

## O STF E A OPINIÃO PÚBLICA\*\*

MARCELO NOVELINO\*

A influência da opinião pública é um dos temas de grande relevância para o estudo do comportamento judicial<sup>1</sup> e, por conseguinte, para o desenvolvimento de teorias normativas da decisão. Para dizer como os juízes devem decidir, é necessário saber como eles são capazes de decidir,<sup>2</sup> o que exige, em certa medida, o conhecimento das razões pelas quais determinados fatores extrajurídicos tendem a influenciar o comportamento deles e em que tipo de circunstâncias há maior probabilidade de que isso venha a ocorrer. Em contextos decisórios e institucionais característicos, a opinião pública tende a influenciar não apenas o resultado do julgamento, mas também outros aspectos importantes como, *e.g.*, o tempo de tramitação do processo ou a concessão de uma liminar. Essa constatação suscita uma questão intrigante: por que um juiz que não depende do apoio popular se importaria com a opinião pública e em que medida essa preocupação interfere no comportamento?

Definida por Jellinek como os pontos de vista da sociedade sobre determinados assuntos de natureza política e/ou social,<sup>3</sup> a *opinião pública* nem sempre é identificável de forma nítida. Muitas vezes, a origem e a extensão dos pontos de vista acolhidos pela sociedade são incertas ou desconhecidas, não sendo possível precisar se estes resultam de uma vontade popular profunda ou se refletem apenas uma “paixão momentânea” decorrente de algum acontecimento de grande repercussão social<sup>4</sup> ou induzida por alguns grupos

\* Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor de Direito Constitucional do Curso LFG. Procurador Federal.

\*\* Esta é uma versão reduzida e atualizada do artigo “A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF”.

<sup>1</sup> O termo “comportamento judicial” será empregado em um sentido amplo, a fim de designar as atitudes adotadas pelos juízes tanto na decisão de mérito, quanto durante as demais fases de um processo.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Schauer (2008, p. 24) afirma que, “antes de decidir inteligentemente o que os juízes *devem* fazer, precisamos ver tanto o que eles estão fazendo, como o que eles podem fazer”, investigação esta que pode ser proveitosamente informada pelas sérias pesquisas empíricas sobre a psicologia do julgamento.

<sup>3</sup> Na Ciência política, a “opinião pública” é apresentada com sentidos diversos. Como observa BONAVIDES, Paulo (1988, p. 562), o termo é utilizado “ora como a opinião de uma classe, ora de toda a nação (opinião de todos), ora simplesmente da maioria dominante ou ainda das classes instruídas, em contraste com as massas analfabetas.”

<sup>4</sup> BAUMAN, Zygmunt (2000, p. 11) sustenta que a comunicação eventual entre as esferas da vida pública e da vida privada, por meio da qual se manifesta nossa sociabilidade, se dá através de “explosões espetaculares”, nas quais “oportunidades de extravasão surgem por vezes em festivais de compaixão e caridade, por vezes em eclosões de agressão acumulada contra um inimigo público recém-descoberto (...), outras em um acontecimento no qual a maioria das pessoas se sente fortemente envolvida ao mesmo tempo.” O sociólogo polonês argumenta que essas “explosões” são marcadas por sua efemeridade, já que “perdem força rapidamente”, pois “assim que voltamos às questões rotineiras do nosso dia-a-dia, as coisas também retornam, inalteradas, ao ponto inicial.”

de pressão.<sup>5</sup> Os juízes se mantêm cientes dos anseios populares, sobretudo, através da mídia, o que, de certo modo, possibilita uma interferência dos meios de comunicação na percepção acerca da vontade popular. Distorções, omissões ou superexposições com o intuito de favorecer ou prejudicar os interesses de certos grupos não são incomuns. Mesmo quando elaboradas pesquisas específicas de opinião pública sobre determinados temas, há sempre o risco de serem produzidos “resultados artificiais”.<sup>6</sup>

A influência exercida pela opinião pública sobre as decisões judiciais pode ser abordada sob duas perspectivas distintas. Em *termos normativos*, a discussão tem como foco central a legitimidade da influência popular sobre as decisões, sobretudo em face do papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Em que medida os juízes devem estar atentos à opinião pública e se deixar influenciar por ela? Em que tipo de situação essa influência deve ou não ser admitida? A sensibilidade dos juízes aos anseios sociais fortalece o regime democrático ou é algo incompatível com o papel do Judiciário em um Estado de Direito? Sob o *ponto de vista descritivo*, a análise volta-se para a efetiva influência exercida pela opinião pública sobre o comportamento dos juízes. Por que uma corte constitucional<sup>7</sup> se preocuparia com a possível reação da opinião pública às decisões por ela proferidas? Em que medida essa preocupação seria capaz de influenciar o comportamento de seus membros? Em que tipo de contexto essa influência teria maior probabilidade de se manifestar?

A presente abordagem terá um caráter eminentemente *descritivo*. Não se incluem entre as preocupações que irão nortear este trabalho discutir se a opinião pública deve ou não influenciar o comportamento judicial, ou em que medida e em quais circunstâncias isso seria desejável. Essas questões poderão ser desenvolvidas em uma abordagem prescritiva, que, embora de extrema relevância, pressupõe o conhecimento e a compreensão do cenário decisório real, o que só é possível através da observação e interpretação dos fenômenos empíricos e dos mecanismos de pressão que atuam sobre o comportamento dos juízes.

<sup>5</sup> BARROSO (2011, p. 267): “A sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular”; PEREIRA (2012): “Em certas situações, a opinião hegemônica dos cidadãos surge espontaneamente e, em sequência, é captada e vocalizada na mídia tradicional. Noutras ocasiões, diversamente, é a visão dos agentes controladores da mídia que influencia e determina a opinião da audiência. Nessa dinâmica, não raro se torna impossível apontar a origem da ideia tida por hegemônica e divisar a sempre lembrada diferença entre a opinião pública e a ‘opinião publicada’.”

<sup>6</sup> Nesse sentido, Jane Reis Pereira (2012) argumenta que, “em certas situações, a opinião hegemônica dos cidadãos surge espontaneamente e, em sequência, é captada e vocalizada na mídia tradicional. Noutras ocasiões, diversamente, é a visão dos agentes controladores da mídia que influencia e determina a opinião da audiência. Nessa dinâmica, não raro se torna impossível apontar a origem da ideia tida por hegemônica e divisar a sempre lembrada diferença entre a opinião pública e a ‘opinião publicada’”. Já quando a posição popular é apurada por pesquisas – as quais, em tese, teriam o selo da imparcialidade e da objetividade – há o risco de serem produzidos resultados artificiais, seja porque quando indagadas sobre temas polêmicos as pessoas tendem a emitir julgamentos sobre assuntos sobre os quais não refletiram ou que desconhecem, seja porque o próprio processo de inquirição eventualmente sugestiona as respostas.”

<sup>7</sup> O termo “corte constitucional” será utilizado para fazer referência tanto às supremas cortes inspiradas no modelo norte-americano, quanto aos tribunais constitucionais típicos do sistema europeu.

## 1 A tensão entre o controle de constitucionalidade e o princípio majoritário: a “dificuldade contramajoritária”

Uma das principais críticas à influência da opinião pública tem como fundamento o papel contramajoritário que deve ser desempenhado pelas cortes constitucionais. A base lógica tradicional para se conferir um poder político a um órgão composto de membros não eleitos consiste na necessidade de proteção das minorias contra o excesso democrático, o que pressupõe, ao menos até certo ponto, uma atuação independente da influência da opinião pública. Nesse sentido, os defensores da *resposta madisoniana*<sup>8</sup> consideram o controle dos excessos de maiorias legislativas como principal razão para a existência da jurisdição constitucional. (NORPOTH; SEGAL, 1994, p. 711). O papel contramajoritário revelar-se-ia especialmente relevante naqueles casos em que direitos básicos são desrespeitados pela maioria legislativa e teria por finalidade evitar que esta se transforme em uma maioria “tirânica”. O princípio democrático, segundo essa concepção, não se esgotaria no princípio majoritário, mostrando-se desejável que algumas decisões políticas sejam tomadas por uma instituição relativamente isolada de pressões políticas. (BARNUM, 1985, p. 652-653).

Essa resposta tradicional, no entanto, vem sendo contestada por teóricos positivos,<sup>9</sup> desde meados do século passado, com base na *tese do regime dominante (ruling regime)* formulada por Robert Dahl.<sup>10</sup> Ao analisar o contexto estadunidense, Dahl (1957) conclui que a preocupação com a “dificuldade contramajoritária”<sup>11</sup> é algo sem fundamento, por terem sido raríssimos os casos nos quais a Suprema Corte foi bem sucedida na tentativa de bloquear a vontade da maioria em questões políticas importantes. Segundo o autor, embora tenha competência para tomar decisões políticas contramajoritárias, a Suprema Corte geralmente não o faz por estar alinhada ao “regime dominante”, isto é, com o Presidente da República e com o Congresso. Somente durante curtos períodos de transição, quando a antiga aliança está se desintegrando e a nova está lutando para assumir o controle das instituições políticas, o

<sup>8</sup> James Madison, que era advogado e político, foi o quarto Presidente dos EUA e um dos coautores da famosa obra “Os Federalistas”.

<sup>9</sup> O termo “teóricos positivos” é utilizado, sobretudo na ciência política, para designar os estudiosos que têm como foco central de suas preocupações teóricas a descrição da realidade existente. Distinguem-se, portanto, dos “teóricos normativos”, cuja preocupação principal está relacionada à modificação da realidade existente, a como esta realidade deveria ser e não como ela efetivamente é.

<sup>10</sup> A importância do artigo elaborado por Dahl é destacada por Epstein, Knight e Martin (2001, p. 583) ao observarem que “não decorreu um único ano ao longo das duas últimas décadas sem que um artigo publicado em uma revista de ciências sociais ou em uma revista de direito tenha citado a peça. Ainda mais importante é a diversidade de trabalhos – e trabalhos de alta qualidade – baseados no estudo do professor Dahl, da investigação sobre a relação entre a opinião pública e a Suprema Corte dos EUA até o papel que os *justices* desempenham para facilitar os realinhamentos partidários à capacidade do Tribunal de gerar mudanças sociais.”

<sup>11</sup> Em *The least dangerous branch*, Alexander Bickel argumenta que a declaração de inconstitucionalidade de leis elaboradas por representantes democraticamente eleitos contraria a vontade popular e que, nesta tendência contramajoritária, estaria a raiz da dificuldade de se justificar a *judicial review*. Segundo Bickel (1986, p. 16-17), quando um tribunal declara a inconstitucionalidade de um ato do Legislativo ou do Executivo, contraria a vontade de representantes eleitos democraticamente e, por isso, exerce um controle contra a maioria dominante, e não em nome dela.



papel contramajoritário teria maior probabilidade de ser desempenhado, haja vista que, nesses períodos, o Tribunal ainda é um resquício da antiga coalizão. De acordo com essa tese, a Suprema Corte funcionaria como uma espécie de “órgão de legitimação”<sup>12</sup> das políticas da aliança dominante e dos padrões básicos de comportamento necessários ao funcionamento de uma democracia, os quais pressupõem a existência de um amplo consenso acerca de sua validade e adequação. Nesse sentido, embora não seja uma instituição formalmente democrática, a corte constitucional, quando sensível à vontade majoritária, teria um caráter substancialmente democrático.

A tese de que os juízes votam de acordo com as próprias preferências políticas e que estas coincidem com as do regime dominante é contestada pelos adeptos do *modelo estratégico*,<sup>13</sup> os quais apontam fundamentos diversos para o alinhamento entre os poderes. Para Epstein *et al.* (2004, p. 186), a constatação empírica de que a Suprema Corte quase nunca assume um papel contramajoritário pode ser melhor explicada pela necessidade de uma atuação estratégica de seus membros em virtude das limitações institucionais a que estão submetidos. Nessa perspectiva, os *justices* não conseguiriam implementar as próprias preferências políticas sem levar em conta as preferências e as prováveis reações do Legislativo e do Executivo. A “dificuldade contramajoritária” seria resolvida, então, com base em um importante efeito do sistema da separação de poderes: “um incentivo estratégico para antecipar e reagir às preferências dos agentes eleitos.” Para evitar que novas leis ou mesmo emendas à constituição venham a superar as próprias decisões, os juízes interessados em aproximar o conteúdo do direito de suas preferências políticas pessoais teriam que agir estrategicamente, ou seja, não poderiam se afastar muito das preferências do “regime dominante”, o que resultaria no alinhamento constatado.

### 1.1 O papel protetivo, conformador e representativo das cortes constitucionais

A suposta correspondência entre a vontade popular e o conteúdo das normas elaboradas por representantes democraticamente eleitos, assim como a noção de que a proteção de direitos das minorias implica uma atuação contramajoritária são hipóteses que, por variados motivos, nem sempre se verificam na realidade.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> FUNSTON (1975, p. 808-809): “... os professores Dahl e Charles Black estavam corretos ao enfatizar a função da Corte como um órgão de legitimação. O conceito tradicional da Corte como o paladino dos direitos das minorias contra as exigências da maioria é, em grande medida, incorreta.”

<sup>13</sup> O *modelo estratégico* parte de uma premissa simples, mas bastante persuasiva: se os juízes, de fato, se preocupam em avançar objetivos pessoais, seria ingênuo supor que atuam pensando somente no seu resultado preferido, sem considerar as possíveis consequências de suas escolhas e sem agir para torná-las compatíveis, tanto quanto possível, com suas preferências. (BAUM, 2008, p. 14). Apesar de compatível com qualquer outro modelo de comportamento judicial orientado pelo objetivo, a maior parte dos adeptos do *modelo estratégico* adota a mesma premissa do *modelo atitudinal*, no sentido de que os membros da corte constitucional têm como principal objetivo aproximar o direito de suas preferências ideológicas. A principal diferença entre os dois modelos é a forma de atuação (sincera ou estratégica) adotada para alcançar este objetivo.

<sup>14</sup> MENDONÇA (2009, p. 236): “A chamada dificuldade contramajoritária, apontada como característica da jurisdição constitucional, assume como premissa a suposta identidade real entre a vontade popular e as manifestações dos agentes eleitos. Entretanto, nada garante que tal identidade exista de fato. Pelo

Primeiro, porque a *maioria legislativa*, compreendida como o número necessário de parlamentares para a aprovação de uma lei, não corresponde necessariamente à *maioria popular*. Além de uma parte significativa da população não participar ativamente do processo político-eleitoral,<sup>15</sup> muitos candidatos podem ser eleitos com menos da metade do total de votos.<sup>16</sup> Ademais, os interesses de caráter pessoal, as distorções existentes no processo eleitoral e também o conjunto de forças socioeconômicas atuantes nas eleições e durante os mandatos, com frequência, impedem que o grupo político escolhido pelo voto popular represente os reais interesses daqueles que os elegeram ou que vote de acordo com as preferências e desejos da maioria da população. São comuns os casos de grupos de interesse que, apesar de numericamente minoritários, conseguem se fazer representar de um modo desproporcionalmente forte.<sup>17</sup> Em contrapartida, há vários segmentos sociais sub-representados, quer em virtude de algum tipo de hipossuficiência, preconceito ou discriminação, quer apenas por não conseguir se mobilizar politicamente de forma articulada. Vale ressaltar, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 consagrou um processo legislativo indireto, modelo no qual os parlamentares recebem poderes para decidir os assuntos de sua competência legiferante com total autonomia em relação à vontade daqueles que os elegeram. Não são necessárias investigações empíricas para constatar a existência de inúmeras normas jurídicas cujo conteúdo não reflete a vontade majoritária e que, se submetidas a consulta popular, seriam rejeitadas pela grande maioria da população. Por tudo isso, mais do que a expressão da vontade de uma maioria, as opções políticas consagradas nas leis costumam ser “o resultado do conflito, da negociação e do acordo entre as minorias”.<sup>18</sup>

contrário, é bastante razoável supor que muitas das decisões provenientes das instâncias majoritárias seriam rejeitadas pela maioria do eleitorado caso fosse possível submetê-las à ratificação. Sem dúvida, tal circunstância é potencializada pela atual crise de representatividade dos parlamentos, agravada no Brasil pela virtual inexistência de mecanismos de acompanhamento democrático do exercício dos mandatos legislativos. Apesar disso, a constatação seria pertinente mesmo em um sistema de representação em adequado funcionamento. A possibilidade de desencontro entre a manifestação de vontade do corpo de representantes e dos representados é uma característica inerente à representatividade, nem sempre percebida com clareza em razão do alheamento político e da dispersão da opinião pública, sobretudo em relação aos temas menos glamourosos.”

<sup>15</sup> No Brasil, não podem votar os menores de 16 anos, os estrangeiros, os conscritos durante o serviço militar obrigatório (CRFB/88, Art. 14, § 2º) e os que estiverem com os direitos políticos suspensos (CRFB/88, Art. 15). Ademais, o voto é facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (CRFB/88, Art. 14, § 1º, II). Por fim, há ainda os que, apesar de terem capacidade eleitoral ativa, abstêm-se de votar. Segundo o *Tribunal Superior Eleitoral* (TSE), os índices de abstenção no 1º turno das eleições federais e estaduais foram de: 11,9% em 1989; 17,8% em 1994; 21,49% em 1998; 17,7% em 2002; 16,76% em 2006; 18,12% em 2010. No segundo turno das eleições municipais de 2012, o índice chegou a 19,11%.

<sup>16</sup> É o que ocorre nas eleições majoritárias para o Senado (CRFB/88, art. 46), nas quais se exige a maioria relativa dos votos, e nas eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados (CRFB/88, Art. 45), para as Assembleias Legislativas (CRFB/88, Art. 27, § 1º) e Câmara de Vereadores (CRFB/88, Art. 29, IV). Nas eleições para o Executivo federal, estadual e municipal, a Constituição de 1988 exige a maioria absoluta dos votos, exceto para os Municípios com até duzentos mil eleitores (CRFB/88, Art. 29, II).

<sup>17</sup> De acordo com Segal e Spaeth (1993, p. 240), “os grupos de interesse estão entre os principais definidores de políticas públicas nos Estados Unidos. Eles contribuem com grandes quantidades de dinheiro e pessoal para campanhas políticas.”

<sup>18</sup> DAHL (1957, p. 294): “De um modo geral, a política em nível nacional é o resultado do conflito,

Em segundo lugar, é preciso distinguir a legislatura da época em que um determinado projeto de lei foi aprovado daquela contemporânea à decisão que declarou a lei inconstitucional. Em muitos casos, as preferências políticas dos integrantes da *legislatura atual* não continuam idênticas às da *legislatura de aprovação* da lei. A superveniência de eleições pode gerar um “conflito intertemporal de interesses”, devido a mudanças nas preferências políticas dos parlamentares eleitos para as diferentes legislaturas (FEREJOHN; WEINGAST, 1991, p. 1). Quanto maior o lapso temporal entre a promulgação de uma lei e a decisão que a invalidou, maior a possibilidade de que mudanças fáticas e sociais reduzam o grau de correspondência entre o conteúdo normativo e as preferências políticas da maioria legislativa atual. Nesse caso, a rigor, a invalidação de uma lei pela corte constitucional não pode ser rotulada como uma decisão efetivamente “contramajoritária”.<sup>19</sup>

Um terceiro aspecto relevante se refere às possíveis divergências entre a *maioria nacional* e as *majorias locais*. Em inúmeras questões federais, a proteção de direitos da maioria da população nacional pode exigir decisões contrárias a interesses da maioria local. Isso significa que uma determinada decisão pode ser contramajoritária em termos regionais ou locais, mas majoritária no âmbito nacional.<sup>20</sup>

Por fim, vale lembrar que nem toda decisão favorável à *proteção de minorias* é necessariamente uma *decisão contramajoritária*. Em muitas questões, pode haver um apoio efetivo ou tendencial aos direitos de minorias pela maioria da população. Em casos com tais características, um tribunal pode decidir em favor dos direitos de minorias e, ainda sim, contar com o apoio majoritário.<sup>21</sup>

da negociação e do acordo entre as minorias; o processo não é nem o governo da minoria, nem o governo da maioria, mas o que poderia ser melhor denominado de governo das *minorias*, onde uma agregação de minorias alcança políticas em oposição a outra agregação.”

<sup>19</sup> Um julgado ilustrativo desta situação é o caso no qual a Suprema Corte invalidou uma lei de 1879 do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). No momento em que a decisão foi proferida, pesquisas de opinião pública indicavam que mais de 80% dos norte-americanos eram favoráveis à disponibilização de informações relativas ao controle de natalidade. Neste caso, a intervenção judicial no processo de formulação de políticas serviu para colocar a legislação em conformidade com as preferências de uma maioria nacional, configurando-se em um exemplo flagrante de decisão “majoritária” (BARNUM, 1985, p. 655).

<sup>20</sup> É o que ocorreu, por exemplo, na decisão da Suprema Corte dos EUA que anulou as leis que exigiam a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954) e na que invalidou as leis que proibiam o casamento interracial (*Loving v. Virginia*, 1967). Segundo Barnum (1985, p. 657), embora existissem evidências de que “a Corte estava em sintonia com as tendências pré-existentes em nível nacional da opinião pública sobre as questões de dessegregação na escola e de casamento interracial, a intervenção da Corte no processo de formulação de políticas em cada uma dessas questões foi aparentemente um genuíno ato de tomada de decisão contramajoritária.”

<sup>21</sup> Atento a esta questão, Barnum (1985, p. 662) considera que a reputação contramajoritária da Suprema Corte no período posterior ao *New Deal* pode ter sido exagerada. Segundo ele, em muitas das decisões nas quais protegeu direitos das minorias, a Corte foi apoiada pela maioria popular ou, ao menos, havia uma tendência crescente de apoio no sentido da decisão. Nas questões em que não gozava do apoio da opinião da maioria em favor dos direitos das minorias, o Tribunal se mostrou relutante para decidir. Diante dos dados pesquisados, Barnum concluiu que o ativismo judicial da Suprema Corte pós-*New Deal*, se analisado no contexto das tendências da opinião pública, mostra-se surpreendentemente coerente com os princípios majoritários.



Todas essas distinções, que demonstram inexistir uma correspondência necessária entre as escolhas formalizadas pelos representantes democraticamente eleitos e a vontade real da maioria popular, revelam a fragilidade da premissa na qual se apoia a chamada “dificuldade contramajoritária”. A legitimidade democrática formal não representa qualquer garantia de *legitimidade democrática substancial*, considerada como a efetiva correspondência entre as escolhas legislativas e as preferências da parcela majoritária da população. Em muitos casos, a anulação de atos legislativos pela jurisdição constitucional vai ao encontro do que realmente deseja a maioria da população. Em outros, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e/ou a proteção de direitos de minorias pode significar um reforço da vontade majoritária e não um enfraquecimento. Por tais razões, a mera análise estatística da quantidade de leis invalidadas, por si só, diz muito pouco sobre uma efetiva atuação “contramajoritária” das cortes constitucionais. Estas desempenham não apenas um importante *papel protetivo* dos direitos das minorias contra eventuais excessos da maioria, mas também um importante *papel conformador* no sentido de detectar eventuais conflitos entre a legislação e a vontade da maioria popular e estimular o processo de conformação da política estatal às efetivas preferências nacionais. (BARNUM, 1985, p. 664). É possível identificar, ainda, um *papel representativo* exercido pelas cortes constitucionais ao atender demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo parlamento.<sup>22</sup> Isso não significa que tenham maior expertise ou que sejam a instituição mais adequada para representar a vontade majoritária, mas revela que uma dicotomia irrefletida entre maioria e minoria pode conduzir a respostas desnecessariamente antagônicas, ofuscando a visão sobre o efetivo papel desempenhado pelas cortes constitucionais, que, além de atuarem no sentido de *proteger* os direitos das minorias contra eventuais excessos da maioria, estimulam a *conformação* dos atos políticos à vontade da maioria popular e, eventualmente, até a *representam* em demandas não atendidas pelos órgãos de representação popular.

## 2 O STF e a opinião pública

Nos últimos anos, a intensa exposição midiática do Supremo Tribunal Federal (STF) tem despertado a atenção não só de cientistas políticos, mas também de juristas interessados em compreender de que forma as pressões externas podem interferir no comportamento de voto dos ministros. Dentre os variados fatores que têm contribuído para a crescente visibilidade do Tribunal, pode-se destacar a inédita sequência de casos com forte apelo social, político/ou midiático que teve como ápice o “julgamento do mensalão” (AP 470/DF),

<sup>22</sup> Nesse sentido, Mendonça e Barroso (2013) observam que “circunstâncias diversas têm colocado ênfase no papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Apesar de se tratar de uma questão pouco teorizada, o fato é que um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte permite concluir que ela tem desenvolvido, de forma crescente, uma nítida percepção de si mesma como representante da soberania popular. Mais precisamente, como representante de decisões soberanas materializadas na Constituição Federal e difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo. Tal realidade é perceptível na frequência com que as normas da Constituição são invocadas nos mais diversos ambientes.”

que despertou grande interesse do público e foi objeto de uma cobertura jamais vista no país, com matérias e reportagens veiculadas diariamente em jornais, revistas, rádios e emissoras de televisão.<sup>23</sup> A exposição midiática foi de tal monta que alguns dos ministros se tornaram personagens conhecidos de grande parte dos cidadãos brasileiros.<sup>24</sup>

Na percepção de alguns analistas, a forte pressão exercida pela mídia e pela opinião pública teria influenciado o comportamento de voto de alguns dos ministros.<sup>25</sup> Para Mendonça e Barroso (2013), a postura mais rígida adotada pelo STF teria sido um “ponto fora da curva”, uma vez que as demais decisões proferidas no mesmo ano contrariam a suposta tendência de endurecimento em matéria penal.<sup>26</sup> Parte da comunidade jurídica criticou a mudança de

<sup>23</sup> FERREIRA (2013, p. A10): “Em 2012, ano do julgamento do mensalão e de outros casos de grande repercussão, a exposição do Supremo Tribunal Federal (STF) em 1.424 veículos de mídia escrita do país cresceu 116%, na comparação com 2011. O pico no número de citações ao tribunal em jornais, revistas, portais e blogs da internet verificados por empresas de mídia contratadas pelo STF ocorreu em agosto, primeiro mês do mensalão, quando as referências à corte mais que quadruplicaram. O ‘ano pop’ do STF também foi percebido nas redes sociais. Em janeiro de 2012 o tribunal tinha cerca de 180 mil seguidores no Twitter. Esse número subiu para 316 mil em dezembro.”

<sup>24</sup> Em uma pesquisa de opinião pública realizada no final de 2012, o Ministro Joaquim Barbosa – Relator do processo e um de seus principais protagonistas – chegou a ter 10% das intenções de voto para a Presidência da República, aparecendo em terceiro lugar entre os potenciais candidatos. A pesquisa apontou, ainda, que o Ministro ganha destaque entre os mais escolarizados (21%) e entre aqueles com renda mensal familiar de 5 a 10 mínimos (20%). (DATAFOLHA, 2012). No final de 2013, após mais um ano de “julgamento do mensalão” com intensa cobertura da imprensa, o nome de Joaquim Barbosa passou a ter a segunda maior intenção de votos (15%) entre os eleitores, um aumento de 50% em relação o ano anterior, ficando atrás apenas do Presidente da República em exercício. (DATAFOLHA, 2013a).

<sup>25</sup> Nesse sentido, *e.g.*, a opinião manifestada por Breno Altman (2012, p. A3): “Os monopólios da comunicação exercem pressão para que a corte endosse sua versão e condene a qualquer custo. Mais que preocupação eleitoral imediata, a batalha se trava para legitimar a velha mídia, verdadeiro partido das elites, como senhora da opinião pública, além de impor gravame ético ao PT e ao governo Lula. Apesar da resistência de alguns juízes, vem à baila comportamento que remonta a práticas inquisitoriais. Jurisprudências estão sendo alteradas por novas interpretações. Magistrados que absolveram o ex-presidente Fernando Collor da denúncia de corrupção passiva, inexistindo ato de ofício, agora apregoam que essa já não é a exigência seminal. Fala-se abertamente em ‘flexibilização de provas’, eufemismo para que condenações possam ser emitidas a despeito da materialidade dos fatos, ampliando de forma quase ilimitada a subjetividade de opinião dos que têm o dever de julgar. Também apela-se à tese de ‘domínio funcional do fato’. Por esse conceito, pode-se condenar sem provas cabais de autoria, bastando que o cargo do réu, mais evidências *latu sensu*, corrobore ilação de responsabilidade, na prática eliminando a presunção de inocência.”

<sup>26</sup> MENDONÇA; BARROSO (2013): “A verdade é que jamais houve um julgamento sob clamor público tão intenso, assim como sob mobilização tão implacável dos meios de comunicação. E é fora de dúvida que o STF aceitou e apreciou o papel de atender à demanda social pela condenação de certas práticas atávicas, que não devem ser aceitas como traço inerente ao sistema político brasileiro ou à identidade nacional. Desempenhou, assim, o papel representativo de agente da mudança. É inegável, todavia, que a superação de linhas jurisprudenciais anteriores, a dureza das penas e o tom por vezes panfletário de alguns votos surpreenderam boa parte da comunidade jurídica. [...] A visibilidade pública, a cobrança da mídia e as paixões da plateia criaram, na sociedade, um ambiente mais próprio à catarse do que à compreensão objetiva dos fatos. Divergências maiores ou menores quanto à prova e suas implicações jurídicas eram tratadas pelo público com a exaltação das torcidas futebolísticas. De lado a lado. Esse misto de incompreensão e intolerância levou a episódios de incivildade como o que foi vivido pelo ministro Lewandowski em uma seção eleitoral em São Paulo. O mesmo ministro, aliás, que havia recebido inúmeras manifestações de apoio popular por seu papel de destaque na condução das Eleições de 2010 e no julgamento que confirmou a validade



tom em relação à jurisprudência até então adotada pelo tribunal, sob o argumento de que teria se distanciado da tradição garantista, flexibilizando a interpretação e os critérios de admissibilidade de determinadas provas. Não faltaram penalistas a destacar que a “teoria do domínio do fato”, invocada como fundamento para algumas das condenações, teria sido aplicada de modo equivocado e que, a rigor, não fora utilizada para a descoberta do resultado, mas apenas para justificar escolhas feitas sob a influência da mídia e da opinião pública.<sup>27</sup>

A pressão externa gerou reações em sentidos opostos dentro da corte.<sup>28</sup> De um lado, ministros mais afinados com o discurso da imprensa e com o ímpeto punitivo da maioria da população<sup>29</sup> sustentavam que deveria ser oferecida uma pronta resposta à sociedade e consideravam que a celeridade do julgamento seria algo desejável.<sup>30</sup> De outro, aqueles que acolhiam pontos de vista divergentes ressaltavam a necessidade de assegurar aos réus o direito à ampla defesa e demonstravam visível desconforto com as medidas voltadas a tornar mais célere a tramitação do processo.<sup>31</sup> Antes mesmo do início do julgamento no plenário, após ter sido criticado pela demora, Lewandowski antecipou a liberação de seu voto e desabafou: “É o voto-revisor mais curto da história do Supremo Tribunal Federal. A média para um réu é de seis meses. Eu fiz das tripas coração para respeitar o que foi estabelecido pela Suprema Corte.” (SELIGMAN, 2012, p. A4).<sup>32</sup>

da Lei da Ficha Limpa. A lição é inequívoca: o reconhecimento popular pode ser efêmero e mutável, e o bom juiz não pode e não deve agir para obtê-lo.”

<sup>27</sup> TÓRTIMA (2012): “Não se pode deixar de lamentar que aparentemente se tenha recorrido ao seu uso de forma equivocada em um julgamento de tamanha repercussão. [...] A adoção de teorias aparentemente herméticas, e, de toda sorte, conhecidas por uma parcela pequena da população e mesmo da comunidade jurídica, costuma servir de alibi para drásticas alterações de orientação de entendimento jurídico.”

<sup>28</sup> O Ministro Celso de Mello, responsável pelo voto de desempate a favor da admissibilidade dos embargos infringentes, afirmou: “Há alguns que ainda insistem em dizer que não fui exposto a uma brutal pressão midiática. Basta ler, no entanto, os artigos e editoriais publicados em diversos meios de comunicação social (os ‘mass media’) para se concluir diversamente! É de registrar-se que essa pressão, além de inadequada e insólita, resultou absolutamente inútil. [...] Essa tentativa de subjugação midiática da consciência crítica do juiz mostra-se extremamente grave e por isso mesmo insólita.” (BERGAMO, 2013, p. E2).

<sup>29</sup> Pouco antes do início do “julgamento do mensalão”, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou pesquisa de opinião pública na qual cerca de 70% dos brasileiros eram favoráveis à condenação dos réus.

<sup>30</sup> O então Presidente do STF, Ministro Ayres Britto, chegou a enviar um ofício ao revisor alertando sobre os prazos regimentais, o que causou indignação nos advogados dos réus e em alguns membros do Partido dos Trabalhadores (PT) que consideraram a ação como “atípica”. Ao defenderem a atitude de Britto, alguns Ministros chegaram a afirmar que o revisor estaria agindo “contra o colegiado” ao protelar a liberação do voto. (MAGALHÃES, 2012, p. A4). Em outra oportunidade, o Ministro Joaquim Barbosa demonstrou irritação com a possibilidade de que o “julgamento do mensalão” se prolongasse até 2013. “A nação não aguenta mais este julgamento”; “está na hora de acabar”, afirmou o Relator no final de 2012. (SELIGMAN; COUTINHO; FALCÃO, 2012, p. A4).

<sup>31</sup> Na sessão do dia 15.08.2013, o Ministro Ricardo Lewandowski sugeriu que a sessão fosse interrompida para ser retomada na semana seguinte e, diante da negativa de Joaquim Barbosa, afirmou: “Presidente, nós estamos com pressa de quê? Nós queremos fazer justiça.” Barbosa, por sua vez, respondeu: “Nós queremos fazer nosso trabalho. Fazer nosso trabalho e não chicana.” Diante da dura discussão travada entre os ministros, o decano da Corte, Ministro Celso de Mello, fez uma intervenção para sugerir que a sessão fosse suspensa.

<sup>32</sup> Em reportagem publicada pelo jornal *Folha de S. Paulo*, no ano de 2007, a jornalista Vera Magalhães

Um verdadeiro embate doutrinário e ideológico foi travado entre os ministros. Se, de um lado, Joaquim Barbosa afirmava que algumas das penas impostas foram demasiadamente baixas em decorrência de uma “leitura errônea” do dispositivo do Código Penal;<sup>33</sup> de outro, Dias Toffoli criticava a “dureza” das penas aplicadas aos réus e defendia a fixação de medidas alternativas, sob o argumento de se tratar de um tipo de crime praticado por “pessoas que não são violentas, que não agredem o ser humano do ponto de vista real.”<sup>34</sup> O julgamento foi marcado, ainda, por acalorados debates e contundentes discordâncias sobre a interpretação de textos normativos e a valoração de fatos, principalmente, entre o relator e o revisor. Segundo levantamento do jornal *O Globo*, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski tiveram uma visão diferente em 46% das 71 decisões que trataram sobre a prática ou não de um determinado crime (GÓES, 2012). Não obstante as divergências mostrarem-se usuais no meio jurídico, a defesa contundente de posições diametralmente opostas durante o julgamento e as ásperas discussões travadas entre os ministros não deixam dúvidas de que a alta saliência política, social e midiática do caso tornou o ambiente decisório ainda mais suscetível à influência não apenas da mídia e da opinião pública, mas também de outros fatores extrajurídicos.

## 2.1 Razões subjacentes à convergência de opiniões

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, além de possuírem garantias funcionais voltadas a proteger sua independência e imparcialidade, não dependem da população para serem mantidos no cargo e, portanto, não possuem os mesmos incentivos de agentes políticos eleitos pelo voto popular. Por que motivo, então, a opinião pública poderia influenciar o comportamento deles?

(2007, p. A4) afirmou ter presenciado conversa telefônica na qual o Ministro teria manifestado seu desconforto com a pressão externa exercida pela imprensa. A notícia foi veiculada nos seguintes termos: “Em conversa telefônica na noite de anteontem, o ministro Ricardo Lewandowski, do STF (Supremo Tribunal Federal), reclamou de suposta interferência da imprensa no resultado do julgamento que decidiu pela abertura de ação penal contra os 40 acusados de envolvimento no mensalão. ‘A imprensa acouo o Supremo’, avaliou Lewandowski para um interlocutor de nome ‘Marcelo’. ‘Todo mundo votou com a faca no pescoço.’ Ainda segundo ele, ‘a tendência era amaciar para o Dirceu’. Lewandowski foi o único a divergir do relator, Joaquim Barbosa, quanto à imputação do crime de formação de quadrilha para o ex-ministro da Casa Civil e deputado cassado José Dirceu, descrito na denúncia do procurador-geral da República, Antonio Fernando de Souza, como o ‘chefe da organização criminoso’ de 40 pessoas envolvidas de alguma forma no escândalo.”

<sup>33</sup> O Ministro afirmou: “Eu chamei a atenção no Plenário para uma discrepância que ocorria durante o julgamento. Disse, naquela oportunidade, que o Plenário vinha fazendo uma leitura errônea do artigo do Código Penal relativo à corrupção passiva, que me parecia uma leitura errônea e, em consequência dessa leitura errônea, algumas penas, sobretudo as fixadas após a saída do ministro Carlos Britto, estavam muito baixas, muito discrepantes. Eu cumpri o meu dever, alertei para o fato. O Plenário, que é soberano, achou por bem não considerar as consequências daquele fenômeno que eu havia apontado. Não insisti mais no pleito.” (BALIARDO, 2012).

<sup>34</sup> Durante o julgamento, o Ministro Dias Toffoli chegou a afirmar que “prisão combina com período medieval” e que “a filosofia daquele que comete um delito está em debate na sociedade contemporânea há muito tempo. Esse parâmetro do julgamento em 2012 não é o parâmetro da época de Torquemada, da época da condenação fácil à fogueira.” (AGÊNCIA BRASIL, 2012).

Ao contrário das críticas dirigidas às pressões externas, em geral, de forma contundente,<sup>35</sup> as poucas manifestações favoráveis à sensibilidade dos juízes aos anseios populares costumam ser feitas com cautela e de modo eufemístico.<sup>36</sup> Não obstante, o fato de a opinião pública raramente ser mencionada em “pronunciamentos oficiais” de membros do Judiciário tem pouca relevância na aferição de sua real influência. Referências à opinião pública podem ser deliberadamente omitidas por esta ser considerada uma influência indevida ou mesmo para evitar que o tribunal seja visto como uma instituição política semelhante às demais. Não seria sensato esperar que os juízes, ao proferir decisões, admitissem estar cedendo a algum tipo de pressão popular.<sup>37</sup> Em alguns casos, é provável, ainda, que essa influência opere abaixo do nível da plena consciência, sem que seja deliberadamente levada em conta pelo julgador. A rigor, as alusões à opinião pública se caracterizam como enunciados normativos formulados no sentido de que ela *deve* ou *não deve* influenciar as decisões judiciais.

A convergência entre a opinião pública e as decisões do STF pode resultar de razões de natureza distinta, conforme o contexto decisório e institucional. Tais razões serão analisadas em separado, o que não significa que sejam necessariamente excludentes ou incompatíveis entre si.

<sup>35</sup> O Ministro Luís Roberto Barroso, quando do “julgamento do mensalão”, afirmou: “Se o que eu considerar certo e justo não coincidir com o que sai no jornal no outro dia, cumprio o meu dever contra a opinião pública. Esse é o papel de uma corte constitucional. Sou um juiz constitucional. Não julgamos para a multidão, julgamos pessoas. [...] Não estou subordinado à multidão, estou subordinado à Constituição.” O Ministro Gilmar Mendes é um dos que costuma adotar, com maior frequência, uma postura crítica em relação à influência da opinião pública. Quando do julgamento da “Lei da Ficha Limpa” (RE 633.703/MG, j. 23.3.2011), diante da pressão popular para que o STF admitisse a incidência imediata das novas regras, Mendes destacou que a missão da Corte seria aplicar a Constituição, independentemente da opinião pública, sendo que o princípio da anterioridade eleitoral (CRFB/88, art. 16), enquanto *garantia da minoria*, deveria atuar como “uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.” Em seu voto como Relator, o Ministro teceu as seguintes considerações: “É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei do Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária.”

<sup>36</sup> Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, embora tenha ressalvado que a opinião pública não pode interferir na “avaliação das provas” e na “aplicação do direito” em ações individuais, admitiu que “as vozes sociais têm que ser ouvidas” em determinadas questões e citou, como exemplo, os casos envolvendo a “união homoafetiva” e a “marcha da maconha”. (BASILE, 2012).

<sup>37</sup> Mesmo na Suprema Corte dos EUA, onde o alinhamento com a opinião pública tem sido constatado empiricamente, as referências a ela não são usuais. De acordo com o levantamento feito por Thomas Marshall (1989, p. 35-39), a opinião pública é mencionada em menos de 2% dos votos majoritários dessa Corte, e, somente em cerca de um quinto desses casos, os *justices* sugerem que o direito deve refleti-la em alguma medida.



### 2.1.1 Hipóteses para a influência indireta

O alinhamento entre determinadas decisões de uma corte constitucional e a vontade majoritária não significa necessariamente uma influência direta da opinião pública sobre o comportamento de voto dos seus membros. Em certos casos, os pontos de vista em comum podem decorrer do compartilhamento de valores e preferências semelhantes.

Uma das prováveis razões para esse alinhamento é a forma de recrutamento dos juízes, cuja escolha tende a levar em conta a convergência de pontos de vista com o “regime dominante”. Como os membros do Executivo e do Legislativo são eleitos pelo voto popular, as preferências políticas tendem a estar em sintonia com a opinião pública. Os ministros do STF são escolhidos pelo Presidente da República e a nomeação depende da aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado (CRFB/88, art. 101, parágrafo único). Apesar de os critérios utilizados serem bastante diversificados, o alinhamento político-ideológico é um dos fatores que têm sido considerados para a escolha dos nomes, sobretudo nos últimos anos, a partir do “Governo Lula”.<sup>38</sup> Essa “hipótese da nomeação” pode explicar a sintonia do Tribunal com a opinião pública em determinados temas.

Além disso, os ministros do STF estão inseridos em um contexto sociocultural e, da mesma forma que os demais membros da sociedade, são influenciados pela evolução das normas e valores sociais.<sup>39</sup> A convergência de opiniões ou a coincidência entre a mudança de atitude de determinados ministros e as flutuações da opinião pública não significam, necessariamente, uma resposta sistemática do Tribunal à sociedade. Segundo salientam

<sup>38</sup> DESPOSATO; INGRAM; LANNES (2012, p. 12-13): “Desde logo, não estamos dizendo que nenhum juiz STF antes de Lula teve qualquer tipo de *background* político. De fato, pelo menos, seis juízes pré-Lula ocuparam um cargo eletivo formal, antes de entrar para o STF, e cinco desses juízes tiveram pelo menos um cargo eletivo em nível federal. Um Ministro adicional, Francisco Rezek, foi nomeado para o tribunal em 1983, renunciou para ser Ministro das Relações Exteriores (ou seja, Ministro de Estado) de Collor, em 1990, e mais tarde foi renomeado por Collor para o Tribunal em 1992. Vários juízes ocuparam cargos por nomeação em diferentes níveis de governo, incluindo Gilmar Mendes (nomeado por Fernando Henrique Cardoso), que, como Dias Toffoli [...], foi AGU. No entanto, esses outros juízes estavam espalhados por várias administrações. Em contraste, além de Dias Toffoli, quatro das oito nomeações de Lula ocuparam cargos por nomeação no governo local ou federal (Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito), e apenas três dos oito já tinham sido juízes (Cezar Peluso, Lewandowski e Direito). De fato, pelo menos um relato jornalístico relata declarações de Lula que mostram que ele buscou colocar juízes simpatizantes da esquerda no Tribunal. Em agosto de 2007, o STF estava preenchido com seis juízes escolhidos por Lula - a maioria - e estava decidindo um caso importante envolvendo a suposta corrupção de muitos políticos do seu partido (em um escândalo conhecido como o mensalão). Como os juízes que ele tinha selecionado votaram contra os políticos do PT, queixou-se, ‘todos esses juízes de esquerda que eu nomeei estão votando contra mim.’ A seleção do mais apolítico, ‘técnico’ Menezes Direito no mês seguinte foi, em parte, devido à reação de Lula por ter se frustrado com a maneira como suas preferências anteriores por juízes de esquerda tinha saído pela culatra neste caso...”

<sup>39</sup> Em relação aos membros da Suprema Corte dos EUA, Mishler e Sheehan (1993, p. 89) argumentam que, “se, por exemplo, as atitudes da cultura política em relação ao papel da mulher na sociedade sofrem alterações significativas ao longo do tempo, é pouco provável que as atitudes e crenças dos *justices* possam ficar permanentemente imunes a essa mudança nos costumes. Gradualmente, as atitudes, pelo menos de alguns dos *justices*, serão susceptíveis a mudança, deslocando também o centro de gravidade ideológica da Corte.”

Mendonça e Barroso (2013), “os magistrados, assim como as pessoas em geral, não são seres desenraizados, imunes ao processo social de formação das opiniões individuais.” Conforme acontece com o “humor do público”, os valores e convicções dos juízes também se transformam ao longo do tempo.<sup>40</sup> A mudança de atitude dos ministros pode ter como causa, portanto, a evolução social, já que estes são influenciados pelos mesmos eventos e forças que afetam a sociedade como um todo. De acordo com a “hipótese da socialização política”, a rigor, o que influencia o comportamento judicial são as predisposições (“fatores cognitivos”) e preferências políticas (“fatores ideológicos”) dos juízes, as quais são conformadas pelo mesmo conjunto de eventos e forças que atingem os demais membros da sociedade.

Tendo em conta que a grande maioria dos ministros do STF advém da classe média e pertence a uma elite intelectual,<sup>41</sup> a tendência é que respondam à evolução das normas e valores sociais de forma mais próxima à dos membros deste segmento do que às do público em geral. Embora sejam raras as pesquisas de opinião pública envolvendo temas que foram objeto de decisões específicas,<sup>42</sup> nos últimos anos, o Supremo tem se caracterizado por uma tendência fortemente liberal em questões moralmente carregadas e mais à esquerda em comparação com as instâncias representativas,<sup>43</sup> posicionamento que está mais próximo da ideologia da elite intelectual brasileira do que do público em geral, que, em sua maioria, é conservador e situado mais à direita.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> MISHLER; SHEEHAN (1994, p. 717): “Aqui, o argumento não é que os *justices* votam contrariamente a suas crenças em resposta ao sentimento público, mas que as crenças de pelo menos *alguns justices* ocasionalmente mudam em resposta a alterações fundamentais de longo prazo no que Stimson chama de humor do público, e Lippman, de filosofia pública.”

<sup>41</sup> Para uma análise do perfil social e da trajetória de carreira dos ministros do STF, cfr. OLIVEIRA (2012, p. 45 e ss.).

<sup>42</sup> Uma das poucas exceções é a decisão que reconheceu, para fins de proteção jurídica, as uniões homoafetivas estáveis como entidade familiar. (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, j. 05.05.2011). Em pesquisa de opinião pública realizada pelo IBOPE (2011), aproximadamente dois meses após a decisão, apenas 45% dos entrevistados declararam ser favoráveis ao reconhecimento da união estável entre homossexuais. No entanto, a proporção se inverte à medida que aumenta a classe social, a renda ou a escolaridade. Entre as pessoas com ensino superior, o percentual favorável chega a ser de 60%.

<sup>43</sup> BARROSO; MENDONÇA (2012): “No campo dos direitos sociais, em particular, é possível dizer que a Corte tem se posicionado à esquerda das instâncias representativas. Após inúmeras decisões relacionadas ao direito de cada indivíduo a exigir tratamentos médicos do Poder Público, o STF começa a sinalizar que está disposto a estender seu controle também a outros tipos de políticas públicas.”

<sup>44</sup> Pesquisa realizada pelo DATAFOLHA (2010) revelou que os eleitores se localizam mais à direita que à esquerda no espectro político. Dos entrevistados, 17% se consideram de centro, 20% mais próximos da esquerda e 37% mais à direita. Os resultados não apresentaram variações significativas em relação à pesquisa anterior realizada em 2006, na qual 22% se classificavam à esquerda, 17% como centro e 35% mais à direita. Em ambas as pesquisas, um quarto dos eleitores brasileiros (25%) não soube dizer qual sua posição política. A última pesquisa revelou, ainda, que quanto mais alto o grau de escolaridade do entrevistado, maior a tendência de posicionamento político em torno do centro e em direção à esquerda: com ensino fundamental (5% de centro-esquerda, 12% de centro e 12% de centro-direita); com ensino médio (10% de centro-esquerda, 21% de centro e 12% de centro-direita); com grau de escolaridade superior (15% de centro-esquerda, 23% de centro e 17% de centro-direita). Como se pode notar, o percentual de entrevistados com ensino superior que se dizem de centro-esquerda é três vezes maior em comparação com os que possuem apenas o ensino fundamental.

## 2.1.2 Hipóteses para a influência direta

A influência direta da opinião pública sobre determinadas decisões do STF pode ser decorrente de interesses pessoais ou institucionais (“*fatores de interesse*”) capazes de estimular a opção por certos tipos de comportamento.

Um dos motivos para que um ministro se preocupe com a opinião pública, mesmo estando protegido por garantias funcionais e institucionais, é o desejo de obter uma reputação positiva perante o público em geral (“*hipótese do autointeresse*”). Os juízes, como seres humanos que são, possuem as mesmas predisposições, preferências e interesses inerentes a qualquer outra pessoa dessa espécie. O fato de vestirem uma toga preta e de participarem de uma sessão repleta de ritos e formalidades, por vezes semelhantes às de um ritual místico, não lhes retira essa condição. Como qualquer indivíduo, os juízes também gostam de ser respeitados e admirados, desejos que, em determinados contextos decisórios, podem influenciar, ainda que de forma não plenamente consciente, o seu comportamento. Lawrence Baum (2008, p. 65) considera que o interesse pessoal na aprovação de certas plateias (“*audiences*”) fornece um forte incentivo para a adoção de determinados comportamentos, maior até que a preocupação com o potencial impacto de uma decisão impopular sobre a legitimidade do tribunal.<sup>45</sup>

O acesso à grande maioria das decisões do STF e o interesse em seu conteúdo tendem a ficar restritos a segmentos específicos da comunidade, em especial, a grupos direta ou indiretamente interessados no julgamento e a membros da comunidade jurídica. Proporcionalmente à quantidade de casos decididos pelo Tribunal, poucos são os que têm saliência suficientemente alta para despertar algum interesse do grande público. Casos como o “*juízo do mensalão*” são exceções que raramente acontecem. Ainda assim, mesmo nas situações de grande repercussão midiática e social, o desejo de alguns em manter uma reputação positiva perante outras plateias igualmente relevantes – como, *e.g.*, colegas de tribunal, juristas, ou grupos de elite – pode fornecer incentivos mais fortes que a preocupação com a opinião pública.

Outro potencial motivo para os ministros do STF levarem em conta a

<sup>45</sup> Para o professor da Universidade de Ohio, os membros da Suprema Corte dos EUA são mais propensos a buscar a aprovação de *segmentos específicos* da sociedade do que do público em geral, o que acaba dificultando a aferição do real impacto exercido pela opinião pública sobre as decisões da Corte. Baum e Devins (2010, p. 1.580) acreditam haver razões mais fortes para os membros da Suprema Corte se preocuparem com os grupos de elite do que com o povo norte-americano em geral. Segundo os autores, “mesmo que alguns *Justices* tenham a opinião pública em conta (em parte porque exageram a necessidade de proteger a posição do Tribunal com o público), a Corte como um todo tem demonstrado uma independência considerável em relação à opinião pública. Em contraste, os *Justices* têm fortes incentivos para manter a sua posição com as plateias de elite que são salientes para eles. Fundamentalmente, esses incentivos não derivam da preocupação sobre o suporte para o Tribunal, como instituição, mas a partir da necessidade humana de aprovação de indivíduos e grupos que são importantes para eles. Porque os indivíduos e os grupos mais relevantes para os *Justices* são esmagadoramente dos segmentos da elite da sociedade norte-americana, são os valores e opiniões das elites que têm o maior impacto sobre os *Justices*. Esta é uma razão importante pela qual as decisões da Corte normalmente estão em harmonia com os pontos de vista das pessoas mais educadas do que com as opiniões do público como um todo.”



opinião pública é a preocupação como o *prestígio institucional* da Corte.<sup>46</sup> As cortes constitucionais são instituições políticas, cuja autoridade e eficácia das decisões dependem, em certa medida, da confiança e respeito do público. Em períodos de crise ou conflito com outras instituições, o fortalecimento da legitimidade se torna especialmente relevante e, dependendo do contexto decisório, pode ser considerado por parte de seus membros.<sup>47</sup> O prestígio institucional perante o público é importante não apenas por facilitar o exercício da autoridade e contribuir para o acatamento voluntário das decisões,<sup>48</sup> mas também por maximizar a eficácia do tribunal na formulação de políticas públicas, reduzindo as chances de reversão de suas decisões através de leis ou de emendas constitucionais e impedindo retaliações ou reações contrárias por parte de outros poderes.<sup>49</sup> O apoio do público pode ter, ainda, um efeito significativo sobre a disposição das autoridades públicas de cumprir as decisões, incentivando-as a agir de forma rápida e decisiva na implementação de políticas públicas definidas judicialmente.<sup>50</sup> De acordo com a "*hipótese da legitimidade institucional*", a opinião pública tende a ser levada em consideração

<sup>46</sup> BARROSO (2011, p. 267): "A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade."

<sup>47</sup> TYLER (2006, p. 375): "A legitimidade é uma propriedade psicológica de uma autoridade, instituição ou organização social que leva os que estão ligados a ela a acreditar que é apropriada, adequada e justa. Por causa da legitimidade, as pessoas sentem que devem se submeter às decisões e normas, a segui-las voluntariamente por obrigação e não por medo de punição ou antecipação de recompensa. Ser legítimo é importante para o sucesso das autoridades, instituições e arranjos institucionais, uma vez que é difícil exercerem influência sobre outros com base unicamente na posse e uso do poder. Ser capaz de obter a aquiescência voluntária da maioria das pessoas, na maioria das vezes, devido ao seu senso de obrigação, aumenta a eficácia em períodos de escassez, crise e conflito."

<sup>48</sup> TYLER (2006, p. 379): "Na área jurídica, a investigação sobre as interações pessoais dos indivíduos com policiais e juízes indica que as pessoas que veem essas autoridades como legítimas são mais propensas a aceitar as suas decisões, um efeito que é distinto da conclusão geral de que as pessoas são mais propensas a aceitar decisões que são mais favoráveis e/ou justas."

<sup>49</sup> Nesse sentido, FRIEDMAN (2009, p. 375): "O Tribunal tem de estar em sintonia com a opinião pública desperta, porque é o público que pode salvar um Tribunal quando este estiver em apuros com os líderes políticos e que igualmente pode motivar os líderes políticos contra ele."; FRANKLIN; KOSAKI (1989, p. 751): "Os tribunais devem ser responsivos [\"responsive\"] por causa de sua fraqueza institucional. As ferramentas disponíveis para os tribunais fazerem valer sua vontade sobre um público resistente são poucas."; McGUIRE; STIMSON (2004, p. 1.019): "Os *justices* que querem ver as suas preferências pessoais expressas em políticas públicas sabem que a eficácia dessa política depende de sua aceitação por seus implementadores e daqueles a quem eles são responsáveis."

<sup>50</sup> GRIMM (2009, p. 23): "Se a verdadeira essência do constitucionalismo é a submissão da política à lei, então a verdadeira essência da adjudicação constitucional é aplicar o direito constitucional em relação [vis-à-vis] ao governo. Isso implica a revisão judicial de atos políticos - incluindo a legislação. No entanto, os tribunais constitucionais ou tribunais com jurisdição constitucional não podem compensar totalmente a fraqueza do direito constitucional. Como o poder de usar a força física permanece nas mãos dos órgãos políticos do governo, os tribunais são impotentes quando os políticos se recusam a cumprir com a Constituição ou ignorar as ordens do tribunal."

por uma razão estratégica: o fortalecimento do prestígio do tribunal perante o público com o objetivo de assegurar a fiel execução de suas decisões.<sup>51</sup> A tentativa de subverter decisões proferidas por uma prestigiada instituição nacional pode provocar a reação pública (*public backlash*) contra aqueles que se atreverem a arriscar. (FRIEDMAN, 2005, p. 323-324).

O apoio conferido pelo público pode ser *específico*, para uma determinada decisão com a qual concordam, ou *difuso*, compreendido como uma reserva de “boa vontade” em relação às instituições, a qual contribui para a opinião pública tolerar ou aceitar determinadas decisões desfavoráveis aos seus interesses imediatos.<sup>52</sup> O bom funcionamento do mercado político pressupõe certa correspondência entre o que os governados querem e aquilo que de fato recebem. Embora necessariamente exista uma folga entre o desejado e o recebido, esta folga não deve ser exageradamente grande. Na precisa síntese de Barry Friedman (2009, p. 379), o apoio difuso é a medida da folga que a instituição tem para seguir o seu próprio caminho em certas questões.

A importância do apoio do público para a preservação do poder institucional tende a inibir a adoção de comportamentos constantemente distantes dos pontos de vista majoritários sobre questões fundamentais.<sup>53</sup> A história tem mostrado que podem ocorrer reações indesejadas quando as decisões judiciais se afastam muito daquilo que a sociedade está disposta a tolerar. Apesar de não haver mecanismos formais para que a sociedade impeça o cumprimento de uma decisão judicial, podem ser criados obstáculos à sua implementação, mesmo quando a oposição se restringe apenas a um público local.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> McGUIRE; STIMSON (2004, p. 1.023): “... a partir de nossa perspectiva teórica, vemos o papel de antecipação racional da Corte vis-à-vis com o do Congresso e o do Presidente ser uma diferença de grau, não de tipo. Os ministros podem estar relativamente isolados da pressão da opinião pública, mas isso não garante que ela seja ignorada por eles. O mecanismo que impulsionaria os ministros a seguir a opinião pública, pressupomos, é a expectativa do Tribunal sobre as consequências futuras de suas decisões. O humor do público, então, deve ser um barômetro pelo qual os *justices* calculam a medida que as suas políticas preferenciais provavelmente vão ser aceitas e postas em prática.”

<sup>52</sup> A ideia de um *apoio difuso* encontra raízes no trabalho seminal de David Easton que o definiu como “um reservatório de atitudes favoráveis ou de boa vontade que ajuda os membros a aceitar ou tolerar saídas [outputs] às quais se opõem ou o efeito que vêm como prejudicial à sua vontade.” (FRIEDMAN, 2005, p. 326).

<sup>53</sup> Tendo como base investigações empíricas envolvendo a Suprema Corte dos EUA, Mishler e Sheehan (1994, p. 717) fazem a seguinte ressalva: “a teoria não é que os *justices* rotineiramente mudam as suas decisões com base em pesquisas de opinião pública, mas que *alguns justices* ocasionalmente modificam suas decisões (se não as suas crenças pessoais) sobre *questões* importantes em resposta a *mudanças de longo prazo e fundamentais* na opinião pública percebidas como ameaçadoras da autoridade da Corte.”

<sup>54</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, em relação às decisões da Suprema Corte dos EUA sobre o fim do sistema de segregação racial nas escolas (caso *Brown v. Board of Education*), assim como na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que determinou a retirada de crucifixos das salas de aula de escolas públicas (*Kruzifix* - BVERFG 93, 1). Vanberg (2005, p. 4) relata que, em um artigo sobre a crise instalada com esta decisão, o *Neue Zürcher Zeitung*, um dos jornais mais influentes da Europa, concluiu que, “com exceção de alguns casos extremamente raros, nada mudou no cotidiano escolar da Baviera” (16 de dezembro de 1995).” Ainda segundo este autor, um dos juizes do Tribunal Constitucional Federal afirmou, de forma irônica, durante uma palestra proferida na Universidade de Freiburg, que “há mais crucifixos pendurados nas salas de aula bávaras agora do que antes da decisão.”

## 2.2 Variáveis intervenientes

A influência da opinião pública sobre o comportamento judicial pode operar de forma não plenamente consciente, ou seja, não exige que o juiz a tenha em consideração de modo deliberado e intencional. Há uma série de variáveis subjetivas e objetivas potencialmente capazes de estimular ou inibir a interferência deste fator, conforme veremos a seguir.

### 2.2.1 Variáveis subjetivas

Cada juiz responde à interferência de fatores extrajurídicos com sensibilidade, velocidade e intensidade diversas. Com a opinião pública não é diferente. No STF, sempre foi possível notar uma maior sintonia, por parte de alguns ministros – e.g., Ayres Britto<sup>55</sup> e Joaquim Barbosa<sup>56</sup> –, com os anseios populares.

Em se tratando de decisões colegiadas, nem sempre a influência exercida pela opinião pública sobre alguns dos juízes será refletida no posicionamento majoritário. Não obstante, o alinhamento entre as decisões de um tribunal e os pontos de vista da sociedade não exige que todos os seus membros se mostrem igualmente sensíveis a eles. Em questões sobre as quais o colegiado esteja fortemente dividido, se um único julgador é influenciado pela opinião pública, esta pode ter um impacto relevante no resultado final.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Em mais de uma oportunidade, o ex-ministro chegou a ser acusado de tomar decisões populistas. “Não quero ser popular, muito menos populista. [...] não quero ser popular em termos de cortejar a opinião pública, ser vassalo da imprensa”, afirmou Ayres Britto em entrevista concedida à Revista Carta Capital. (MENEZES, 2012, p. 25). Questionado sobre “até que ponto a Justiça pode ser suscetível às questões sociais”, Britto disse que o juiz não deve “ser refém da sociedade, vassalo da opinião pública”, mas “deve, sim, auscultar os anseios populares, coletivos, para ver se é possível formatá-los em decisões técnicas.” Em sua concepção, “quando isso acontece, o juiz concilia a Justiça com a vida.” (RANGEL, 2012, p. 21). Quando de seu discurso de posse como Presidente do STF, Britto asseverou, em clara referência às críticas de que decisões do Tribunal estariam sendo influenciadas pela opinião pública, que “os julgamentos feitos pelo Poder Judiciário devem promover a abertura das janelas dos autos para o mundo circundante, a fim de conhecer a particularizada realidade dos seus jurisdicionados e as expectativas sociais sobre a decisão objetivamente justa para aquele tipo de demanda. Juiz não é traça de processo, não é ácaro de gabinete, e por isso, sem fugir das provas dos autos nem se tornar refém da opinião pública, tem que levar os pertinentes dispositivos jurídicos ao cumprimento de sua, pouco percebida, mediata ou macro-função de conciliar o Direito com a vida.” (BRITTO, 2012).

<sup>56</sup> A visível sintonia do ex-ministro Joaquim Barbosa com a opinião pública era constantemente mencionada pela imprensa, chegando a ser destacada até pela Revista inglesa “The Economist”. (SÁ, 2009). Com o julgamento do “mensalão” (AP 470/DF), Barbosa se tornou uma figura extremamente popular, chegando a ser apontado como o potencial candidato à Presidência da República com a segunda maior intenção de votos (15%) entre os eleitores. (DATAFOLHA, 2013a).

<sup>57</sup> Ao investigarem a influência da opinião pública sobre as decisões da Suprema Corte dos EUA, Mishler e Sheehan (1994, p. 721) observaram que, em virtude do critério majoritário, a opinião pública tende a influenciar as decisões finais apenas quando o seu impacto é generalizado ou quando a distribuição ideológica é relativamente equilibrada. Tendo em vista que a “ideologia” judicial tende a ser relativamente resistente a mudanças, é provável que os efeitos coletivos da opinião pública sejam dependentes da existência de um equilíbrio ideológico. Nos casos em que a Corte está razoavelmente equilibrada, o impacto da opinião pública sobre um único *justice* pode ser suficiente para alterar as decisões nas margens.



Estudos empíricos demonstram que a influência direta da opinião pública costuma ser maior quando as preferências políticas pessoais (“ideologia”) do juiz sobre o tema em questão são mais moderadas. Nos casos complexos envolvendo temas com alta carga moral ou política, o comportamento de juízes ideologicamente extremados tende a ser mais fortemente influenciado por suas preferências políticas do que por qualquer outro fator extrajurídico, inclusive a opinião pública. Quando um tribunal possui uma forte e equilibrada divisão ideológica, os membros mais moderados atuam como o fiel da balança. Como as decisões colegiadas são tomadas pela maioria, o voto daqueles que se situam mais ao centro acabam sendo decisivos para o resultado final, o que, sem dúvida, confere-lhes um enorme poder.

No tocante às variáveis subjetivas, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto mais forte a ideologia do juiz, menor a probabilidade de influência da opinião pública.*

### 2.2.2 Variáveis objetivas

As variáveis objetivas, compreendidas como aquelas relacionadas às características do caso a ser decidido (“contexto decisório”) e ao ambiente no qual as instituições políticas estão inseridas (“contexto institucional”),<sup>58</sup> também são determinantes para a influência exercida pela opinião pública.

Quanto ao *contexto decisório*, há dois aspectos primordiais: as características marcantes da controvérsia judicial e o grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos do caso a ser decidido.

Há casos que envolvem temas e/ou interesses tão acentuados que tornam o ambiente decisório mais propício à influência de certos fatores extrajurídicos. O interesse do público, o impacto social, a relevância dos valores envolvidos e a visibilidade da decisão são algumas das características marcantes das controvérsias judiciais em que a opinião pública tende a fornecer razões contributivas para a escolha do comportamento a ser adotado pelos juízes. Julgamentos de grande repercussão que despertam o interesse do público e da mídia costumam estampar manchetes de jornais e revistas, ser objeto de editoriais, de debates no rádio e na televisão, além de intensamente comentados nas redes sociais. É natural que esses *casos de alta saliência social e/ou midiática* despertem algum tipo de receio quanto à reação da sociedade e criem um ambiente inóspito para a atuação judicial. Com exceção das situações nas quais não é possível detectar as tendências fundamentais da opinião pública ou em que esta se mostrar nitidamente dividida, é provável que a pressão externa influencie, de modo consciente ou inconsciente, o comportamento judicial de alguns dos juízes. Em síntese, pode-se dizer que a *alta saliência social e/ou midiática* de um caso tende a favorecer a influência de determinados tipos

<sup>58</sup> PEREIRA (2012): “Na vida real, o que acontece com grande frequência é um processo heterogêneo e complexo em que o Judiciário constrói estrategicamente sua imagem, podendo eventualmente ceder à opinião pública e em outras vezes manter-se imune a ela. As Cortes, assim como as pessoas, agem intuitivamente e tem senso de autopreservação. Colegiados são grupos humanos, e como tais podem agir segundo um cálculo da repercussão de seus atos, alternando períodos de recolhimento com outros de maior ousadia. Os juízes podem, ainda, revezar decisões impopulares com outras que aumentam seu crédito público, num processo de equilíbrio e compensação entre perdas e ganhos, que afinal pode ser ou não bem sucedido.”

de “fatores de interesse”, dentre eles, a preocupação com a opinião pública, tanto por razões de natureza pessoal (obtenção de prestígio, de admiração, de estima...), como institucional (apoio do público para o fortalecimento da legitimidade do tribunal). É oportuno registrar, no entanto, que casos de alta saliência são exceções, mesmo no âmbito das cortes constitucionais.<sup>59</sup> No STF, a esmagadora maioria das dezenas de milhares de casos examinados anualmente se caracteriza pela pouca visibilidade e, por conseguinte, mostra-se isenta de qualquer tipo de influência direta dos pontos de vista da sociedade.

No tocante às características marcantes da controvérsia judicial, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto mais alta a saliência social e/ou midiática do caso, maior a probabilidade de influência da opinião pública.*

O segundo aspecto primordial do contexto decisório é o grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos do caso judicial, certamente a variável mais relevante no que se refere à influência de fatores extrajurídicos.<sup>60</sup> Quanto maior a indeterminação das circunstâncias fáticas ou dos enunciados normativos, maior a margem de ação conferida ao juiz e, por conseguinte, maior a probabilidade de que fatores extrajurídicos influenciem, de forma consciente ou inconsciente, o comportamento dele. Em casos controversos, as razões fornecidas pelo material jurídico (legislação, doutrina e jurisprudência) orientam e limitam a tomada de decisão, mas não são capazes de determiná-la com exclusividade.

Em casos de maior complexidade, o raciocínio decisório empregado para chegar à descoberta do resultado também é extremamente complexo e se desenvolve, em parte, no sistema intuitivo.<sup>61</sup> Durante esse processo mental, misturam-se, de maneira anárquica, expectativas, experiências e conhecimentos (jurídicos e extrajurídicos) que formam a pré-compreensão

<sup>59</sup> Friedman (2009, p. 377) observa que, mesmo na Suprema Corte dos EUA – que julga pouco mais de cem casos por ano e tem discricionariedade para escolher os mais relevantes –, apenas uma pequena parte das decisões chega ao conhecimento do público e que, em casos de baixa saliência, o tribunal tem a chance de seguir seu próprio caminho, *i.e.*, ele “pode voar sob o radar, sem ser percebido”.

<sup>60</sup> As investigações empíricas são unânimes em constatar que “o grau de certeza do direito é o principal fator na capacidade de normas jurídicas determinarem as decisões judiciais”. Por isso, Brian Tamanaha (2010, p. 151) afirma que “a linha de base deve levar em conta os diferentes tipos de disposições jurídicas e diferentes tipos de questões. Normas legais, como razoabilidade ou justiça, por exemplo, convidam os juízes para fazer julgamentos baseados em valores; algumas decisões judiciais, como a condenação criminal, estão comprometidas com a discricionariedade ou julgamento dos juízes. Por sua natureza, estes tipos de decisões serão suscetíveis a maior variação. Quando as regras são claras e simples e os fatos tendem a ser simples, ao contrário, deve-se esperar um alto grau de consistência.”

<sup>61</sup> A tomada de decisão envolve dois tipos de processos mentais realizados através de sistemas distintos. No sistema intuitivo (Sistema 1), o processo mental envolve decisões tomadas de forma espontânea, automática, com pouco esforço e sem controle voluntário. Este sistema abrange as intuições, impressões, pré-concepções e vieses cognitivos. No sistema deliberativo (Sistema 2), o processo de pensamento é controlado, tal como ocorre em decisões governadas por regras, tomadas lentamente e com grande esforço mental. Nele estão abrangidas as atividades mentais relacionadas à concentração e ao raciocínio lógico. A relação entre os dois sistemas é complicada e bastante complexa. Os processos mentais do sistema intuitivo possuem uma tendência a cometerem erros sistemáticos em circunstâncias específicas e a serem afetados por vieses cognitivos que pode ser minimizada, mas não totalmente controlada pelo raciocínio desenvolvido no sistema deliberativo. Considerando a impossibilidade de se evitar totalmente que erros sistemáticos e vieses cognitivos afetem a tomada de decisão, o melhor que se pode fazer é identificar as situações em que os enganos e inclinações são mais prováveis a fim de tentar minimizar sua interferência. (KAHNEMAN, 2012, p. 38-39).

do juiz. Nessa fase de descoberta, são travadas contínuas e variadas batalhas internas até o momento em que um limiar é cruzado e o resultado interpretativo “acontece”.<sup>62</sup> Quanto maior a complexidade do caso apreciado, mais caóticos e desordenados tendem a ser os processos de análise e ponderação das diferentes razões favoráveis e contrárias. Vale dizer: na busca pelo resultado, o peso atribuído às diferentes razões fornecidas pelo material jurídico não provém de um processo mental plenamente consciente, deliberado, racional e analítico, mas sim de um raciocínio anárquico e susceptível à influência, consciente ou inconsciente, de vários fatores, inclusive os extrajurídicos decorrentes de predisposições, preferências e interesses pessoais. As ferramentas analíticas fornecidas pela doutrina (métodos interpretativos, diretrizes hermenêuticas, metanormas, parâmetros decisórios objetivos), desde que internalizadas, contribuem para orientar a busca pela melhor resposta, mas nem sempre são capazes de conduzir o julgador, de modo inexorável, a um único resultado.

Após vivenciar essa batalha interna travada durante o processo de descoberta (*heuresis*) e sentir que a questão foi resolvida, o juiz inicia o processo de justificação no qual procura demonstrar que a decisão formulada é juridicamente legítima.<sup>63</sup> Para fundamentá-la, o juiz precisa organizar e dar coerência à profusão caótica de ideias e razões que o levaram àquele resultado decisório. Para isso, recorre ao *raciocínio justificativo*, um processo mental desenvolvido de forma deliberada, consciente, refletida, racional, organizada e analítica. O objetivo principal da fundamentação não é descrever os exatos caminhos mentais percorridos até chegar à descoberta do resultado – até porque isso seria impossível –, mas demonstrar que a decisão é juridicamente correta e logicamente consistente, ou seja, que o resultado alcançado, além de coerente com os fatos do caso e com as avaliações geralmente aceitas, é o melhor à luz do direito vigente.<sup>64</sup> Embora a justificação seja uma racionalização posterior de um resultado previamente

<sup>62</sup> Nas palavras de Marco Marraffon (2010, p. 168), a internalização das diferentes experiências óticas promove “sucessivas projeções, contínuos tensionamentos, correções e deslocamentos de horizontes, até o ponto em que a verdade interpretativa *acontece* para a autoridade judicante. Quando isso ocorre, encerra-se o debate, fazendo cessar as voltas no círculo hermenêutico. Manifesta-se, assim, o processo hermenêutico-epistemológico de tomada de decisão em sua complexa unidade como um ato único, que se desenvolve continuamente por um determinado período de tempo, sem subdivisões. Esta concepção é compatível com a recusa gadameriana da tradicional divisão do problema hermenêutico em três, *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas aplicandi* (aplicação) e, portanto, contempla a tese da unidade da *applicatio*.”

<sup>63</sup> A não correspondência necessária entre os dois processos fica evidenciada pela possibilidade de que uma decisão tomada de forma intuitiva ou até irracional seja justificada *ex post* com argumentos racionais convincentes ou, no sentido oposto, de que uma decisão racional seja justificada de modo inadequado. (TARUFFO, 2007, p. 75-46).

<sup>64</sup> TAMANAHA (2010, p. 124-125): “Há muito se tem reconhecido que as fundamentações não devem ser interpretadas como representação do processo de raciocínio real de um juiz. [...] O estilo em que a decisão é apresentada não tem a intenção de representar uma indicação de como ela foi obtida. É o melhor argumento que um juiz pode apresentar para apoiar a decisão. Se essa distinção não foi compreendida antes, certamente se tornou bem conhecida após Dewey articulá-la. A finalidade das fundamentações é justificar a conclusão, fornecer orientações para casos posteriores, e resolver as questões jurídicas com caráter definitivo. Faz sentido, portanto, que as opiniões sejam afirmadas com clareza, logicamente apoiadas, e não expressem dúvidas sobre as consequências jurídicas alcançadas. Uma vez que a decisão é tomada, comentou Schaefer, o juiz responsável pela fundamentação ‘se torna um advogado’ em seu favor.”



encontrado, quando realizada adequadamente, pode auxiliar o juiz a detectar eventuais inconsistências, contradições e erros cometidos durante o raciocínio decisório, permitindo correções e alterações posteriores.

No que se refere ao grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto maior o grau de indeterminação do direito em casos de alta saliência social e/ou midiática, maior a probabilidade de influência da opinião pública.*

Por fim, no tocante ao *contexto institucional*, há duas situações típicas que favorecem a influência direta da opinião pública: em períodos de grave crise institucional entre os poderes ou nos quais o prestígio do tribunal se encontra seriamente ameaçado, a preocupação com o apoio do público tende a ser maior do que em situações de normalidade. O STF, assim como qualquer corte constitucional, necessita de outras instituições para assegurar o efetivo cumprimento de suas ordens, o que, de certo modo, estimula a adoção de comportamentos dentro dos limites gerais de aceitação pública. Friedman (2009, p. 375) argumenta que a opinião pública pode salvar uma corte constitucional quando esta estiver em apuros perante os demais poderes, mas também pode motivar os líderes políticos a agirem contrariamente às suas decisões. Por isso, a preocupação dos juízes com a preservação de legitimidade institucional de uma corte e/ou com a eficácia de suas decisões tende a fazer com que levem em consideração os pontos de vista acolhidos pelo público em temas de grande relevância social.

Em relação ao contexto institucional, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto maior a gravidade de uma crise institucional e/ou a perda de prestígio de um tribunal perante o público, maior a probabilidade de influência da opinião pública.*

### 3 Conclusão

A presente abordagem teve por objetivo central analisar as razões pelas quais a opinião pública tende a influenciar o comportamento dos ministros do STF em certos contextos decisórios e institucionais.

Em casos de maior complexidade, o material jurídico orienta e limita o comportamento judicial, mas não é suficiente para determiná-lo com exclusividade, ou seja, sem a interferência de fatores extrajurídicos. Por isso, em contextos decisórios complexos, caracterizados pela indeterminação do direito e pela alta saliência social e/ou midiática do caso, os pontos de vista acolhidos pelo público tendem a fornecer razões contributivas para a decisão judicial.

O mesmo tende a ocorrer em contextos de grave crise institucional entre os poderes ou nos quais o prestígio do tribunal perante o público esteja ameaçado. Embora as constituições consagrem garantias funcionais e institucionais com o objetivo de assegurar a neutralidade e a imparcialidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, tais instrumentos não são suficientes para blindar os juízes contra todos os tipos de pressões externas.

Por fim, vale ressaltar que ser *influenciado* pela opinião pública não significa ser *determinado* por ela. Por isso, a afirmação de que, em certos contextos decisórios e institucionais, a opinião pública tende a fornecer *razões contributivas* (e não definitivas) para a decisão. Se, por um lado, mesmo os juízes mais experientes dificilmente conseguiriam se manter totalmente imunes à opinião pública; por outro, também não seria razoável supor que membros de uma corte constitucional decidam determinados casos baseados somente na vontade popular. Em um Estado de Direito, ainda que o material jurídico nem sempre seja suficiente para determinar, com exclusividade, o comportamento judicial, sem dúvida, ele é o principal protagonista no processo decisório.

### Referências bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL (2012). Toffoli diz que 'prisão combina com período medieval'. *Diário do Nordeste*. Disponível em: <http://diariodonordeste.globo.com/noticia.asp?codigo=349123&modulo=964>. Acesso em: 09 fev 2013.

ALTMAN, Breno (2012). De qual lado ficará o STF? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 set. 2012. Opinião, p. A3.

BALIARDO, Rafael (2012). Barbosa diz que ministros fizeram "leitura errônea". Revista Consultor Jurídico [periódico na Internet]. 2012 dez [acesso em 2013 fev 09]; [aproximadamente p.]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/barbosa-ministros-fizeram-leitura-erronea-processo-mensalao>

BARNUM, David G. (1985). The Supreme Court and public opinion: judicial decision making in the post-New Deal period. *The Journal of Politics*, Vol. 47, N. 2, (Jun., 1985), pp. 652-666. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2130901>. Acesso em: 22 ago 2012.

BARROSO, Luís Roberto (2011). Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. FELLET, André L. F.; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Juspodivm, p. 225-270.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo (2012). STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. Revista Consultor Jurídico [periódico na Internet]. 2012 jan [acesso em 2013 fev 09]; Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>

BARTELS, Brandon L.; MUTZ, Diana C. (2009). Explaining processes of institutional opinion Leadership. *The Journal of Politics*, Vol. 71, No. 1, January 2009, p. 249-261.

BASILE, Juliano (2012). Fux diz que opinião pública não influencia resultado do mensalão. *Valor Econômico*, 12 de jul. 2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/2710444/fux-diz-que-opiniao-publica-nao-influencia-resultado-do-mensalao>. Acesso em: 11 jan 2013.

BAUM, Lawrence (2008). *Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press.

BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal (2010). Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People. *Faculty Publications*. Paper 1116. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1116>. Acesso em: 07 jan 2013.

BAUMAN, Zygmunt (2000). *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BICKEL, Alexander M. (1986). *The least dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press.

BONAVIDES, Paulo (1988). *Ciência política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense.

BRITTO, Ayres (2012). *Discurso de posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2013.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. (1992). The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, Vol. 36, No. 3, August 1992, p. 635-664.

CAMPANHA, Diógenes. (2012) Confiança no STF sobe em meio ao mensalão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 dez. 2012. Poder, p. A6.

CASPER, Jonathan D. (1976). The Supreme Court and National Policy Making. *The American Political Science Review*, Volume 70, Issue 1, p. 50-63.

DAHL, Robert A. (1957) Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, p. 279-295.

DATAFOLHA (2010). *Opinião Pública*. 30 mai. 2010. Disponível em: [http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver\\_po.php?session=983](http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=983). Acesso em: 28 jan. 2013.

— (2012). *Opinião Pública*. 14 dez. 2012. Disponível em: [http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver\\_po.php?session=1281](http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=1281). Acesso em: 15 dez. 2012.

— (2013a). *Opinião Pública*. 20 nov. 2013. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/12/1379494-dilma-umentavangem-sobre-potenciais-adversarios-em-2014.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2013.

DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES, Osmar P. (2012). Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian *Supremo Tribunal Federal*. *Seminários de Pesquisa Ciclo 2012-II* (CIEF-CERME-UNB), Brasília, 14 nov. 2012. Disponível em [http://www.cerme.unb.br/images/stories/seminario/ciclo2012\\_2/judicial\\_behavior\\_in\\_civil\\_law\\_systems\\_changing\\_patterns\\_on\\_the\\_brazilian\\_stf\\_deposato\\_ingram\\_and\\_lannes\\_.pdf](http://www.cerme.unb.br/images/stories/seminario/ciclo2012_2/judicial_behavior_in_civil_law_systems_changing_patterns_on_the_brazilian_stf_deposato_ingram_and_lannes_.pdf). Acesso em: 05 jan. 2013.

EISENBERG, Theodore; JOHNSON, Sheri Lynn (1991). The Effects of Intent: Do We Know How Legal Standards Work?. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 409. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/409>. Acesso em: 19 jul 2012.



EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack (1998). *The choices Justices make*. Washington, D.C.: CQ Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. (2001). The Supreme Court as a strategic national policymaker. *Emory Law Journal*, 50 (Spring): p. 583-611.

\_\_\_ (2004). Constitutional interpretation from a strategic perspective. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Marck C. Miller e Jeb Barnes (editors). Washington, D.C.: Georgetown University Press.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. (2010) Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, No. 263. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2087255>. Acesso em: 18 jan 2013.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. (1991). A positive theory of statutory interpretation. *Working Papers in Political Science*, n. P-91-2, The Hoover Institution, Stanford University, p. 1-25.

FERREIRA, Flávio (2013). Visibilidade do Supremo mais que duplica no ano passado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 jan. 2013. Poder, p. A10.

FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. (1989). Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion. *The American Political Science Review*, Vol. 83, No. 3. (Sep., 1989), pp. 751-771. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0003-0554%28198909%2983%3A3%3C751%3ARSTUSC%3E2.0.CO%3B2-3>. Acesso em: 14 ago 2012.

FRIEDMAN, Barry (2005) The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, Vol. 84, p. 257-337. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=877328](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328). Acesso em: 13 jul 2010.

\_\_\_ (2009). *The will of the people: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Farrar, Straus and Giroux: New York.

FUNSTON, Richard (1975). The Supreme Court and Critical Elections. *The American Political Science Review*, Vol. 69, No. 3, pp. 795-811. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1958390>. Acesso em: 22/08/2012.

GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee (1992). On the Nature of Supreme Court Decision Making. *The American Political Science Review*, Vol. 86, No. 2 (Jun., 1992), p. 323-337. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0003-0554%28199206%2986%3A2%3C323%3AOTNOSC%3E2.0.CO%3B2-S>; Acesso em: 02 ago 2004.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. (2009). Have Segal and Spaeth Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court? (July 20, 2009). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1436426>. Acesso em: 14/07/2012.

GÓES, Bruno. (2012). Lewandowski discordou de quase metade das condenações de Barbosa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 out. 2012. Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/lewandowski-discordou-metade-das-condena%C3%A7%C3%B5es-barbosa-110000476.html>. Acesso em: 12 out 2012.

GOLDMAN, Sheldon (1975). Voting Behavior on the United States Courts of Appeals. *The American Political Science Review*, Vol. 69, n.º 2 (Jun., 1975), pp. 491-506. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1959082>. Acesso em: 24 nov 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (2009). *The federalist*. Harvard University Press.

IBOPE (2011). *União estável entre homossexuais*. 18 jul. 2011. <http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/07/28/casamentogay.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2012.

IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. (2010). Unconscious influences on judicial decision-making: The illusion of objectivity. (October 23, 2010). *McGeorge Law Review*, Vol. 43, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1696643>. Acesso em: 22 jun 2012.

KAHNEMAN, Daniel (2012). *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva.

MAGALHÃES, Vera (2012). Cobrança de Ayres Britto revolta advogados de réus do mensalão. *Folha de S. Paulo*, 26 jun. 2012. Poder; p. A4.

MARSHALL, Thomas R. (1989). *Public Opinion and the Supreme Court*. New York: Longman.

McGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. (2004). The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences. *The journal of politics*, Vol. 66, No. 4, November 2004, Pp. 1018-1035.

MENDONÇA, Eduardo (2009). A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan/mar 2009, p. 211-247.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto (2013). STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Revista Consultor Jurídico* [periódico na Internet]. 2013 jan [acesso em 2013 fev 09]; Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>

MENEZES, Cynara (2012). Um poeta na alta corte. *Carta Capital*, São Paulo, n. 695, 02 mai. 2012, Seu país, p. 24-28.

MERRILL, Thomas W. (1994). A modest proposal for a political court. 17 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 137 1994, p. 137-147. Disponível em: <http://heinonline.org>; Acesso em: 15 jul 2012.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. (1993). The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, Vol. 87, n.º 1, pp. 87-101. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2938958>. Acesso em: 16/08/2012.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. (1994). Response: Popular Influence on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, Vol. 88, n. 3, pp. 716-724. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2944805>. Acesso em: 16 ago 2012.

NORPOTH, Helmut; SEGAL, Jeffrey A. (1994). Comment: Popular Influence on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, Vol. 88, n. 3, pp. 711-716. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2944805>. Acesso em: 16 ago 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci (2012). *Supremo Tribunal Federal: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap (2000). Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, Vol. 13, n. 3, Set. 2000, p. 305-325.

PEREIRA, Jane Reis (2012). O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. Disponível em: <http://estadodedireitos.com/2012/10/29/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaiais/>. Acesso em: 29 out 2012.

POSNER, Richard A. (2008). *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press.

RANGEL, Rodrigo (2012). Será o julgamento do século. *Veja*, São Paulo, n.2264, 11 abr. 2012, Entrevista, p. 17-21.

RIBEIRO, Ricardo Silveira Ribeiro (2012). Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004). *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(1), p. 87-108, jan-jun 2012.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. (1993). *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York: Cambridge University Press.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.

SELIGMAN, Felipe (2012). Ministro libera mensalão para ser julgado em agosto. *Folha de S. Paulo*, 27 jun. 2012. Poder; p. A4.

SELIGMAN, Felipe; COUTINHO, Felipe; FALCÃO, Márcio (2012). Perda do mandato de deputado abre nova divergência no STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 7 dez. 2012. Poder, p. A4.

SHAPIRO, David (2008). The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection. *Texas Law Review*. Vol. 86, n. 5, April 2008. Disponível em: <HTTP://ssrn.com/abstract=1108440>; Acesso em: 04 ago 2012.

TAMANAH, Brian Z. (2010). *Beyond the formalist-realist divide: The role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press.

TÓRTIMA, Fernanda Lara (2012). Poder mandar não significa mandei. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18 nov. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,poder-mandar-nao-significa-mandei,961758,0.htm>. Acesso em: 18/11/2012.

TYLER, Tom R. (2006). Psychological perspectives on legitimacy and legitimation. *Annu. Rev. Psychol.* 57:375-400; Disponível em: 10.1146/annurev.psych.57.102904.190038. Acesso em: 01/08/2012.