais como fonte de direitos constitucionais não enumerados (Mera, 2011). Essa regra, contudo, foi negligenciada nos primeiros anos de vigência da CF/88⁸³.

Constituição, têm patamar hierárquico igual ao das leis do Congresso, nem superior nem inferior. Se o tratado é posterior à lei, diz-se que ela está derogada. O tratado modificou, no que couber, o texto legislativo interno. Se acontece o contrário, não poderemos dizer que uma lei nossa, que é somente nossa, revogou, no todo ou em parte, um texto que não pertence apenas a essa soberania porque envolve outras. Mas, diremos que o Poder Judiciário está vinculado à última palavra do Congresso Nacional, como disse o Supremo Tribunal Federal no célebre julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, no ano 1977. Se houver um conflito, e como a nossa Constituição não dá primado aos tratados sobre as leis, é dever do Judiciário valorizar a última palavra do Congresso Nacional. No caso, sendo esta lei, a lei será prestigiada. O tratado não está revogado, mas terá sua aplicação afastada e cumpre ao Executivo denunciá-lo tão prontamente quanto possível. (Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna / organizadores: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, pp. 67-68)

Durante a Revisão Constitucional de 1994, a questão também foi colocada em discussão, mas rejeitada. O Relator afastou a possibilidade de consagrar o *status* superior dos tratados no texto constitucional, considerando: “Quanto à PRE (009.191-1), que atribui aos tratados e demais compromissos internacionais hierarquia superior às leis, entendemos, após refletida análise, rejeitá-la. Não se encontra suficientemente pacificada na doutrina a concepção monista, com primazia do direito internacional. Pelo contrário, a matéria é objeto de acalorados debates. Também no Direito Comparado, as Constituições evitam tomar posições sobre este tema. A seu turno, a jurisprudência brasileira tem-se mostrado favorável à tese dualista, ou seja, à existência de duas ordens jurídicas, internacional e interna, independentes entre si. Seria assim, temerária e prematura a inclusão, no texto constitucional, de dispositivo semelhante” (Relatoria da Revisão Constitucional Pareceres Produzidos (Histórico) ns. 1 a 81. Brasília: Senado Federal, 1994, p. 22-23. *Apud*, Galindo, 2002, p. 194).

⁸² Constituição de 24 de fevereiro de 1891, artigo 78: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não-enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”

⁸³ A doutrina sugere razões para explicar essa negligência. Vejamos a enumeração de Galindo (2005): “Nos primeiros anos da Constituição de 1988, o art. 5º, §2º, passou quase despercebido pela maior parte da doutrina e dos tribunais brasileiros. Algumas razões parecem justificar tal inércia, dentre elas: 1) a novidade do Texto de 1988 somente foi assimilada com o tempo pela doutrina e pelos operadores jurídicos; 2) o dispositivo exigia um certo esforço interpretativo, uma vez que não

A suposição é de que o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado em 1992, poderia ter sido interpretado pelos Ministros do STF segundo essa regra constitucional e elidido a posição da Corte de 1977. Mas isso não ocorreu.

Após a Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, o debate no STF sobre a questão da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos e sua hierarquia no ordenamento interno ganhou novos delineamentos. Houve a superação da tese da hierarquia jurídica dos tratados e a intensificação do debate em torno das teses da supralegalidade e da constitucionalidade. Nas decisões que analisamos, conforme vimos, o placar final indica a vitória da tese da supralegalidade.

Assim, é preciso destacar que a superação da tese da legalidade dos tratados e adoção da tese da supralegalidade estão atreladas à Emenda Constitucional 45 de 2004, que, como dissemos, passou a reconhecer o *status* formalmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados por quórum especial, por meio do acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal.

representava uma cláusula explícita sobre hierarquia de tratados de direitos humanos e também porque, interpretado de maneira a favorecer os tratados de direitos humanos na hierarquia das fontes do direito brasileiro, significava uma ruptura expressiva no tratamento histórico da questão do relacionamento entre direito internacional e direito brasileiro; 3) Quando a Constituição foi promulgada, o Brasil ainda vivia um Governo de transição democrática e importantes tratados de proteção ainda não haviam sido ratificados pelo Brasil, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 4) existia uma sensação por parte dos operadores jurídicos e mesmo da doutrina – o que acontece ainda nos dias de hoje – de que eram tantos os direitos consagrados no Texto de 1988 que os direitos localizados em instrumentos internacionais seriam meramente reproduções do que já havia sido expressamente disposto no texto da Constituição, criando um sentimento de que a proteção internacional seria um tanto fútil; 5) A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não era muito intensa, restringindo as possibilidades interpretativas da Convenção Americana de Direitos Humanos – que o Brasil não aceitou de pronto, logo que ratificou esse tratado, em 1992, fazendo-o apenas dez anos após a promulgação da Constituição de 1988; 6) Eram raras as questões levadas a tribunais que pusessem em direto confronto uma disposição contida num tratado de direitos humanos e uma disposição da Constituição; 7) A própria falta de treinamento dos operadores jurídicos em questões relativas ao Direito Internacional e, ainda mais, relativas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos” (Galindo, 2005, p.122).

A adoção de tal regra evidencia um “diálogo constitucional” entre os poderes, e suas interações com vistas à produção de reformas legais envolve o acolhimento pelo Legislativo de sugestão nascida no Judiciário.

Essa Emenda Constitucional tramitou no Congresso Nacional no período de março de 1992 a dezembro de 2004, e os antecedentes da sua promulgação apontam que o acréscimo do §3º ao artigo 5º não fazia, originalmente, parte da PEC 96/1992 e foi incorporado pela Deputada Zulaiê Cobra, após sugestão do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello.⁸⁴ Sobre essa inserção, a deputada fundamentou:

Buscando efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (...) com a reforma de 1994 (art.74, nº 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º. (Diário da Câmara dos Deputados, 14 de dezembro de 1999, p. 846.)

O Parecer 538 de 2002 do Senado Federal traz, igualmente, alguns argumentos voltados a justificar a inclusão do §3º no artigo 5º:

A providência do §3º do art. 5º, da PEC 29/2000, encontra paralelo no direito argentino, onde atos internacionais podem alterar determinadas classes de dispositivos da Constituição. Não há, a rigor, inconstitucionalidade formal no dispositivo, já que não estão lesadas as

⁸⁴ Acima destacamos trechos de decisões do Ministro Celso de Mello que indicam a sugestão mencionada por Zulaiê Cobra, no sentido de se promover a reforma constitucional com vistas à atribuição de *status* superior aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como realizado, por exemplo, pela Argentina em 1994. Um aspecto que esta dissertação não se propôs a estudar, mas que pode ser interessante para uma agenda futura de pesquisa, é o processo político envolvido na questão da constitucionalização dos tratados no âmbito da reforma do judiciário. Sobre este aspecto, um ponto de partida possível pode estar em uma “dica” de Hirschl (2005): “(...) é a ideia de que o momento preciso da iniciativa de constitucionalização é de grande importância na compreensão de sua origem política. Demandas de mudança constitucional, muitas vezes, emanam de vários grupos dentro do corpo político. No entanto, a menos que as partes interessadas prevejam ganho absoluto ou relativo poderoso no âmbito político, econômico e judicial de uma proposta de alteração, a demanda por uma mudança é suscetível de ser bloqueada ou cassada. Portanto, é essencial para entender por que um determinado sistema político (...) decidiu embarcar em uma revisão constitucional, precisamente no ano em que fez e não uma década mais cedo ou mais tarde.” (Hirschl, 2005, p.278).

limitações materiais implícitas ao poder de reforma da Constituição. Não se está mudando o processo, pois foi mantida a bicameralidade e foram preservados os dois turnos e a maioria qualificada por três quintos para aprovação. É de se ressaltar que a estatura jurídica de emenda à Constituição vai permitir àqueles tratados e convenções internacionais revogar a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, inclusive os códigos e a legislação especial. Outra nota importante, essa no campo teórico, é a que vai impor uma revisão da teoria brasileira sobre a estatura jurídica dos tratados, acordos e atos internacionais, hoje entendidos como legislação infraconstitucional detentora de nível de lei ordinária. Sob a nova disciplina, as formulações teóricas deverão ser revistas (Brasil, 2002, p. 54)⁸⁵.

Se a esperança do Constituinte reformador, quiçá de membros do STF, era que o debate sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos fosse pacificado com a reforma constitucional, ela foi frustrada. Pelo menos em relação aos tratados ratificados antes da promulgação da EC 45/2004, a questão permaneceu aberta.

No âmbito do Congresso Nacional, Soares (2012) explica que o debate acerca da constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos continuou mesmo após a entrada em vigor do §3º ao artigo 5º da CF/88. Em 2005, o Deputado Fernando Coruja (PPS-SC) apresentou Projeto de Resolução 204/2005, que pretendia inserir regras disciplinadoras do procedimento de tramitação dos tratados internacionais de direitos humanos no Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Dentre essas regras, o texto do projeto aventava a possibilidade de tanto o Presidente da República quanto os membros da Câmara dos Deputados pleitearem o *status* constitucional para o tratado de direitos humanos e propunha a possibilidade de reapreciação dos acordos internacionais aprovados antes da Emenda Constitucional 45, nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88, para que

⁸⁵ No mesmo sentido, Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, que atuaram na Secretaria de Reforma do Judiciário em trabalho conjunto, esclarecem os objetivos da inserção do dispositivo ao texto constitucional: “No mesmo sentido de valorizar e conferir funcionalidade ao sistema de proteção aos direitos humanos, a emenda cria processo legislativo diferenciado, ainda que facultativo, para a inserção de tratados e acordos internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico. A nova redação do § 3º do art. 5º permite que o Congresso Nacional aprove os tratados e acordos internacionais pelo quórum qualificado de três quintos, em dois turnos, em processo similar ao conferido para a criação de emenda constitucional. Nestes casos, as regras internacionais não mais ostentariam o status de lei ordinária, como ocorria anteriormente, mas a condição de normas constitucionais, e gozariam de supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico, fortalecendo o sistema de proteção de direitos humanos e dotando de maior rigidez os preceitos que tratam do tema” (Renault e Bottini, 2005, p.10).

eles passassem, então, a vigorar com *status* de emenda constitucional. Em 09 dezembro de 2008, o relatório final arguiu a impossibilidade de esses atos internacionais sobre direitos humanos serem reapreciados segundo o trâmite do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Dentre as justificativas apresentadas pelo relator, Régis de Oliveira (PSC), estava a preocupação com o princípio da segurança jurídica, alicerce do sistema legislativo. Apesar disso, o Deputado Rubens Bueno (PPS-PR) propôs, em 09 de fevereiro de 2011, novo pedido de apreciação da matéria, PRC 12/2011, que ainda está pendente de parecer definitivo.

Nesse contexto, o trabalho de Soares (2012) ressalta a falta de consenso no âmbito do Legislativo sobre a questão. A indefinição sobre a abrangência e aplicação da nova regra esteve presente no trâmite de aprovação do primeiro tratado internacional de direitos humanos adotado posteriormente à EC/45: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo:

Na MSC 711/2007 (PDC 563/2008), referente à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, o Executivo solicitou ao Congresso Nacional, conforme sugerido pelo Ministro das Relações Exteriores Celso Luiz Nunes Amorim, que o ato internacional fosse apreciado de acordo com o § 3º, artigo 5º, da CF/88. Segundo a Coordenadora da Assessoria Internacional da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Cristina Cambiaghi (BRASIL, 2008b), em manifestação durante seminário realizado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, o pedido de apreciação legislativa nos moldes da EC 45/2004 veio apenas após muitos debates. A primeira resistência veio de dentro do Executivo. A Casa Civil não queria submeter o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nos moldes da emenda, pois entendia que o instrumento criava muitos direitos subjetivos. Com a resistência encontrada dentro do próprio Poder Executivo e a ausência de movimentação dos parlamentares no sentido de pedir apreciação dos instrumentos internacionais de direitos humanos nos moldes da emenda, corria-se o risco desse § 3º tornar-se letra morta.

Quando a matéria foi levada a Plenário, surgiram vários questionamentos, dentre eles: (i) a forma de tramitação; (ii) como a matéria do ato internacional, em caso de aprovação com o quórum exigido, entraria no ordenamento jurídico brasileiro e (iii) como seriam preservados os poderes conferidos ao Congresso Nacional em política externa (...).

No que concerne à preservação do poder do Congresso, o presidente, Arlindo Chinaglia manifestou sua preocupação 'como é uma matéria cujo conteúdo pelo menos ninguém explicitou ser contra, há uma preocupação

legítima de que a Casa preserve o seu poder, porque no limite se trata disso' (DCD, 14/05/2008, p. 20427).

O Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto também demonstrou a mesma preocupação com a preservação dos poderes do Congresso 'a equivalência às emendas constitucionais é um resultado de uma opção que o Congresso Nacional pode fazer. E o Executivo não tem, na minha opinião, o direito de impor ao Congresso Nacional esse procedimento de votação. E se o Executivo tivesse o direito de impor ao Congresso Nacional esse procedimento de votação, nós aqui estaríamos vulnerabilizados (...)' (DCD, 14/05/2008, p. 20428). (Soares, 2012, pp. 66 -68).

Esses são alguns apontamentos da discussão que se estendeu após a entrada em vigor da EC 45/2004. Eles mostram mais dúvidas do que certezas sobre o futuro do tema. Tocam, também, na delicada questão da relação entre Legislativo e Executivo em política externa.

No processo decisório de formulação da política externa do país, tradicionalmente, tem-se falado em um predomínio do Executivo no controle das diretrizes da diplomacia brasileira e de toda negociação internacional, restando ao Legislativo um papel secundário e reduzido. O Congresso Nacional possui poucos instrumentos de influência decisória em matérias internacionais, cabendo-lhe um papel de ratificador posterior ou autorizador prévio da atuação do Executivo (Leão, 2013). A literatura tem discutido que o papel do Congresso Nacional nesse âmbito é mais complexo do que algumas análises pontuais podem sugerir.⁸⁶ No que concerne à questão da incorporação dos tratados de direitos humanos, a EC 45/2004 ampliou a participação do Congresso na política externa de direitos humanos, cabendo a ele a decisão sobre o *status* dos tratados.

Na percepção de Soares (2012), a EC 45/2004 aumentou, desta feita, a interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, que pode ser explicada pelo "jogo de dois níveis" de Robert Putnam⁸⁷. E, por isso, se o Executivo desejar

⁸⁶ Para uma revisão sobre essa literatura ver Soares (2012).

⁸⁷ Robert Putnam, em *Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games* (1988), examina a interação de fatores internos e externos na formulação da política externa e sugere que muitos processos de negociação internacional podem ser entendidos como um jogo de dois níveis. Em um nível, no âmbito da política doméstica, os grupos interesses buscam a satisfação de suas demandas pressionando o governo a adotar políticas nesse sentido, e os políticos buscam poder formando coalizões e atendendo alguns de seus interesses. No outro nível, no plano internacional, os governos nacionais buscam maximizar o atendimento das demandas domésticas e, ao mesmo tempo,

internalizar um tratado com *status* equivalente à emenda, terá que levar em consideração as preferências internas do Legislativo, já que este detém a prerrogativa de decidir sobre a forma da internalização.

Nesse contexto, se considerarmos, no âmbito do Legislativo, a indefinição nos debates sobre a incorporação dos tratados e a nova regra constitucional, podemos sugerir que a lógica dos votos analisados no capítulo anterior é a de não estender a abrangência temporal da regra para aguardar a definição do Legislativo sobre a questão. Essa lógica estaria presente antes mesmo da inserção do § 3º ao artigo 5º, pela EC/45. Neste sentido, o trabalho de Soares (2012) sugere que, com o acréscimo da regra ao texto da PEC 96/1992, por sugestão do Ministro Celso de Mello, o STF deixou a responsabilidade sobre a resolução das questões referentes à hierarquia normativa dos tratados nas mãos do Congresso Nacional. Assim, o silêncio dos Ministros na quarta dimensão analisada, nesse aspecto, é estratégico. Não se quer definir uma questão que o próprio Legislativo não definiu. Não se quer, em última análise, intervir em um “conflito” entre Legislativo e Executivo na formação da política externa.

Neste ponto, durante o II Encontro de Cortes Supremas do Mercosul em 2004, um mês antes da promulgação da Emenda 45, dentre os temas debatidos estavam a superação das assimetrias constitucionais e a harmonização legislativa. A questão da hierarquia dos tratados no ordenamento interno foi colocada em pauta, e, sobre ela, o Ministro Nelson Jobim, à época Presidente do STF, salientou em seu discurso:

minimizar os efeitos externos adversos. Neste sentido: “Cada líder político nacional aparece nos dois tabuleiros. Do outro lado da mesa internacional, sentam os seus equivalentes estrangeiros e, ao seu lado, seus diplomatas e conselheiros internacionais. Em volta do tabuleiro interno, atrás dele, sentam o partido e seus parlamentares, porta-vozes das agências domésticas, representantes de grupos de interesse chaves e os conselheiros políticos do próprio líder. A complexidade inusitada deste jogo de dois níveis é que os movimentos que são racionais para um jogador em um tabuleiro (como aumentar as tarifas energéticas, conceder território ou limitar a importação de automóveis) podem ser imprudentes para o mesmo jogador, no outro tabuleiro. Apesar disso, há grandes incentivos para que haja consistência entre os dois jogos.” (Putnam, 1988, p. 432. *Apud* Kappaun e Santos, 2011, p. 7)

A experiência que tive, junto ao Congresso Nacional, mostra que o problema no Brasil, no que diz respeito à hierarquia dos tratados, está intimamente vinculado à questão da manifestação da vontade internacional do País. No nosso sistema, quicá parecido com alguns dos senhores, o tratado é gerenciado, exclusivamente como não poderia deixar de ser, com o Poder Executivo. Com essa circunstância, há uma exclusão do Poder Legislativo brasileiro na manifestação da vontade internacional do País. Daí por que o Congresso reage a qualquer tipo de prevalência do tratado à lei ordinária, tendo em vista que na lei ordinária ele, Congresso Nacional, tem participação absoluta, ao passo que no tratado ele é relativamente excluído (...). Ou seja, é importante ter presente que a questão não é exclusivamente jurídico-doutrinária, é uma questão política de extraordinária relevância, tendo em vista o tema básico do pluralismo democrático (...). Tenho longa experiência disso, pelo menos durante os oito anos em que integrei o Congresso Nacional. Havia, meu caro Embaixador Pericás, uma reação muito forte da burocracia do Itamaraty a qualquer participação do Congresso Nacional. E Vossa Excelência sabe que isso é, também, uma discussão de Poder, em relação à possibilidade ou não da integração, nesta formação de vontade, dos membros do Congresso Nacional. (Brasil, 2004, pp.54-56)

O discurso do Ministro evidencia que os Ministros da mais alta Corte têm conhecimento sobre as relações que se estabelecem fora da Corte. E isso é considerado ao decidir questões como as referentes à hierarquia dos tratados internacionais na ordem interna. Bailey e Maltzman (2011) argumentam que a tomada de decisão é constrangida por fatores políticos, que os juízes não estão isolados do que acontece nos poderes Legislativo e Executivo, mas respondem às mudanças nas preferências ocorridas nesse ambiente institucional.

Os Ministros reconhecem as oportunidades e os limites associados à sua posição e, no caso em questão, em razão das incertezas remanescentes sobre a questão da extensão da nova regra no âmbito do Legislativo, a escolha foi por não enfrentar esse problema. É isso que sugere a análise da quarta dimensão, até porque o silêncio agrega tanto os defensores da posição da constitucionalidade quanto da suprallegalidade, conforme demonstrado.

4.3. O debate doutrinário sobre as consequências da EC 45/2004

É possível encontrar na doutrina jurídica quem atribua a mudança no texto constitucional às pressões políticas exercidas pelo STF. Loureiro e Silva (2009)

veem no voto do Ministro Moreira Alves no HC 72.131/95, primeiro julgamento sobre o tema da prisão civil do depositário infiel após 1988, a origem dessa pressão. As autoras apontam que esse voto já fazia referência implícita à necessidade de aprovação dos tratados segundo rito de emenda constitucional. No mesmo sentido, as autoras ressaltam as ementas dos acórdãos dos REs 253.071/2001 e 307.571/2001, de relatoria do Ministro, em que ele salienta que o artigo 5º, § 2º, “não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional” (STF, RE 307.571-3/MG). Ramos (2009) observa, igualmente, um engajamento do STF no sentido de aproveitar-se da Reforma do Judiciário para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais. O autor fundamenta-se no pronunciamento do Ministro Celso Mello (acima destacado) anterior à EC 45/2004, no HC 81.319/2002 de sua relatoria, em que manifesta o desejo de ver outorgada pelo Congresso Nacional estatura constitucional aos tratados de direitos humanos, à semelhança do que se verifica no direito comparado. Ramos (2009) também destaca que, no RE 466.343/2008, o Ministro revelou que a reforma consubstanciada no § 3º do artigo 5º partiu de sua proposta.

Apesar disso, a expectativa da Corte foi frustrada pela falta de disposição específica sobre o tratamento aos tratados ratificados em período anterior à EC 45/2004 (Ramos, 2009). A doutrina, de modo geral, tem considerado que o § 3º do artigo 5º, introduzido pela EC 45/2004, é impreciso, nebuloso e mal formulado (Piovesan, 2005; Trindade, 2006⁸⁸, Mazzuoli, 2009; Loureiro e Silva, 2009).

Assim, a principal crítica que recai sobre o § 3º do artigo 5º diz respeito à redação de seu texto, pois ele não tratou da extensão temporal da regra de constitucionalização formal dos tratados. Segundo apontam, a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos já se extrai da

⁸⁸ Voto de Cançado Trindade no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, sentença de 04 de julho de 2006, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/>.

interpretação do § 2º do artigo 5º (Piovesan, 2005; Mazzuoli, 2009). A redação do novo dispositivo operou em sentido oposto a essa interpretação (Dallari, 2005), representando um retrocesso em relação ao modelo aberto por ela consagrado (Trindade, 2006).

A primeira incongruência jurídica apontada pela doutrina diz respeito ao fato de que o dispositivo deixa exclusivamente a cargo do Legislativo a decisão sobre quais tratados internacionais de direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais. Com isso pode gerar diferenciação hierárquica entre instrumentos com o mesmo escopo protetivo – a pessoa humana – ao possibilitar que se atribua natureza constitucional a alguns, e não a todos, os tratados sobre direitos humanos, ratificados antes ou depois da EC 45/2004 (Galindo, 2005; Mazzuoli, 2009).

Neste sentido, Ramos (2009) explica que a aprovação dos tratados continua ocorrendo por meio do Decreto-Legislativo. Assim, ao receber a mensagem da Presidência da República noticiando a assinatura de um tratado internacional de direitos humanos, a Mesa da Câmara dos Deputados inicia a tramitação do projeto de Decreto-Legislativo de aprovação. Após a manifestação das comissões temáticas pertinentes, o projeto é encaminhado para votação em plenário. A Câmara dos Deputados e o Senado examinam, então, o conteúdo do tratado e decidem submetê-lo ou não ao rito especial de votação estabelecido pela EC 45/2004. Vale dizer, o Congresso Nacional pode escolher submeter o tratado à votação prevista no artigo 5º, § 3º, seguindo rito semelhante ao exigido para aprovação das emendas constitucionais, garantindo-lhes, assim, o *status* formalmente constitucional ou pode escolher proceder à votação semelhante às leis ordinárias, com quórum simples e único turno de deliberação, hipótese em que os tratados não gozarão de *status* formalmente constitucional, pela falta do rito especial. Tudo isso porque a redação incompleta do § 3º do artigo 5º não obriga o Poder Legislativo a aprovar o tratado de direitos humanos segundo o quórum qualificado, mas o autoriza a proceder assim, se lhe convier.

Com isso, a consequência é que a nova regra cria duas categorias jurídicas de tratados internacionais de direitos humanos, dando tratamento diferente a

normas que têm o mesmo escopo, a proteção dos direitos humanos. De um lado, estão os tratados materialmente constitucionais, ratificados em período anterior à promulgação da EC 45/2004, ou em período posterior, mas pelo rito do Decreto-Legislativo com quórum simples e com turno único de votação no Congresso. De outro lado, figuram os tratados material e formalmente constitucionais, incorporados ao ordenamento jurídico após a promulgação da EC 45/2004 e pelo rito do Decreto-Legislativo com quórum qualificado (3/5 dos integrantes) e com dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional.

Essas duas categorias também têm gerado dúvidas quanto à existência de dois regimes jurídicos diferentes relativos à denúncia de tais tratados. Para Piovesan (2005), a conclusão que as duas categorias geram é que os tratados materialmente constitucionais podem ser denunciados. Já os material e formalmente constitucionais não o podem, pois, tal como os demais direitos fundamentais previstos no texto constitucional, passam a ser revestidos pelo manto da cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, IV, da CF/88. Para Galindo (2005), a questão não ficou bem definida. A redação do novo dispositivo não veio acompanhada, como em outras Constituições mundo a fora, de esclarecimentos sobre a denúncia dos tratados de direitos humanos, “nem dos ratificados antes da emenda nem dos ratificados posteriormente; nem dos que adquirirem força de emenda constitucional nem dos que não adquirirem” (Galindo, 2005, p. 128). A discussão desdobra-se, ainda, na discricionariedade do Executivo e na participação do Congresso Nacional no procedimento de denúncia dos tratados de direitos humanos, após a EC 45/2004⁸⁹. A questão permanece em aberto no STF, em razão da não conclusão do julgamento da ADIn 1625, distribuída em 1997. Nesta ação, pleiteia-se a inconstitucionalidade da denúncia unilateral do Executivo da Convenção 158 da OIT, e o STF decidirá se o sistema empregado para disciplinar a denúncia de tratados no Brasil ainda se aplica ou se, ao contrário, deve-se exigir prévia manifestação do Congresso Nacional para que o Estado brasileiro se

⁸⁹ Sobre esse debate ver Galindo (2005) e Santos (2011).

desvincule de um tratado internacional (de direitos humanos). Três votos já foram proferidos, dos Ministros Maurício Corrêa, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, e o último andamento processual aponta pedido vista da Ministra Ellen Gracie em 06.08.2009, sendo que ela já não compõe mais a Corte. O que se pode esperar dos votos que virão é um posicionamento do STF acerca da questão da denúncia dos tratados em face do artigo 5º, § 3º da CF/88 e, talvez, nesse julgamento, teremos o pronunciamento da nova composição do STF sobre a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno, pois a Convenção da OIT alberga questões de direitos sociais e, portanto, pode ser considerada um tratado de direitos humanos.

Por fim, outra consequência importante da EC 45/2004 é a mudança que ela promove na sistemática do controle jurisdicional de constitucionalidade pátrio. Após a inserção do § 3º ao artigo 5º, a doutrina começou a falar em controle concentrado de constitucionalidade com base nos tratados. Nesse ponto, Valério de Oliveira Mazzuoli (2009) é pioneiro em considerar que, após a EC 45/2004, os tratados sobre direitos humanos, material e formalmente constitucionais, serão paradigma do que denominou “controle de convencionalidade”, pois poderão servir de fundamento para que os legitimados ativos do artigo 103 da CF/88 proponham ações do controle abstrato/concentrado (v.g., ADIn, ADECON, ADPF etc.) com vistas a invalidar *erga omnes* as normas domésticas (infraconstitucionais) contrárias ao tratado.

No âmbito dos votos estudados no capítulo anterior, verificamos uma preocupação, especialmente do Ministro Gilmar Mendes, com essa última consequência. O Ministro asseverou que reconhecer o caráter constitucional dos tratados anteriores à EC 45/2004 é ter essas normas como parâmetro de controle de constitucionalidade, o que poderia gerar um quadro de insegurança jurídica. Por outro lado, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau, defensores da tese da constitucionalidade, julgaram desejável esse controle de convencionalidade.

Diante da quarta dimensão analítica observada e do expressivo número de Ministros que não estenderam (expressamente) a nova regra para os tratados

incorporados antes da EC 45/2004, sugerimos que, naquele momento pós-reforma, se os Ministros tivessem estendido a regra para abranger os tratados anteriores a 2004, considerando-os formalmente constitucionais, poderiam abrir espaço ao controle concentrado de constitucionalidade da normatividade interna com base nesses instrumentos internacionais e, com isso, aumentariam a demanda processual sobre o STF. Mas, se parte do esforço da Reforma do Judiciário, consubstanciada na Emenda 45/2004, era por aliviar a pesada carga processual do STF, então, a consideração de que a nova regra do § 3º do artigo 5º abrange os tratados anteriores poderia ensejar uma série de novas demandas com base em todos os tratados ratificados anteriormente. Assim, a lógica de não promover a extensão temporal dessa regra se coaduna com a própria lógica da reforma.

4.4. Invenção jurisprudencial: para além da mudança do texto constitucional

A bibliografia jurídica, após as decisões de 2008, tem realizado inúmeras considerações sobre a tese da supralegalidade, vencedora no STF. Aqui podemos partir de algumas análises sobre essa jurisprudência na visão da literatura para discutir a invenção jurisprudencial da supralegalidade e a lógica dos votos nas decisões estudadas.

Valerio Mazzuoli (2009) critica a tese da supralegalidade encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, pois ela desigualava instrumentos normativos que têm o mesmo fundamento ético – a proteção dos direitos humanos – com base no critério puramente formal do quórum de votação. A tese da supralegalidade, segundo Mazzuoli, ao criar duas categorias de tratados de direitos humanos – constitucionais e supralegais – acaba por regular instrumentos iguais de maneira diferente, contrariando o princípio constitucional da isonomia.

Para Ingo Sarlet (2011), a nova orientação jurisprudencial do STF acerca da hierarquia dos tratados representa um avanço considerável se comparada à orientação pretérita, que estabelecia a paridade entre o tratado e a lei ordinária, mas o jurista chama a atenção para três aspectos problemáticos da orientação

jurisprudencial da supralegalidade. O primeiro aspecto coaduna-se com a crítica da categorização dos tratados de direitos humanos destacada por Mazzuoli, pois a tese vencedora no STF mantém um “estatuto diferenciado para os tratados de direitos humanos, uns valendo mais (no caso dos tratados aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º, CF) do que os outros (aprovados antes da EC 45)” (Sarlet, 2011, p.344). O segundo aspecto crítico da tese diz respeito à natureza constitucional dos direitos fundamentais, que é incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, e a tese da supralegalidade continua a relegar “os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável” (Sarlet, 2011, p.338). O terceiro aspecto destacado por Sarlet (2011) reside especificamente na decisão sobre a prisão civil por dívida, decidida nos acórdãos estudados. O STF afastou a prisão civil e sumulou a questão, provavelmente, argumenta Sarlet, para não dar margem a demandas em sede de controle de constitucionalidade, por meio do reconhecimento de uma hierarquia constitucional. Contudo, ao afastar a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos e sumulando a proibição da prisão civil por dívida, acabou gerando, indiretamente, um bloqueio em relação à própria Constituição Federal, que, por seu art. 5º, inciso LXVII, possibilita que o legislador ordinário discorra sobre a prisão do depositário infiel. Com isso, “salvo melhor juízo, o Supremo Tribunal Federal imprimiu – no caso da vedação da prisão civil – hierarquia superior à da CF aos tratados internacionais aplicáveis à hipótese” (Sarlet, 2011, p. 344). Daí conclui Sarlet:

Melhor seria, então, reconhecer pelo menos a hierarquia constitucional dos tratados, e, mediante uma argumentação consistente, resolver o conflito entre tratado e constituição em prol da proibição da prisão. O problema adicional é que mesmo a sufragada hierarquia supralegal demandará esforços adicionais para ser devidamente articulada, especialmente quando se sabe que em outros casos, pelo menos por ora, o Supremo Tribunal Federal segue sendo mais reativo em relação ao valor a ser dado aos tratados de direitos humanos, como é o caso, por exemplo, do direito ao duplo grau de jurisdição, pelo menos em matéria criminal. De qualquer sorte, ainda que críticas sejam necessárias, é certo que também no âmbito da nossa mais alta Corte se vivencia, gradativamente, um clima favorável à valorização dos tratados de direitos humanos, o que demonstra, além

disso, que um autêntico diálogo – jurídico e cultural – é possível, ainda mais quando motivado pela valorização da pessoa humana e dos seus direitos humanos e fundamentais (Sarlet, 2011, p. 344).

Outros autores avaliam a invenção jurisprudencial da supralegalidade de uma perspectiva mais ampla. É esse o caso de Mera (2011), que, analisando o constitucionalismo judicial na América Latina, parte do pressuposto de que há uma tendência regional de constitucionalização dos tratados de direitos humanos e que as cortes constitucionais podem quebrar essa tendência não apenas pela ação relutante – manifestando uma falta de vontade ou interpretação restritiva –, mas também através de características mais estruturais da instituição, que colocam obstáculos à mudança. Para ele, o caso do Brasil é ilustrativo disso. Mera avalia a jurisprudência brasileira sobre a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos e sugere a existência de um *path dependence*. O STF tem mostrado relutância em reconhecer o *status* constitucional dos tratados, apesar de cláusulas constitucionais que viabilizam esse reconhecimento. Para Mera (2011), esse é um problema de dependência de trajetória na evolução da jurisprudência do STF e a tese da supralegalidade dos tratados apenas adapta a questão ao desenvolvimento do novo constitucionalismo, não rompendo com a trajetória. Em outras palavras, a invenção da supralegalidade, na Corte brasileira, preserva o *status quo* jurisprudencial com a rejeição da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004, os quais são os que representam o *core* do sistema internacional e interamericano de proteção dos direitos humanos.

A hipótese inicial aventada por nós era de que a invenção da tese da supralegalidade dos tratados, nas decisões estudadas, funciona como uma estratégia para compatibilizar a novidade legislativa com a tradição decisória da Corte, de modo que o STF tem continuado a atuar para limitar a incorporação dos tratados internacionais à ordem normativa interna.

Após o estudo realizado, essa hipótese se confirma em parte. De fato, analisando a lógica da tomada de decisão, nos acórdãos estudados no capítulo anterior, e entendendo o tema na jurisprudência da Corte em períodos pretéritos,

podemos sugerir que ocorre, sim, uma composição. Melhor dizendo, podemos considerar que há uma *inovação* no sentido formal e uma *composição* no sentido material. Então, tem-se que compreender que há, para o mesmo fenômeno, dois ângulos de análise, um do ponto de vista formal e outro do ponto de vista material.

Do ponto de vista formal, a tese da supralegalidade inova a pirâmide normativa, acomodando os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004, em uma hierarquia nova, acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição. Essa acomodação não constava do texto constitucional, e é fruto da interpretação jurisprudencial. A EC 45/2004, com o § 3º do artigo 5º, nada fala sobre a hierarquia dos tratados anteriores. Não obstante as interpretações doutrinárias no sentido de considerar todos os tratados como constitucionais, o dispositivo constitucional não trata, propriamente, da extensão temporal e a definição dessa extensão é objeto de debate no âmbito do Congresso Nacional, remanescendo sem solução legislativa. E isso é de conhecimento dos Ministros ao votar, conforme apontamos.

Se, de um lado, há indefinição sobre a extensão do novo dispositivo seja pela falta de posição do Legislativo, seja pelos debates jurídicos que apontam as incongruências geradas pela regra, de outro, o espírito da época demanda um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos. A manutenção da velha jurisprudência, que ditava a paridade entre lei ordinária e tratado, não se mostra adequada no novo contexto. Igualmente, equiparar os tratados de direitos humanos, anteriores à EC 45/2004, sem previsão constitucional, também parece temerário. Assim, a solução formal para o problema, no momento, foi a inovação na pirâmide jurídica, com a tese da supralegalidade.

Do ponto de vista material, a tese da supralegalidade compõe o problema. Na prática, a solução aventada foi no limite da EC 45/2004. Rigorosamente falando, a nova regra do § 3º do artigo 5º não teria efeito sobre os tratados ratificados antes da EC 45/2004, mas o STF mudou a jurisprudência que não foi abarcada pela Emenda. Mesmo que nenhum Ministro tenha explicitamente estendido a abrangência temporal da nova regra (conforme analisamos na quarta dimensão), na prática, eles estenderam a regra para abranger os tratados anteriores, aprovados

sem o rito. Inicialmente considerando-os supralegais, possibilitaram que tais tratados exerçam efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional com eles colidente e aventaram a potencialidade de se tornarem plenamente constitucionais, se submetidos ao rito mais dificultoso previsto pela nova regra.

O que, substancialmente, o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes considerou foi que os tratados de direitos humanos incorporados antes da EC 45/2004, como o Pacto de San José da Costa Rica, são potencialmente constitucionais, bastando, para a realização dessa potencialidade, ou seja, para que se tornem de fato constitucionais, a realização de novo procedimento de votação conduzido pelo Legislativo.

O binômio do ato e da potência parece cabível aqui. Na esteira do professor Régis Jolivet (1961), o ato e a potência são duas divisões implicitamente relacionadas com a essência e a existência do ser, de modo que, a potência é a possibilidade de realização da essência e o ato é a expressão da existência conferida pela potência. Assim, a potência de um ser é o conjunto de possibilidades de sua essência cuja realização pode transformar-se em ato, em existência. Noutras palavras e exemplificando: uma semente é uma árvore em potência, mas não é uma árvore em ato, no sentido de que, enquanto árvore, ainda não possui existência, ou seja, é da essência da semente que venha a realizar-se como árvore. Aliás, é justamente neste sentido que explica o professor Jolivet (1961, p. 289): “Toda transformação consiste na passagem da potência ao ato. A água se torna vapor ou gelo: ela é, então, vapor em potência e gelo em potência.”

Essa ideia pode ser utilizada para explicar a lógica da tese da supralegalidade. Os tratados de direitos humanos, aprovados antes da EC 45/2004, são dotados do atributo da supralegalidade, e não são constitucionais, pois não atenderam às exigências da nova regra constitucional e nessa circunstância, respeitando as condições do sistema, são tal como a água ou a semente, podem transformar-se. Os tratados supralegais podem tornar-se constitucionais.

Deste modo, a tese da supralegalidade, no contexto estudado, não parece afastar ou opor-se em definitivo à tese da constitucionalidade. Diferentemente, ela

estabelece uma solução intermediária, que compõe o antigo com o novo, possibilitando que o antigo se adeque às novas exigências do novo, transformando a tradição jurídica.

O que se tem, com a tese da supralegalidade, é uma invenção jurisprudencial à margem da reforma constitucional, uma incorporação dos tratados anteriores para além da mudança do texto constitucional. Essa invenção é politicamente estratégica, porque promove alteração no entendimento anterior mesmo que a estrita interpretação da regra da EC 45/2004 não a possibilitasse. Os Ministros aproveitaram a oportunidade e modificaram a tradição.

Se isso é verdade, a questão, então, é por que os defensores da supralegalidade não consideraram, de pronto, a interpretação da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004?

Uma resposta que poderíamos sugerir é que pode haver, dentro dessa lógica, ideias diferentes acerca da constitucionalização de direitos, e essa diferença implica em posições diferentes quanto à hierarquia dos tratados. Na introdução deste capítulo, destacamos que o processo de constitucionalização de direitos, e particularmente do direito internacional dos direitos humanos, pode dar-se pela via tradicional, por uma decisão do órgão constituinte (originário ou reformador), ou pela via judicial, por meio da tomada de decisão dos juízes. Neste último caso, falamos em constitucionalização judicial (*judicial constitutionalization*).

A lógica dos votos da supralegalidade parece mais atrelada à ideia de que os Ministros estão a respeitar a via tradicional de constitucionalização de direitos. A solução proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Menezes Direito, de possibilitar que os tratados de direitos humanos supralegais galguem o patamar constitucional através de uma decisão do Legislativo, corrobora essa ideia.⁹⁰

⁹⁰ Explicação do Ministro Gilmar Mendes após a apresentação do voto do Ministro Celso de Mello, que postulou a hierarquia materialmente constitucional dos tratados ratificados antes da EC 45/2004: “A despeito da belíssima sustentação dos argumentos e também dos respaldos doutrinários, entendo que, no caso, corremos o risco de produzirmos uma atomização de normas constitucionais (...). Por isso, entendo realmente positiva, do ponto de vista da segurança jurídica, a decisão tomada pelo Congresso, com a Emenda nº 45/2004, ao fixar, no § 3º, essa definição. Se se entender que, de fato,

Diferentemente, a lógica da tese da constitucionalidade, representada pelo voto do Ministro Celso de Mello, parece ligar-se à ideia de constitucionalização judicial dos tratados anteriores à EC 45/2004. Tendo em vista a inserção do § 3º ao artigo 5º, o Ministro reformula sua posição antiga e passa a aceitar que os tratados anteriores à EC 45/2004 são materialmente constitucionais, por força do artigo 5º, § 2º, da CF, integrando o bloco de constitucionalidade. Esse novo esforço interpretativo do Ministro Celso de Mello vem costurado com a ideia de que o Judiciário é incumbido da missão institucional de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela Constituição e reconhecidas pelos tratados internacionais de direitos humanos. O Ministro Celso de Mello assevera que, por meio da interpretação judicial, os juízes devem revelar o sentido das regras jurídicas e adequar a Constituição às exigências, transformações e necessidades provenientes das dimensões social, econômica e política da sociedade contemporânea. De modo que a decisão do magistrado se mostrará mais legítima quando puder refletir o “espírito do seu tempo”.

Citando Francisco Campos, Celso de Mello defendeu a ideia de que o papel de interpretar a Constituição envolve, também, o poder de formulá-la, reconhecendo que a Constituição está em permanente elaboração e no STF, seu guardião, funciona, igualmente, o Poder Constituinte. Nas decisões de turma, e com base em numerosa referência bibliográfica, acrescenta que a interpretação judicial deve funcionar como um instrumento juridicamente idôneo de mutação constitucional informal.⁹¹

O papel interpretativo da Corte é, assim, tratado como parte de sua função política⁹² e, tendo em vista o processo de crescente internacionalização dos direitos

o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional” (RE 466.343, pp.1266 - 1267).

⁹¹ Ver HC 91.361, p. 474

⁹² “Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular” (RE 349.703/RS, p. 775).

humanos, o Ministro defendeu a prática de uma hermenêutica harmonizadora das relações entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos pelos juízes, a partir do § 3º do art. 5º da Constituição. A doutrina considera essa posição do Ministro Celso de Mello polêmica e inédita no STF, e observa:

A polêmica reside na defesa, de um modo inédito, de um poder constituinte de reformulação do texto constitucional intrínseco a todo ato de interpretação realizado pelo Tribunal Supremo. Por sua vez, a originalidade da argumentação reside, justamente, no fato de ser defendida uma postura mais ativista do que a adoção da figura do legislador positivo que regulamenta a Constituição, culminando na defesa da tese de que a guarda da Constituição pelo tribunal envolve, também, a prerrogativa judicial de reformular os textos normativos constitucionais tendo em vista transformações na realidade constitucional. Outro ineditismo que deve ser destacado é a utilização de um pensamento representativo do autoritarismo político para a defesa de um ativismo progressista no sentido de conferir *status* constitucional às normas internacionais de direitos humanos (SILVA et al, 2008, p. 223).

Assim, há uma diferença de tom entre a tese da suprallegalidade e da constitucionalidade que pode ser entendida a partir da ideia de constitucionalização de direitos que cada uma encerra.

4.5. Considerações finais

O primeiro escopo deste capítulo era fornecer informações sobre o tema envolvido nas decisões analisadas no capítulo anterior, como forma, inclusive, de justificar as dimensões analíticas selecionadas. Primeiro, a intenção era apresentar a orientação jurisprudencial do STF, ao longo do tempo, sobre a incorporação dos tratados ao ordenamento interno. Segundo, pensava-se em tratar, mesmo que não em profundidade, do debate em torno da promulgação da nova regra constitucional, inscrita no artigo 5º, § 3º e introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004. Terceiro, considerava-se necessário mencionar as questões suscitadas pela bibliografia jurídica acerca dessa nova regra e do posicionamento do STF nos acórdãos por nós estudados.

Embora este capítulo, mais jurídico, tenha ficado para o final, uma vez executados os passos pensados, percebemos que o que nos norteou desde a introdução desse trabalho é sim bastante relevante: o Direito tem importância para o estudo das Cortes em Ciência Política, de modo que o estudo do comportamento judicial e a compreensão da tomada de decisão estão fortemente atrelados às categorias jurídicas.

O debate jurídico empreendido forneceu elementos para melhor compreender a lógica das decisões que foram destrinchadas com a metodologia proposta. Então, novamente, temos que dizer que as categorias jurídicas não são apenas detalhes supérfluos a serem deixados de lado pelas análises políticas do Judiciário. As disposições normativas, as regras, os procedimentos decisórios da Corte, as interpretações que a doutrina cria para criticar, defender ou sistematizar o Direito vigente, conjugados aos apontamentos da bibliografia política e às preferências dos atores políticos manifestadas em decisões pretéritas ou em escolhas legislativas, devem ser levadas em consideração no estudo da tomada de decisão judicial em um tema.

Nesse sentido, as questões suscitadas nos capítulos anteriores, conjugadas aos debates empreendidos aqui, revelaram três pontos importantes da lógica das decisões estudadas.

O debate no Congresso Nacional, a indefinição quanto à extensão da nova regra constitucional e as questões que se desdobram no âmbito da formulação da política externa e da relação do Legislativo e do Executivo nesse contexto, levaram-nos a supor que a lógica dos votos analisados no capítulo anterior é a de não estender a abrangência temporal da regra do § 3º do artigo 5º aos tratados anteriores à EC 45/2004, para aguardar a definição do Legislativo sobre a questão. De modo que o silêncio dos Ministros na quarta dimensão analisada é estratégico no sentido de evitar, primeiro, definir uma questão que o próprio Legislativo não definiu e, segundo, evitar intervir em um “conflito” entre Legislativo e Executivo na formulação da política externa.

A compreensão da tradição decisória da Corte e a avaliação que a bibliografia jurídica faz da nova regra constitucional e da invenção jurisprudencial da tese da supralegalidade ajudou-nos a entender o resultado obtido com a aplicação da metodologia. Sugerimos que a invenção da tese da supralegalidade, encabeçada na Corte pelo Ministro Gilmar Mendes, pode ser vista de dupla perspectiva: formal e material. Formalmente, a supralegalidade inova na pirâmide jurídica, resolvendo o problema dos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda por meio de uma acomodação de tais tratados em um patamar intermediário. Considerando que o texto do novo dispositivo é vago quanto à extensão temporal e sabendo que isso é objeto de controvérsia no âmbito do Legislativo, os Ministros foram no limite da Emenda. Esta nada disse sobre a hierarquia dos tratados anteriores e uma interpretação rigorosa levaria à consideração de que permanece a paridade com a legislação ordinária. Mas os Ministros aproveitaram a reforma constitucional e estenderam seu domínio para os tratados anteriores, elevando sua hierarquia normativa. Materialmente, a tese da supralegalidade compõe o problema. Na prática, a solução aventada foi, sob essa perspectiva, também no limite da EC 45/2004. Mesmo que nenhum Ministro tenha explicitamente estendido a abrangência temporal da nova regra, na prática eles estenderam a regra para abranger os tratados anteriores, aprovados sem o rito. Inicialmente considerando-os supraleais, possibilitaram que tais tratados exerçam efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional com eles colidente e acabaram por aventar a potencialidade de se tornarem plenamente constitucionais, se submetidos ao rito mais dificultoso previsto pela nova regra. Por isso dissemos que a lógica da tese da supralegalidade é que ela considera os tratados aprovados antes da Emenda como potencialmente constitucionais.

Por fim, a questão subjacente à regra do artigo 5º, § 3º, da CF/88 é a constitucionalização dos tratados de direitos humanos. Distinguimos brevemente, na introdução deste capítulo, duas formas possíveis de constitucionalizar-se direitos: uma pela via tradicional, consubstanciada numa decisão do constituinte originário ou reformador, e outra por meio da tomada de decisão judicial,

notadamente da Corte suprema que decide dotar direitos de força constitucional. Essa distinção ajudou-nos a entender uma diferença de tom entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade. Sugerimos, então, que, enquanto a tese da supralegalidade está atrelada à noção de constitucionalização pela via tradicional, porque postula a necessidade de os tratados passarem pelo crivo do Legislativo para elevarem-se ao patamar constitucional, a tese da constitucionalidade parece casar-se com a aceitação da constitucionalização pela via judicial. Na leitura do voto promotor da posição da constitucionalidade, o do Ministro Celso de Mello, o avanço de entendimento para considerar os tratados anteriores à Emenda como materialmente constitucionais se dá por uma interpretação conjunta dos §§ 2º e 3º do artigo 5º, e esse avanço é movido pela ideia de que, na Corte, funciona ademais um poder constituinte, capaz de adequar o sentido da Constituição ao espírito da época, promovendo uma mutação constitucional.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi estudar o comportamento decisório dos Ministros do STF no tema da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno após a EC 45/2004, a fim de entender a lógica da tomada de decisão nesse tema.

O estudo empreendido mostrou que a inserção da temática do artigo 5º, § 3º, à PEC da Reforma do Judiciário evidenciou um diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo sobre a questão da constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A expectativa de integrantes do STF era de que as dificuldades sobre a definição da hierarquia normativa dos tratados fosse solucionada pelo Congresso. No entanto, o texto do novo dispositivo, pela imprecisão sobre a extensão de sua aplicabilidade, colocou um desafio ao STF: enfrentar a questão da hierarquia dos tratados ratificados antes da Emenda em um debate reconfigurado, mas não abarcado, pela nova regra. Esse desafio foi enfrentado nas decisões aqui estudadas. Os Ministros dividiram-se em duas coalizões principais: defensores da constitucionalidade e defensores da supralegalidade dos tratados anteriores.

A conclusão é que, não obstante as diferenças existentes entre essas duas posições, ambas promovem a mudança da tradição jurisprudencial da Corte para além do texto da EC 45/2004. Em outras palavras, muito embora a reforma tenha silenciado sobre a situação jurídica dos tratados anteriores e o Legislativo não tenha implementado a extensão da nova regra, o STF absteve-se de seguir a tradição decisória firmada desde 1977 e aproveitou-se da Emenda para conferir novo entendimento sobre a hierarquia normativa dos tratados.

Essa conclusão geral decorreu da análise das decisões efetuada a partir aplicação da metodologia desenvolvida e permitiu observar os caminhos utilizados pelos ministros para absterem-se de seguir a tradição decisória da Corte e construírem uma nova orientação jurisprudencial. Os passos pensados na metodologia foram especialmente importantes para a identificação de elementos

estratégicos presentes no processo decisório e para evidenciar questões que remanesceram abertas à decisão de Cortes futuras. As cinco decisões plenárias selecionadas foram decididas em seis sessões, e nosso estudo destacou o mecanismo do voto-vista como estratégico nesse conjunto de decisões. Os votos que decorreram desses pedidos de vista – efetuados pelos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Menezes Direito – são centrais no debate que se estabeleceu e na mudança da tradição jurídica operada.

Outrossim, as observações advindas da aplicação da metodologia foram conjugadas com o debate jurídico – doutrinário e jurisprudencial –, levando-se em consideração os momentos decisórios pretéritos da Corte e as consequências da inserção da regra do artigo 5º, § 3º da CF/88, pela Emenda Constitucional 45/2004. Tal foi importante para traçar a lógica da tomada de decisão.

Acreditamos que a metodologia pode auxiliar os estudiosos que têm buscado identificar a *ratio dicendi* das decisões e entender a deliberação e a construção do consenso no STF. Isso porque possibilita a sistematização e a organização dos votos, no tempo e segundo dimensões analíticas pensadas para cada tema. Ela pode, ainda, ser aprimorada com novos passos e constituir uma ferramenta hábil para o estudo do comportamento e dos votos dos ministros em múltiplos temas e contribuir para o avanço nas pesquisas sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs). 2009. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin.

BAILEY, Michael A; KAMOIE, Brian; MALTZMAN, Forrest. 2005. *Signals from the Tenth Justice: The Political Role of the Solicitor General in Supreme Court Decision Making*. *American Journal of Political Science*, v. 49, n. 1, pp. 72–85.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. 2008. *Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court*. *The American Political Science Review*, v. 102, n. 3, pp. 369-384.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. 2011. *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

BALEEIRO, Aliomar. 1968. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. 1989. *Brasil – Estados Unidos: A Rivalidade Emergente (1950-1988)*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009. *Solicitor General Influence and the United States Supreme Court*. Annual Meeting of the Southern Political Science Association, New Orleans, Louisiana.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009b. *Agenda-Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence*. *The Journal of Politics*, v. 71, n. 3, pp.1062 – 1075.

BARROSO, Luís Roberto. 2010. *Entrevista - Conversas Acadêmicas*. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-ii>

BARROSO, Luís Roberto. 2012. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva.

BAUM, Lawrence. 1987. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BAUM, Lawrence. 1994. *Symposium: The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Law and Courts Newsletter, pp. 3-5.

BAUM, Lawrence. 1997. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.

BENESH, Sara. 2003. *Harold J. Spaeth: The Supreme Court Computer*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, pp. 116-147.

BOUCHER, Robert L. Jr.; SEGAL, Jeffrey A. 1995. *Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denial on the Vinson Court*. The Journal of Politics, v. 57, n. 3, pp. 824 - 837.

BRASIL. 2008. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Nota Taquigráfica *Seminário sobre o tema Incorporação dos Tratados Internacionais e Direitos Humanos na Legislação Brasileira*. Brasília. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/notas-taquigraficas/nt11062008.pdf>

BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. 1999. *Diário da Câmara dos Deputados*. PEC 96/1992. Data 14/12/1999. Disponível

http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp?largura=&altura=&selCodColecaoCsv=D&Datain=14%2F12%2F1999&txPagina=846&txSuplemento=2

BRASIL. 2004. *II Encontro de Cortes Supremas dos Estados Partes e Associados do Mercosul*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/encontro2/>

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. 2009. *Strategy on the United States Supreme Court*. Cambridge University Press.

BRIGHAM, John. 1987. *The Cult of the Court*. Philadelphia: Temple University Press.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. 1988. *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*. *The American Political Science Review*, v. 82, n. 4, pp. 1109-1127.

CALDEIRA, Gregory, WRIGHT, John; ZORN, Christopher. 1999. *Sophisticated Voting and Gate-keeping in the Supreme Court*. In EPSTEIN, Lee. 2005. *Courts and Judges*. Washington University, pp. 111-134.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. 2012. *Stare Decisis e Súmula Vinculante: Uma Análise Comparativa sobre a Vinculação das Decisões na Jurisdição Constitucional*. *Lex Humana*, v. 4, n. 1, 2012, pp. 1-19.

CLAYTON, Cornell W. 1999. *The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms*. In *Supreme Court Decision-Making: New institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, pp.15-41.

CLAYTON, Cornell W. 2003. *Edward S. Corwin as Public Scholar*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, pp.289-315.

CLARK, Tom S.; LAUDERDALE, Benjamin E. 2012. *The Genealogy of Law*. Political Analysis, pp. 329–350.

COLLINS JR., Paul M. 2007. *Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs*. Political Research Quarterly, v. 60, n. 1, pp. 55-70.

CORDAY, Margaret Meriwether; CORDAY, Richard. 2008. *Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits*. Ohio State Law Journal. v. 69, 2008, pp.1-51.

COUTO, Estêvão Ferreira. 2003. *A Relação entre o Interno e o Internacional - Concepções Cambiantes de Soberanias, Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar.

DA ROS, Luciano. 2008. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988- 2007)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DALLARI, Pedro Bahomolez de Abreu. 2005. *Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45*. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord). *Reforma do Judiciário*. Editora Método. São Paulo.

DAVIS, Sue. 2003. *Alpheus Thomas Mason: Piercing the Judicial Veil*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, pp. 316-335.

DESCARTES, René. 1998. *Discourse on Method and Meditations on First Philosophy*. Translated by Donald A. Cress, 4th edition. Indianapolis /Cambridge: Hackett Publishing Company.

DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES, Osmar P. 2012. *Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal*. *Economic and Law Review*, v. 2, n. 1, pp. 170-187.

ELSTER, Jon. 1984. *Ulisses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1997. *The New Institutionalism - part II*. *Law and Courts Newsletter*, Spring 1997, pp. 1-28.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1998. *The Choices Justices Make*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1999. *Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amicus Curiae*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, pp. 215-235.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 2000. *Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, a Look Ahead*. Political Research Quarterly, pp. 625 -661.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. 2003. *The Political (Science) Context of Judging*. St. Louis University Law Journal, pp. 783-817.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. 2012. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Harvard University Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 2013. *Reconsidering Judicial Preferences*. Annual Review of Political Science. v. 16, pp. 11-31.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diogo Werneck. 2011. *I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas Direito Rio.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2012. *O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?*. Lua Nova, São Paulo, pp. 429-469.

GALINDO, George. 2005. *O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 6, v. 6, número 6, pp. 121-131.

GILLMAN, Howard. 1999. *The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making*. In *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, pp. 65-87.

GILLMAN, Howard. 2004. *Martin Shapiro and the Movement from “Old” to “New” Institutional Studies in Public Law Scholarship*. *Political Science Annual Review*, pp. 363-382.

GINSBURG, Tom. 2006. *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment and International Law*. *N.Y.U. J. INT’L L. & POL.* 707–759.

GINSBURG, Tom, CHERNYKH, Svitlana e ELKINS, Zachary. 2008. *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*. *University of Illinois Review*.

GREEN, Donald P.; SHAPIRO, Ian. 1994. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. New Haven: Yale University Press.

HAMMOND, Thomas; BONNEAU, Chris; and SHEEHAN, Reginald. 2005. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, California, Stanford University Press.

HIRSCHL, Ran. 2005. *Hegemonic Preservation in Action? Assessing the Political Origins of the EU Constitution*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, issue 2, pp. 269-291.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. 1897. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*, v. 10, issue 8, pp. 457-478.

HOMERO. 1996. *Odisseia*. Tradução de Manuel Odorico Mendes. 2º Edição. São Paulo: Ars Poetica, Editora da Universidade de São Paulo.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. 2011. *O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Empírica*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, pp. 170-187.

JOHNSON, Timothy R.; WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS, James F. 2004. *The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court*. Annual meetings of the American Political Science Association, Chicago, Illinois.

JOLIVET, Régis. 1961. *Curso de Filosofia*. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. 5ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora.

JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin.

KASTELLEK, Jonathan P. 2010. *The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees*. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, issue 2, pp. 202–230.

KAPPAUN, Alexandre de Oliveira; SANTOS, Vanessa Cristina dos. *A interação entre a política interna e a política externa: a teoria dos jogos de dois níveis e os temas sociais na política externa brasileira*. In 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, São Paulo.

KNIGHT, Jack. 2001. *Law and Rational Choice*. St. Louis: Washington University.

KLAFKE, Guilherme Forma. 2010. *Vícios do Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP. São Paulo.

KRISLOV, Samuel. 1963. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. The Yale Law Journal, v. 72, n. 4, pp. 694-721.

KOERNER, Andrei. 2005. *Direito e Modernização Periférica - Por uma análise sócio-política do pensamento jurídico constitucional pós-1988*. Comunicação apresentada ao XXIX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu (MG).

KOERNER, Andrei. 2006. *Instituições, Decisão Judicial e Análise do Pensamento Jurídico: o Debate Norte-Americano*. 5º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

KRITZER, Herbert M. 2003. *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, pp. 387-416.

LAX, Jeffrey R. 2011. *The New Judicial Politics of Legal Doctrine*. The Annual Review of Political Science, pp.131-157.

LEÃO, Ênio. 2012. *O Poder Judiciário Como um Novo Tomador de Decisão na Política Externa Brasileira Pós 1988*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política - Universidade Federal de Pernambuco.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. 2009. *O STF na Crise Institucional Brasileira: Estudos de Caso: Abordagem Interdisciplinar de Sociologia Constitucional*. São Paulo: Malheiros.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. *O Modelo Janicélo de Incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição: As Perplexidades da Validade e da Aplicabilidade do Novo Parágrafo*

3º do artigo 5º. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 9, n. 9 (2009). Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, pp. 191-205.

MALINVERNI, Giorgio. 2006. *The Status of International Treaties of Human Rights: Venice Commission Collections Science and Technique of Democracy*. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, pp. 147-150.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. & WAHLBECK, Paul. 1999. *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, pp. 43-64.

MARCH, James G. e OLSEN, Johan P. *Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política*. Revista de Sociologia e Política. 2008, v. 16, n. 31, pp. 121-142.

MAUÉS, Antonio Moreira. 2012. *Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, pp. 587-624.

MAVEETY, Nancy. 2003. *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.

MARINONI, Luiz Guilherme. 2009. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.11-58.

MATTIUZZO, Marcela. 2011. *Voto Vencido, Fundamentação Diversa e Fundamentação Complementar: Um estudo sobre deliberação no Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP. São Paulo.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2010. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Vol. I, 10^o edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. 2000. *Direito Constitucional Internacional*. 2^o edição. Rio de Janeiro: Renovar.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo, Tendências/Debates, 1/2/10.

MERA, Manuel Eduardo Góngora. 2011. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America Through National and Inter-American Adjudication*. San José: Inter-American Institute of Human Rights.

MESQUITA, Ethan Bueno de; ENSON, Matthew Stepheson. 2002. *Informative Precedent and Intrajudicial Communication*. *American Political Science Review*, v. 96, n. 4, pp. 755-766.

MURPHY, Walter; PRITCHETT, Herman C.; EPSTEIN, Lee. 2002. *Courts, Judges and Politics: An Introduction to the Judicial Process*. 5th Edition. New York: McGraw-Hill.

NEUMAN, Gerald L. 2003. *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*. Stanford Law Review, v. 55, n. 5, pp. 1863-1900.

NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S. 2009. *Judicial Process: Law, Courts and Politics in the United States*. 5th Edition. Cengage Learning.

NICHOLSON, Chris; COLLINS JR, Paul M. 2007. *Selecting Influence? The Solicitor General and the Supreme Court*. Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, Illinois.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2011. *Justiça, Profissionalismo e Política: O STF e o Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2012. *Supremo Relator: Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos governos FHC e Lula*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 27, n. 80, pp. 89 – 115.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2012b. *Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: Coalizões e "Panelinhas"*. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012.

OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. 2012. *Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach*. Emory International Law Review, v. 26, 2012, pp. 555-598.

PEREIRA, Saylon Alves. 2010. *Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP. São Paulo.

PERRY Jr., H. W. 1991. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. 2006. *Repercussão Geral e Writ of Certiorari*. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

PIOVESAN, Flávia. 2003. *Temas de Direitos Humanos*. 2^o ed. São Paulo: Max Limonad.

PIOVESAN, Flávia. 2005. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord). *Reforma do Judiciário*. Editora Método. São Paulo.

PIOVESAN, Flávia. 2009. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In AMARAL JUNIOR, Alberto do; PIOVESAN, Flávia; IKAWA Daniela (Coords). 2010. *Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá.

PIOVESAN, Flávia. 2010. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11^o edição. São Paulo: Editora Saraiva.

POPPER, Karl R. 1963. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. New York: Routledge and Kegan Paul.

PUTNAM, Robert. 1988. *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*. *International Organization*, v. 42, n. 3, pp. 427- 460.

RAMOS, Elival da Silva. 2009. *Os Tratados sobre Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro Pós-Emenda Constitucional 45/05*. In AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. 2005. *Primeiro passo*. RENAUULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva.

ROHDE, David W.; SPAETH, Harold J. 1976. *Supreme Court Decision Making*. San Francisco: W. H. Freeman.

ROSENN, Keith S. 2011. *Procedural Protection of Constitutional Rights in Brazil*. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, issue 4, pp. 1009-1050.

SHAPIRO, Martin. 1963. *Political Jurisprudence*. *Kentucky Law Journal*, v. 52, pp. 294-345.

SANDHOLTZ, Wayne. 2012. *Constitutions and Human Rights Treaty Commitments*. Presentation in Northern California International Law Scholars Conference, UC Berkeley School of Law.

SANDHOLTZ, Wayne. 2012b. *Treaties, Constitutions, Courts, and Human Rights*. *Journal of Human Rights*, v. 11, issue 1, pp. 17-32

SANTOS, Bárbara Moutinho Cordeiro. 2011. *Denúncia de tratados de direitos humanos no Brasil e a possibilidade de intervenção do Congresso Nacional*. Monografia em Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

SARLET, Ingo Wolfgang. 2011. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, pp. 325-344.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press.

SEGAL; Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. 1995. *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*. *The Journal of Politics*, v. 57, n. 3, pp. 812-823.

SEGAL, Jeffrey A. 1999. *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Markisist Model*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, pp. 237-253.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press.

SILVA, Alexandre Garrido da Silva et al. 2008. *Os Direitos fundamentais sob a perspectiva da sociedade de risco: a lei nº 11.105/05 e o Supremo Tribunal Federal*. *Direitos fundamentais e justiça*, v. 2, n. 4, p. 211-236.

SILVA, Virgílio Afonso da. 2009. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250.

SIMMONS, Beth A. 2009. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge, Cambridge University Press.

SOARES, Alessandra Guimarães. 2012. *O Congresso Nacional brasileiro e os Direitos Humanos no pós redemocratização (1988-2010)*. Dissertação em Ciência Política, Universidade Federal de São Carlos.

SPAETH, Harold J.; SEAGAL, Jeffrey A.; HOEKSTRA, Valerie; EPSTEIN, Lee. *Do political preferences change? A longitudinal study of U.S Court Justices*. *Journal of Politics*, Texas, v. 60, n. 3, pp. 801-818.

SPAETH, Harold J. 2008. *Reflections about Judicial Politics*. In WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press.

SPILLER, Pablo T.; GELY, Rafael. 2008. *Strategic Judicial Decision Making*. In *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press, pp. 34-45.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. 2009. *Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.). *Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro/Criciúma: Lumen Juris/UNESC.

TAVARES, André Ramos. 2005. *A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord). *Reforma do Judiciário*. Editora Método. São Paulo.

TILLER, Emerson H.; CROSS, Frank B. 2006. *What is Legal Doctrine?*. *Northwestern University Law Review*, v. 100, n. 1, pp. 517 - 534

TRAVIESO, Juan Antonio. 1990. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2000. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

TRINDADE, Vinícius Fox Cançado. 2009. *O Regime Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos e sua Projeção no Direito Brasileiro: O Papel Internacional das Jurisdições Nacionais*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 9, n. 9 (2009). Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, pp. 207-225.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. 1975. *O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional*. Dissertação em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

VAGTS, Detlov. 2004. *Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading*. European Journal of International Law, v. 4, pp. 472-505.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. 2008. *A Constituição de 1998, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "à Brasileira"*. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008, pp. 407-440.

VIEIRA, Oscar Vilhena. 1997. *A Constituição como Reserva de Justiça*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, pp. 53-97.

VIEIRA, Oscar Vilhena. 2008. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, pp. 441-464.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Luci Costa. 2009. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV, pp. 21-44.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. 2012. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado em Direito - Universidade de São Paulo.

WAHLBECK, Paul J. 1997. *The life of the Law: Judicial Politics and Legal Change*. *The Journal of Politics*, v. 59, n. 3, august 1997, pp. 778-802.

WAHLBECK, Paul J. 2006. *Strategy and Constraints on Supreme Court Opinion Assignment*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, No. 6, Symposium: The Chief Justice and the Institutional Judiciary, pp. 1729-1755.

WHITTINGTON, Keith. 2000. *Once More Unto the Breach: Post Behavioralist Approaches to Judicial Politics*. *Law & Social Inquiry*, v. 25, n. 2, pp. 601-634.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. 2008. *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press.