

A REPUTAÇÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O AGIR DELIBERATIVO E A IMAGEM PÚBLICA.

Hugo Moreira Lima Sawaia¹

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Afinal, qual o papel das cortes constitucionais? – 3 A reputação judicial das cortes constitucionais e supremas e seus mecanismos de aprimoramento – 4 A relevância do estudo da reputação judicial do Supremo Tribunal Federal diante de suas atribuições institucionais – 5 Conclusão – 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo inicia com a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, em especial quanto à missão institucional das cortes constitucionais, enfrentando, inclusive, a afirmação de sua necessária postura contramajoritária. Em seguida, abordar-se o instituto da reputação judicial, e seus possíveis mecanismos de aprimoramento, com a abordagem de precedentes nacionais e de direito constitucional comparado. Ao final, enfatiza-se a relevância do estudo da reputação judicial do próprio Supremo Tribunal Federal enquanto elemento indispensável para a realização de sua missão constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal – Reputação Judicial – Cortes Constitucionais – Jurisdição Constitucional.

The judicial reputation of the Brazilian Supreme Court: between deliberative acting and public image.

CONTENTS: 1 Introduction – 2 After all, what is the role of the constitutional courts? 3 The judicial reputation of constitutional and supreme courts and their mechanisms of its enhancement – 4 The relevance of studying the reputation of the Brazilian Supreme Court before its institutional attributions – 5 Conclusion – 6 References.

¹ O autor é Advogado, Doutor em Direito Constitucional pela USP, Mestre em Direito Constitucional pelo IDP, professor da graduação e pós-graduação do UNICEUMA em São Luís-MA e autor de livros e artigos. Este, em particular, é um estudo seminal que foi mais extensamente desenvolvido no livro: Como decide o STF? (Lumenjuris, 2021).

ABSTRACT: This article starts arguing about the role of judicial review, especially concerning the mission of Constitutional Courts, facing also the affirmation of its necessary contramajoritarian position. Following, it approaches the institute of judicial reputation, and its possible mechanisms of enhancement, discussing national precedents and foreign cases. At the end, it emphasizes the relevance of studying the judicial reputation of the Brazilian Supreme Court itself, as an indispensable element for the achievement of its constitutional mission.

KEY-WORDS: Brazilian Supreme Court – Judicial Reputation – Constitutional Courts – Judicial Review.

Reputación judicial del Supremo Tribunal Federal: entre el actuar deliberativo y la imagen pública.

RESUMEN: 1 Introducción - 2 Después de todo, ¿cuál es el papel de las cortes constitucionales? - 3 La reputación judicial de las cortes constitucionales y supremas y sus mecanismos de perfeccionamiento - 4 La relevancia del estudio de la reputación judicial del Supremo Tribunal Federal ante sus atribuciones institucionales - 5 Conclusión - 6 Referencias.

RESUMEN: El presente artículo comienza con la discusión sobre el papel de la jurisdicción constitucional, en especial en cuanto a la misión institucional de las Cortes Constitucionales, enfrentando, inclusive, la afirmación de su necesaria postura contramayoritaria. A continuación, abordar el instituto de la reputación judicial, y sus posibles mecanismos de perfeccionamiento, con el enfoque de precedentes nacionales y de derecho constitucional comparado. Al final, se enfatiza la relevancia del estudio de la reputación judicial del propio Supremo Tribunal Federal como elemento indispensable para la realización de su misión constitucional.

PALABRAS CLAVE: Supremo Tribunal Federal - Reputación Judicial - Cortes Constitucionales - Jurisdicción Constitucional.

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal, enquanto espaço de discussão e decisão de relevantes questões constitucionais, dispõem de uma série de mecanismos inerentes à construção de sua reputação judicial – imagem pública, de como é visto por audiências internas e externas ao Poder Judiciário –, e que dizem respeito ao seu agir estratégico enquanto instituição, funcionando ainda, como ferramenta que auxilia no cumprimento de suas decisões pelos poderes públicos e pela sociedade civil. O objeto do presente artigo parte da discussão do papel contemporâneo das cortes supremas e constitucionais, prosseguindo em direção à compreensão

do instituto da reputação judicial, em especial quanto à relevância do seu estudo no tocante ao panorama atual brasileiro, de agravada crise política e necessária estabilidade institucional.

2 Afinal, qual o papel das cortes constitucionais?

Após a Segunda Guerra mundial, o mundo testemunhou, simultaneamente, a expansão da jurisdição constitucional e a adoção de cartas de direitos nacionais ou supranacionais. Dezenas de países transferiram, por meio de reformas constitucionais, poderes e competências decisórias de instituições representativas para tribunais constitucionais e cortes supremas. A supremacia constitucional passou, assim, a dogma contemporâneo, progredindo, continuamente, nos dois lados do Atlântico (HIRSCHL, 2007, p. 7; ACKERMAN, 1997, p. 771). A partir de então, a maioria dos países já democratizados ou em processo de (re)democratização passou a conferir às referidas cortes o importante papel de guardar as constituições, tendo ou não sobre elas a última palavra. A título de exemplo, cortes com competência para decidir em última instância questões constitucionais emergiram no Japão (1946), Alemanha (1951), Itália (1956), Espanha (1978), Portugal (1982), Rússia (1991) e África do Sul (1996) (GINSBURG, 2003, p. 20; BARROSO, 2009, p. 263).

A mudança não se deu apenas em países em processo de redemocratização. Como destaca Ran Hirschl (2007, p. 7-9), até mesmo o Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, países que adotavam o típico modelo de Westminster, sucumbiram à supremacia dos tribunais. Devido especialmente ao grande número de poderes concedidos a essas cortes, o final do Século XX e o início do XXI têm testemunhado tribunais constitucionais julgarem questões morais e políticas controversas, e a jurisdição constitucional é apontada como uma nota distintiva de maturidade nas democracias contemporâneas. Todavia, ainda hoje segue sem solução a questão a propósito da legitimidade da função dessas cortes (RAMOS, 2009, p. 150).

A discussão sobre o papel do Poder Judiciário e da corte suprema remonta ao Século XVIII, quando nos *Federalist Papers*, Alexander Hamilton (1961, p. 200) defendeu que seria este sempre o *the least dangerous branch*, o braço menos perigoso dos poderes constituídos, em razão de ser o menos capaz de se impor. O Executivo teria não apenas a honra, quanto a força, em razão de sua posição representativa de destaque, por controlar as forças militares; o Legislativo comandaria os recursos públicos; e ao Judiciário, ao contrário, não restaria qualquer influência sobre a espada ou as receitas, ou seja, não deteria outra capacidade senão a de emitir julgamentos. Sem manter o controle dos braços armados ou ter recursos próprios, dependeria dos demais poderes até para assegurar a eficácia de suas decisões (HAMILTON, 1961, p. 461).

Quase dois séculos depois, Alexander Bickel (1986, p. 90) chama a atenção para o caráter contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade, opondo-se à compreensão *hamiltoniana*, para afirmar que realisticamente seria preocupante e extremamente ameaçadora a interferência de uma corte na vontade representativa, especialmente ao atuar contra maiorias constituídas, e quando pautada em princípios ou vetores hermenêuticos não expressos. Entendia ele, que essa postura poderia gerar grave desequilíbrio no jogo democrático, e no processo eleitoral como seu pilar mestre, onde minorias deveriam se aglutinar para a proteção dos seus interesses, unindo forças e ganhando consequente representatividade para a tomada de decisões políticas.

Por outro lado, tornaram-se frequentes, modernamente, os autores que apontam a contramajoritariedade como a própria razão da existência das cortes supremas, indicando-as como instância de proteção aos direitos fundamentais – enquanto trunfos das minorias – que de outra forma seriam suprimidos durante o processo representativo. Como destaca Ronald Dworkin (1996, p. 34), democracias maduras deveriam se proteger contra a tirania da maioria por meio da constitucionalização e da *judicial review*. Esta exigência guardaria relação com o próprio reconhecimento da força normativa da constituição, ou com levá-la a sério. Ignorar essa missão implicaria em permitir a subversão por maiorias, ainda que temporariamente constituídas, daqueles direitos reconhecidos como fundamentais, ignorando-se que direitos não podem ser deixados somente nas mãos de Legislativo e Executivo, em razão de sua natureza majoritária (ABBOUD, 2014, p. 109; BARAK, 2002, p. 20).

Autores como Barry Friedman (2009, p. 9), no entanto, promovem verdadeira reviravolta quanto à percepção do caráter majoritário da jurisdição constitucional, ao afirmar, a partir de análise histórica do processo de estabelecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no cenário político-institucional do país, que “The American people have always had the ability to limit judicial review - or even to eliminate it entirely. The persistent question throughout history has been whether, and to what extent, they should exercise this power.”² Em uma análise retrospectiva, e em apoio à sua tese, Friedman (2009, p. 110) discorre sobre momentos históricos marcantes do constitucionalismo norte-americano, para enfatizar que é por meio de um processo de observância da repercussão das decisões junto à opinião pública que o significado da constituição progressivamente se forma. Diz ele, “[...] the Court rules. The public responds. Over time, sometimes a long period, public opinion jells, and the Court comes into

² “Que o povo americano sempre possuiu a habilidade para limitar a *judicial review* - ou mesmo eliminá-la totalmente. A questão que persiste através da história seria quando e em que extensão esse poder deveria ser exercido.” (Tradução nossa).

line with the considered views of the American public.” (FRIEDMAN, 2009, p. 383)³. Em razão dessa dinâmica, a melhor definição de independência judicial seria aquela conquistada perante a maioria, uma vez que somente por meio do apoio público seria possível, às cortes, preservar estabilidade, distinguindo um apoio difuso – a capacidade do público de aceitar decisões da corte em razão da posição institucional de respeito e consolidação na história constitucional do país – de um apoio específico – o suporte oriundo de decisões que agradam a opinião pública (SUNSTEIN, 2002, p. 292; RUBENFELD, 2001, p. 272; ACKERMAN, 1998, p. 528; GUTMANN; THOMPSON, 1966, p. 432; NINO, 1995, p. 264).

Há também aqueles para quem as cortes constitucionais representariam uma espécie de seguro, um foro alternativo em países onde o prognóstico fosse o de perda de posições de maioria política, funcionando frequentemente como porto seguro para possíveis futuros confrontos. A metáfora é pertinente, pois, da mesma forma que seguros minimizam o risco de atividades comerciais, haveria diminuição dos riscos da supressão de conquistas, ainda que aristocráticas, em um momento de transição, e da impossível resistência a aberturas a outros grupos populares (GINSBURG, 2003, p. 247). Afinal: “After all, why would a political majority adopt an institution that constrains itself in policy making? And why would it rely on judges to undertake the task of constraint?” (GINSBURG, 2003, p. 22)⁴. Em síntese, reconhecer a essas cortes apenas a missão de produzir reformas sociais significativas encerra o risco de se ignorar as razões ocultas que apoiaram sua criação, razões essas que em muitos casos representam verdadeiras amarras ao seu livre funcionamento (ROSENBERG, 1993, p. 10).

Em virtude de toda a controvérsia formada, Conrado Hübner Mendes (2013, p. 102) salienta a posição privilegiada que as cortes constitucionais ocupam: um ponto singular da arquitetura política, se encontram em uma linha tênue que separa interpretação constitucional e discricionariedade, em razão da insuficiência de critérios ou consensos hermenêuticos para a solução dos dilemas que se apresentam para deliberação em uma comunidade política. Reafirma, ainda, a necessidade de se pensar na ação deliberativa dessas cortes e nos mecanismos os quais dispõem para assegurar o cumprimento de suas decisões, as quais não são tomadas dentro de um ambiente politicamente estéril ou neutro, mas repleto de convicções pessoais e de influências de todas as ordens. O agir deliberativo e a utilização de tais mecanismos seriam condições legitimadoras de um processo decisório inteligente e eficiente,

³ “[...] decidem. O público responde. Com o passar do tempo, às vezes um longo período, a opinião pública se forma, e a corte se adequa às visões do público americano.” (Tradução nossa).

⁴ “Por que adotaria uma maioria política uma instituição que limitaria sua própria liberdade? E por que confiaria a juízes tal papel?” (Tradução nossa).

se não pressupostos da própria sobrevivência institucional. Cortes constitucionais podem enfrentar, em algumas circunstâncias, pesados desafios quanto à efetividade de suas decisões. O gerenciamento bem-sucedido desses desafios vai além da interpretação legal. Depende de destreza política. Uma corte constitucional geralmente dispõe de um número de instrumentos para lidar com essa política encoberta do escrutínio constitucional. (MENDES, 2013, p. 197).

As cortes parecem assumir, assim, um papel inegável de catalizadores deste debate com a opinião pública e demais instituições representativas, onde a formação do significado constitucional é o resultado de um extenso diálogo entre poderes e a sociedade civil. Elas operariam como válvulas de segurança, declarando inaceitáveis provisões oriundas do processo representativo, e insistindo na busca por outra alternativa. Nem se imporiam a legisladores recalitrantes ou protegeriam a sociedade contra a pura vontade majoritária. Pelo contrário, deveriam usar sua autoridade para permitir que os legisladores enfrentassem suas próprias contradições, forçando-os a rever ou aprofundar o debate sobre suas posições (SHAPIRO, 2006, p. 15; MENDES, 2008, p. 206; FRIEDMAN, 2009, p. 384; BARAK, 2006, p. 238).

3 A reputação judicial das cortes constitucionais e supremas e seus mecanismos de aprimoramento

Diante desta complexa função acima descrita, sem aprofundar-se ainda os erros e acertos de tais concepções, torna-se visível a circunstância de que toda corte constitucional dispõe de uma imagem pública, a qual é fruto de como a percebem tanto audiências internas ao próprio Poder Judiciário – considerados aqui apenas os magistrados e servidores – quanto audiências externas, como advogados, a mídia ou o público em geral. Enquanto algumas cortes estão essencialmente voltadas para o interior do Poder Judiciário, e, portanto, a única socialização existente ocorre entre os profissionais e juízes – permanecendo isoladas de outras audiências, outras são mais atenciosas e voltadas para o exterior, onde juízes subscrevem opiniões individuais e atraem atenção da mídia. Enquanto naquelas resta acentuada a imagem da corte enquanto órgão único, nestas alguns magistrados tendem a assumir diferentes popularidades, faltando incentivos para a formação de uma imagem coletiva, uma vez que são continuamente ressaltadas as posições e particularidades de cada julgador (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 6).

A relevância desta impressão pública sobre a corte está presente em diversos relatos. Em 1992, no exato dia em que a Suprema Corte norte-americana anunciou sua decisão em *Planned Parenthood v. Casey*, no qual foi novamente chamada a decidir sobre a sensível

questão da constitucionalidade ou não do aborto, o juiz Anthony Kennedy conversou em seu gabinete com um repórter, enquanto olhava através da janela o público extremamente dividido, e declarou: “Sometimes you don't know if you're Caesar about to cross the Rubicon or Captain Queeg cutting your own tow line.” (Informação verbal)⁵, pretendendo afirmar, que a corte, ao decidir, muitas vezes não tem certeza se está trilhando o caminho certo em direção ao seu reconhecimento e respeito institucionais, ou se caminha em postura que contraria os interesses da sociedade civil, dos Poderes Públicos e os seus próprios (GREENBURG, 2007, p. 23; BAUM, 2006, p. 2). Em 2000, após a controversa decisão proferida em *Bush v. Gore*, no qual a Suprema Corte proibiu a recontagem de votos na Flórida, o que garantiu a reeleição de George W. Bush, ao menos dois dos seus juízes se manifestaram com preocupação e pesar. Sandra Day O'Connor afirmou que talvez a corte devesse simplesmente ter agido com autocontenção, e rejeitado a apreciação do recurso, a decisão tomada deu à corte uma reputação menor que a ideal. Stephen Breyer, por sua vez, foi ainda mais direto, ao declarar explicitamente que a decisão da corte representaria “[...] a self-inflicted wound.” (BAUM, 2006, p. 70)⁶.

Em ambas as circunstâncias, a preocupação comum era a reputação da corte. Como enfatizam Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015, p. 16), em obra recente, pois tal atributo tem diversos papéis relevantes para este órgão, e para o próprio Poder Judiciário como um todo, por várias razões. Em primeiro lugar, ela transmite informação ao público em geral sobre a qualidade do judiciário, e a boa reputação judicial favorece a percepção de uma corte e de magistrados enquanto qualificados e respeitados. Isso propicia, inclusive, uma disponibilidade geral de prover tais instituições com maiores recursos materiais, e evita o esvaziamento dos já existentes, sejam monetários ou sociais. Ademais, a reputação judicial exerce influência sobre como os Poderes Executivo e Legislativo, assim como a forma que os grupos que compõem a sociedade civil conceberão as decisões tomadas, e em que medida as seguirão. Isso não significa dizer que não possa ou não deva a corte, sem lesões à sua reputação, decidir contrariamente à maioria. Em verdade, a construção deste capital reputacional – por meio da utilização dos mecanismos de aprimoramento que dispõe – é que permitirá, em larga escala, maior liberdade para que a corte possa tomar decisões contramajoritárias, que não gozarão de apoio específico da sociedade. Por isso, importa perceber que a reputação judicial de uma corte está diretamente relacionada com a capacidade de fazer com que os demais protagonistas do processo democrático obedeçam suas decisões. Assim, quanto mais alta sua reputação, menor será a

⁵ “Às vezes, você não sabe se é César cruzando o Rubicão ou Capitão Queeg cortando seu próprio cabo de reboque.” (Tradução nossa).

⁶ “[...] uma ferida decorrente de autoflagelo.” (Tradução nossa).

expectativa de descumprimento. Sem obediência espontânea, as cortes, em diversas circunstâncias, não dispõem de meios para solucionar sua função primordial de resolver disputas, articulando a interpretação sobre regras, e servindo como veículos de controle social.

Compreende-se mais facilmente a importância da reputação judicial ao se considerar a situação de juízes em países em desenvolvimento, onde reformas voltadas à eficiência são de difícil implementação, mesmo quando os gastos anuais para a manutenção de estruturas e otimização do funcionamento dos mais diversos tribunais são de grande vulto. Em muitos desses países o Judiciário tem a reputação de corrupto; magistrados são apontados como agentes públicos que não trabalham o suficiente; ou que atuam como ilhas, isoladas e sem coerência entre seus julgados (ROSE-ACKERMAN, 2007, p. 15). Nesses ambientes, o aprimoramento da reputação judicial é especialmente valioso, uma vez que, se elevada, poderá contribuir antecipadamente para a obediência direta às decisões e estabilidade institucional, o que poderá gerar crescimento econômico e aumento de investimentos.

Diversos mecanismos postos à disposição da corte podem contribuir para a formação de sua reputação, e o aumento desta parece estar diretamente relacionado com sua capacidade de proferir julgamentos que demandem maior esforço para seu cumprimento. Ou seja: quanto mais agregarem reputação positiva, mais capazes estarão essas cortes de enfrentar a oposição da opinião pública, ou dos Poderes Executivo e Legislativo, em razão de sua estabilidade e histórico de obediência às suas decisões. Esse agir estratégico da corte guarda relação com a necessidade de manter uma reserva de credibilidade. É esse construto reputacional difuso, oriundo da sua história institucional, que permitirá a ela se posicionar diante de circunstâncias onde seja necessário decidir contra fortes grupos políticos ou a opinião pública, em situações nas quais não dispõe de apoio específico, mas cumpre missão constitucional (GILES; BLACKSTONE; VINING, 2008, p. 15; MELLO, 2015, p. 315).

Um dos primeiros mecanismos que merecem ser explorados diz respeito ao modelo deliberativo. Ao suprirem as divergências ou prolatarem decisões no modelo *per curiam* – onde é emitida uma única opinião institucional – as cortes transmitem, especialmente em casos particularmente controvertidos, a ideia de unidade e coerência interna, e ajudam a apresentar o julgamento como derivação direta da lei, e não de preferência individuais. Em muitos casos a corte estará claramente falando em uma só voz. Contrariamente, a prolação em grande escala de decisões monocráticas – como ocorre em relação ao STF –, ainda que posteriormente submetidas a julgamento colegiado, pode ensejar à corte uma imagem disfuncional. Um órgão que se manifesta por várias vozes, muitas vezes contraditórias, produzindo inegável insegurança jurídica, na medida em que nenhuma expectativa de comportamento individual,

social e institucional pode ser resguarda, já que os destinatários do direito não sabem o que esperar, em cada caso julgado, pela mais alta corte do país.

Da mesma forma, os julgamentos onde são apontados diversos votos concordantes em suas parcelas dispositivas, porém, divergentes quanto à *ratio decidendi*, podem, ao não permitir a compreensão adequada dos fundamentos decisórios, transmitir a noção de frágil convicção, e não permitir sequer o crescimento reputacional pelo acompanhamento preciso e uniforme do precedente pelos demais tribunais nacionais, uma vez que não será possível extrair um fundamento comum dos votos individuais (DOTHAN, 2014, p. 41; MENDES, 2011, p. 337; MARINONI, 2015, p. 157). Os exemplos a seguir merecem menção.

A Suprema Corte de Israel prolatou muitos dos seus julgamentos *per curiam* na década de 50, mas parou de fazê-lo nos anos seguintes. Em contrapartida a nítido decréscimo nos níveis de obediência às suas decisões, especialmente por parte do Poder Executivo, retornou ela a utilizar o modelo deliberativo na década de 90, na qual decidiu questões altamente controversas, como, *v. g.*, a absolvição de nazista em razão de dúvidas quanto à sua identidade no caso *Demjanjuk* (1993), ou na decisão de inadmissão de recurso contra a deportação temporária de 415 membros de organizações hostis à unidade nacional no caso *Association for Civil Rights in Israel* (1992) (DOTHAN, 2014, p. 42). Neste último, há registros que vários juízes pretendiam apresentar fortes votos divergentes, mas que o presidente à época, Meir Shamgar, dotado de poderes regimentais, determinou a supressão dos registros. Outros precedentes famosos, onde a inibição do dissenso fora utilizada para o aumento da reputação da corte, no sentido de evitar-se a imagem de qualquer dúvida quanto à legitimidade da decisão, dizem respeito à constatação de que a obediência à decisão requereria grandes custos ou altas dificuldades operacionais, como em *Brown v. Board of Education* – que determinava a reorganização da alocação de alunos no sistema público de educação para se evitar práticas discriminatórias e enfrentava forte divergência em alguns estados-membros –, ou em casos como *United States v. Nixon* – onde a Corte Norte-Americana determinava a entrega pelo presidente da república de fitas contendo material que o incriminava, o que não deveria ser visto como ingerência excessiva e direta sobre o Poder Executivo (DOTHAN, 2014, p. 22).

Outro fator de nítido destaque diz respeito à forma como as cortes utilizam a publicidade e a transparência em favor de sua reputação. O Brasil e o México são exemplos de países que inclusive transmitem parcela dos julgamentos por canais próprios de televisão – havendo estudo que demonstra que, neste último, a estratégia serviu para cultivar a reputação da corte (STATON, 2010, p. 9) – enquanto outros países resistem firmemente à transmissão de julgamentos, apesar de pesquisas de opinião mostrarem que a maioria significativa dos norte-

americanos, por exemplo, acreditam que as sessões deveriam ser televisionadas (MAURO, 2011, p. 259; MCELROY, 2012, p. 1842; BRILL, 1997, p. 13). Não há, todavia, análise adequada do problema, e critério que determine que julgamentos devam ser televisionados, havendo sérias críticas no sentido de que possivelmente o televisionamento, ao menos no caso brasileiro, haja incentivado um aumento significativo no tamanho dos votos, o que iria na contramão dos esforços por eficiência na administração das sessões de julgamento (FONTE, 2015, p. 3; MENDES, 2016, p. 6):

Publicity is helpful for the cultivation of reputation and can be used strategically by courts. But if the courts do not communicate clearly in an increasingly dense media environment, they will find that publicity may actually harm the reputation of the court as a whole. Furthermore, appearances on television may encourage individual justices to seek to distinguish themselves, leading to a more incoherent jurisprudence and harming collective reputation. (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 35)⁷.

A transparência é um atributo que guarda relação com diversos mecanismos de funcionamento interno do próprio STF, não só com a transmissão de seus julgamentos (LOPUCKI, 2009, p. 533). Recentemente, têm sido discutidas questões como o controle de pauta, ou seja, dentre aqueles recursos, ou ações disponibilizadas para julgamento pelos relatores, às vezes há anos, quais os critérios utilizados para a seleção dos casos que terão primazia de julgamento. A seleção, a depender do momento político pelo qual passe o país, parece guardar intrínseca relação com a forma que a corte é observada, e como age diante do seu papel institucional, permitindo inclusive maior ou menor apoio político e público para a prolação de decisão em um sentido, ou em outro. A formação da pauta, e o debate em torno deste mecanismo, têm sido objeto de análise em outras cortes constitucionais, e merecem atenção adequada sob um viés constitucional no Brasil (FONTANA, 2011, p. 10). Pode-se citar, como fato recente, a inclusão em pauta para julgamento do Mandado de Segurança nº 22972-DF, 18 anos após sua impetração, em meio à recente crise política relacionada ao processo de *impeachment* do mais alto membro do Poder Executivo brasileiro, e que permitiu à imprensa deduzir que estaria aquela corte – em razão da circunstância escolhida, de acentuada crise institucional – em favor da adoção do parlamentarismo, ou de alguma forma contra o sistema de governo atual, ou ainda, contribuindo para a construção de uma saída para a crise política (MUDANÇA..., 2016).

⁷ “Publicidade é útil para se cultivar a reputação e pode ser usada estrategicamente pelas Cortes. Mas se as cortes não se comunicarem claramente em um ambiente crescente de exposição descobrirão que a publicidade pode em verdade prejudicar a reputação da corte como um todo. Ademais, aparências em televisão podem encorajar que magistrados tentem se distinguir dos demais, resultando em uma jurisprudência mais incoerente, o que danificará a reputação coletiva.” (Tradução nossa).

No mesmo sentido, indaga-se frequentemente sobre o alongamento demasiado do prazo para votos-vista, o que termina por colocar o referido ministro, que haja solicitado o expediente, em controle do processo, o qual somente será julgado quando este decidir restituir os autos, ainda que maioria já haja sido formada em um sentido, não permitindo, assim, a breve conclusão do julgamento. Estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) (2015, p. 23) mostra, por exemplo, que enquanto o Ministro Nelson Jobim retinha processos com pedidos de vista pela média de 1000 (mil) dias, o Ministro Sidney Sanches os devolvia em 30 (trinta) dias. Ademais, o Supremo não divulga a lista de liminares à espera de decisão do mérito. Processos com decisões liminares proferidas pelo Ministro Joaquim Barbosa esperaram oito anos pelo julgamento do mérito. Com um controle transparente seria possível acompanhar a organização do ministro-relator, do presidente do tribunal, do pleno e de suas turmas (RIBEIRO, 2015; BRASIL, 2013, p. 5; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2015, p. 15).

Tem-se discutido, sem, contudo, haver ainda concordância, qual deveria ser o critério constitucional para a organização dos mecanismos que permitem ao STF decidir como e em que amplitude receberá as partes e voltará seus olhares e atenções para a participação de terceiros. Desde o recebimento de partes pelos Ministros, pessoalmente em seus gabinetes, até o parâmetro que permitirá decidir, em cada processo, quantos e quais *amicus curiae* serão aceitos, de tal forma que eventuais obstáculos à oitiva de partes e procuradores, ou à seleção não criteriosa de quais intervenientes participarão, não coloque jurisdicionados em situação de aparente privilégio ou desvantagem. A adoção de procedimentos não isonômicos, ineficientes ou meramente obscuros, afeta a qualidade da própria prestação jurisdicional, e a reputação da corte enquanto espaço de oitiva e deliberação.

Pesquisa mostra que a Suprema Corte Norte-Americana teve a participação de ao menos um *amicus curiae* em 85% (oitenta e cinco por cento) de seus julgamentos, sendo que, entre 1946 e 2001, 15.214 solicitações de participação foram ajuizadas em 3.865 casos. Essa dinâmica, não criteriosa, resultou em mudança de orientação da corte, após ser inundada com 78 solicitações de *amicus* em um único caso, relativo a discussões sobre os limites do direito ao aborto (UNITED STATES, 1989, p. 2). Editou, então, a Regra 37, para determinar que apenas argumentos relevantes, e novos, interessariam à corte em tais pronunciamentos, e que a repetição somente induziria situação de empecilho à celeridade dos julgamentos (MOHAN, 2010, p. 55).

A percepção em nossa mais alta corte, no entanto, parece ser outra. Na sessão plenária de 25 de maio de 2016, o STF retomou o julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3396, que discute a legitimidade recursal do *amicus curiae*, na

hipótese de o relator recusar o pedido por não ver nele chance de uma boa contribuição (art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999). O Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, chegou a ponderar: “Esse plenário é uma ribalta extraordinária. Dá uma exposição tremenda. Quem é que não quer ser *amicus curiae* com essa exposição nacional que essa situação propicia?” (LEAL, 2016), em uma reflexão quanto à possibilidade do expediente estar sendo usado como palco para demonstrações pessoais e exposições, o que não auxiliaria a prestação jurisdicional, postergando julgamentos e maculando, ainda mais, a reputação negativa sobre o engessamento da corte (BRASIL, 2012b). No âmbito da admissão das participações, a corte tem sido apontada como imprevisível, uma vez que na ADI 4785, ajuizada pela Confederação Nacional das Indústrias contra a Lei 19.976, de 27 de dezembro de 2011, de Minas Gerais – que criou taxa sobre a mineração – foi admitido o Estado do Pará como *amicus curiae*, mesmo após a pauta estar definida, contrariando precedentes anteriores (BRASIL, 2012a).

4 A relevância do estudo da reputação judicial do Supremo Tribunal Federal diante de suas atribuições institucionais

A reputação judicial se tornou, assim, neste século, ferramenta que amplia a eficiência política e social do processo decisório, e permite a comunicação, inclusive transacional, dos tribunais, quando uns se tornam modelos de probidade e eficiência a serem avistados e seguidos por outros. Isso não significa descuidar-se da autocontenção indispensável, a qual somente poderá ser obtida pelo estabelecimento de critérios constitucionais adequados para a utilização das ferramentas disponíveis para o exercício da missão constitucional. Esse procedimento é muito mais complexo e denso que simplesmente o ato de proferir uma decisão colegiada sobre um *hard case*, como acentua Oscar Vilhena, ao apontar a reputação enquanto pressuposto da autoridade do STF, e enfatizar a existência de mecanismos ou instrumentos para sua preservação:

O Supremo tem motivos e mecanismos para não se deixar capturar por interesses ilegítimos daqueles sobre os quais recai a sua jurisdição. **Sua autoridade decorre, sobretudo, de sua reputação.** Essa é alcançada pela sua capacidade de demonstrar, ao longo do tempo, que a Corte é uma instituição imparcial, que suas decisões representam a melhor interpretação daquilo que lhe determina a Constituição e, também, de que a Corte não utilizará de seu poder de dar a última palavra para usurpar função alheia. **Os instrumentos para preservar sua reputação são a colegialidade, a transparência, a discricção e a consistência jurídica de suas decisões,** mas

também a capacidade de se proteger de algumas armadilhas. (VIEIRA, 2016, grifos nossos).

O Min. Lewandowski, em 2014, em seu discurso de posse na Presidência do STF, destacou explicitamente o papel de protagonista da corte, “[...] em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las.” (BRASIL, 2014, p. 3). Ressaltou, assim, o papel da instituição enquanto instância participativa deste processo democrático de tomada de decisões constitucionalmente adequadas. Essa participação ativa da corte teve seu auge em 2016, com o intenso debate sobre sua participação no processo de *impeachment*, inclusive com a declaração jocosa, apesar de em tom sereno, do Min. Barroso, em audiência com comissão da Câmara dos Deputados, de que: “O que os senhores não terão dúvida e a sociedade também deve saber é que nesse Fla-Flu o Supremo não tem lado. O Supremo é o árbitro desse jogo. Portanto se o Flamengo fizer um gol legítimo, ele vai ser validado. E se o Fluminense fizer um gol legítimo, ele vai ser validado.”, afirmou o ministro (RAMALHO, 2016). Colocou-a em posição de árbitro – constitucional – de um diálogo eminentemente político, mesmo que com pressupostos e procedimentos juridicamente aferíveis.

Como ressaltam estudiosos do tema, o modelo brasileiro, onde a corte constitucional decide uma enorme quantidade de processos por ano quando em comparação com outras cortes (Estados Unidos em média 80 casos por ano, Canadá 70 casos, Conselho Constitucional Francês 100, e Itália 500), gera uma atmosfera crítica, diante do enorme número de derrotados e dilemas morais enfrentados, o que significa, inegavelmente, a aquisição de diversos inimigos políticos no processo. Para enfrentar este extenuante desafio, a corte estará em desvantagem. As críticas – especialmente se ausentes critérios nítidos para sua organização e relacionamento com os demais coparticipantes desses processos – excederão facilmente as fontes de apoio político, as quais servem de contrapeso para inibir atuações contra a sua estabilidade de funcionamento (FONTANA, 2011, p. 110).

Estudos têm demonstrado que julgamentos colegiados muito frequentemente atingem resultados inferiores a julgamentos individuais, e que a eficiência do próprio processo deliberativo depende mais da forma estruturada na qual as diversas opiniões são reunidas, e do formato de diálogo existente, do que na simples presença de coautores nesse ato decisório (SUNSTEIN, 1999, p. 984; 2005, p. 587). A qualidade do próprio modelo deliberativo depende da avaliação das variáveis pertinentes ao agir institucional e colaborativo, bem como sua relação com as demais instituições e a sociedade civil. Pode-se dividir as diversas dimensões em: uma etapa preparatória da deliberação, ou seja, todo o processo que antecede e precede o julgamento;

o momento deliberativo em si; e um terceiro momento, onde é elaborado e comunicado o produto desta decisão (MENDES, 2016, p. 348).

Essas etapas estão interligadas por diversos mecanismos que conformam o agir deliberativo do STF, e permitem que este adquira ou perca legitimidade, aos olhos dos demais poderes e da sociedade, à medida que disponha ou não de critérios uniformes, e constitucionalmente previsíveis, para reger toda essa relação interinstitucional. A formação do capital reputacional da corte – sua imagem institucional e o zelo pela sua manutenção enquanto instituição primordial para a *judicial review* e sobretudo para o controle da legitimidade dos atos da administração pública em geral – depende da construção de parâmetros para o manejo eficiente das suas próprias ferramentas de atuação. Todavia, no Brasil, a corte, tamanhas as incongruências comportamentais e de agir institucional, tem recebido o epítome de *onze ilhas* (MENDES, 2010; VIEIRA; ANDRADE, 2016, p. 27), ou sido apontada como detentora de uma *caixa-preta* (ALESSI, 2016), ou seja, indivíduos invariavelmente separados e desunidos quanto ao próprio propósito maior do órgão, vértice superior da estrutura jurídica nacional.

Mark Tushnet (2015, p. 4) atribui esta diferença de comportamento institucional entre os Ministros brasileiros, e também dos próprios juízes da Suprema Corte norte-americana, à falta de internalização sobre o conjunto de normas que incentivam o processo deliberativo, não bastando a mera publicidade do modelo decisório, ou o televisionamento, devendo os Ministros estarem imbuídos do firme propósito de construir coletivamente e dialogicamente a decisão, renunciando a comportamentos individualistas, e atendendo a critérios democráticos e viabilizadores das práticas institucionais.

5 Conclusão

Conclui-se assim, que o tema merece maior destaque, primeiro, para se propor uma estrutura teórica que sistematize os mecanismos que dispõe o STF durante todo o seu agir deliberativo, mormente naquilo que diz respeito à forma que se relacionam os próprios Ministros, e como estes se relacionam com as audiências externas. Isto somente poderá ser realizado a partir da compreensão de que esta sua atuação institucional guarda relação intrínseca com a formação da sua reputação, no sentido da capacidade que a corte tem de ser respeitada e ter atendidas suas decisões. Do diagnóstico desses mecanismos de interação interna e externa, e da análise da noção de reputação judicial em cotejo com a missão constitucional do Supremo, poderão ser indicados os critérios constitucionais que sejam aptos a regular cada um desses mecanismos, instrumentos ou traços do agir deliberativo e interrelacional, de tal forma que se

permita uma visão unificadora da atividade jurisdicional daquela corte, dentro de um viés democrático, íntegro e em atenção ao *due process of law*.

6 Referências

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**. Charlottesville, v. 83, 1997, p. 771-797.

_____. **We the people: transformations**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1998.

ADVANI, Manish. Strengthening Relationships through Reputational Capital. **Global Journal of Management and Business Studies**. Massachusetts, v. 3, n. 9, 2013, p. 985-990. Disponível em: <<http://www.ripublication.com/gjmbs.htm>>. Acesso em 20 jul. 2016.

ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? **El País**. Madrid, 2016. Não paginado. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BARAK, Aharon. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 116, 2002, p. 19-21.

_____. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **ADI 4.650 DF**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4785. Relator(a) Min. Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, n. 112, 2012a. Não paginado.

_____. _____. **Discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. _____. **Julgamento sobre pedido de "amicus curiae" é suspenso.** Brasília, DF, 2012b. Não paginado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207131>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRILL, Steven. Courtroom cameras, **Notre Dame Law Review**. [S. l.], v. 72, 1997, p. 1181-1192.

DOTHAN, Shai. How international courts enhance their legitimacy. **Theoretical Inquiries in Law**. [S. l.], v. 14, n. 2, 2013, p. 455-478.

_____. **Reputation and judicial tactics: a theory of National and International Courts.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

FONTANA, David. Docket Control and the success of constitutional courts. In: GINSBURG, Tom.; DIXON, Rosalind (Eds.). **Comparative constitutional law.** Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256946>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores?** [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Meaning of the Constitution.** 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Supremo em números.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory.** Chigaco: University of Chicago Press, 2015.

GILES, Micheal W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in american democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. **The Journal of Politics**. Cambridge, v. 70, n. 2, apr. 2008, p. 293-306.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitucional courts in asian cases.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

GREENBURG, Jan Crawford. **Supreme conflict: the inside story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court.** New York: The Penguin Press, 2007.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement.** Cambridge, MA: Belknap Press, 1966.

HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78. In: WRIGHT, Benjamin (Ed.). **The Federalist Papers.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1961.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JACKSON, Kevin T. **Building reputational capital: strategies for integrity and fair play that improve the bottom line.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

KLARMAN, Michael J. Brown v. Board of Education: law or politics? **University of Virginia School of Law.** Charlottesville, n. 2-11, dec. 2002. Disponível em:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=353361>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LEAL, Saul Tourinho. O amigo que a Suprema Corte precisa. **UOL Online.** [S. l.], 2016. Não paginado. Disponível em:<<http://jota.uol.com.br/o-amigo-que-suprema-corte-precisa>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LOPUCKI, Lynn M. Court-System Transparency. **Iowa Law Review.** Iowa City, 2009, p. 481-538.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAURO, Anthony E. Let the Cameras Roll: cameras in the Court and the Myth of Supreme Court Exceptionalism. **Reynolds Courts and Media Law Journal.** [S. l.], v. 1, 2011, p. 259.

MCELROY, Lisa T. Cameras at the Supreme Court: a rhetorical analysis. **BYU Law Review.** [S. l.], n. 6, 2012, p. 1837-1900.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

_____. O STF é refém do capricho dos seus ministros. **Justificando.com.** São Paulo, 2016. Disponível em:<<http://justificando.com/2016/06/08/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros/>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Onze ilhas. **Folha de São Paulo.** São Paulo, fev. 2010. Não paginado. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

MOHAN, S. Chandra. The amicus curiae: friends no more? **Singapore Journal of Legal Studies.** Singapore, v. 2, 2010, p. 1-24.

MUDANÇA para o parlamentarismo pode ter apoio do STF. **Folha Nobre**. [S. l.], 2016. Não paginado. Disponível em:<<http://folhanobre.com.br/2016/03/14/mudanca-para-parlamentarismo-pode-ter-apoio-do-stf/24394>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1995.

RAMALHO, Renan. 'Impeachment não é golpe', diz Barroso à comissão da Câmara. **G1**. Brasília, DF, 2016. Não paginado. Disponível em:<<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/03/impeachment-nao-e-golpe-diz-barroso-comissao-da-camara.html>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. 2009. 289 f. Tese (Professor Titular) - Curso de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2009.

RIBEIRO, Victor. Gilmar Mendes libera voto-vista sobre financiamento de campanha. **Radioagência nacional**. Brasília, DF, 2015. Não paginado.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Independence and corruption. In: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Report, 2007: corruption in judicial systems**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ROSENBERG, Gerard N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1993.

RUBENFELD, Jed. **Freedom and time: a theory of constitutional self-government**. New Haven: Yale Univ. Press, 2001.

SERGENT, Randolph Stuart. Building reputational capital: the right of attribution under section 43 of the Lanham Act. **Columbia-VLA Journal of Law & the Arts**. [S. l.], v. 19, n. 1/2, 1995, p. 45-84.

SHAPIRO, Ian. **The State of democracy theory**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

STATON, Jeffrey K. **Judicial Power and Strategic Communications in Mexico**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. Group judgments: statistical means, deliberation, and information markets. **New York University Law Review**. New York, v. 80, n. 3, jun. 2005, p. 962-1049.

_____. The law of group polarization. **John M. Olin Law and Economics Working Paper**. Stanford, n. 91, dec. 1999. Disponível em:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=199668>. Acesso em: 20 jul. 2016.

TUSHNET, Mark. Novos mecanismos institucionais para a criação do direito constitucional. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2015, p. 1188-1206.

UNITED STATES. Supreme Court. **Webster v. Reproductive Health Services**, 492 U.S. 490. Washington, D.C., n. 88-605, 1989.

VIEIRA, José Ribas; ANDRADE, Mario Cesar. Onze ilhas supremas ou ministros invisíveis: o que o STF reserva para 2016? **Jota**. [S. l.], fev. 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/onze-ilhas-supremas-ou-ministros-invisiveis-o-que-o-stf-reserva-para-2016>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____, Oscar Vilhena. Senhor de seus juízos. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2016/06/1780605-senhor-de-seus-juizos.shtml>>. Acesso em: 20 jul. 2016.