

LARISSA MARIA MELO SOUZA

**PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO NA ADI DE N. 3510
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE
ETNOGRÁFICA**

Monografia apresentada como
requisito para a conclusão do curso de
bacharelado em direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: Prof. Luiz Eduardo de
Lacerda Abreu

BRASÍLIA

2009

Agradeço, sobretudo, a Deus, à minha mãe, Sandra, e à minha madrinha, Ana, por todo apoio que me forneceram em minhas pesquisas e por estarem sempre ao meu lado.

Às minhas irmãs, a todos os meus amigos e familiares que estiveram comigo no transcorrer desse curso.

Especialmente ao meu namorado por sua imensa paciência e compreensão e à minha amiga Lidia Porto pela sua incansável companhia nas “noites de monografia”.

Ao meu amigo André Gontijo por todo o apoio que forneceu nas pesquisas e à Suely Camargo, que me ajudou imensamente a conseguir dados para essa pesquisa.

À professora Christine Peter por ser sempre uma fonte de inspiração à pesquisa e pela ajuda especial que concedeu a essa investigação.

Com admiração agradeço ao meu orientador, Professor Luiz Eduardo, por sua orientação e dedicação.

Dedico este trabalho ao meu pai Joselito de Oliveira Souza (*in memoriam*).

“Comprender es siempre el proceso de fusión de estos presuntos «horizontes para sí mismos»” (Hans-Georg Gadamer).

RESUMO

A pesquisa consiste em uma investigação etnográfica sobre o processo de tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal, tendo por material empírico o julgamento da ADI de n. 3.510. O objetivo da pesquisa, portanto, é investigar o processo de tomada de decisão no âmbito do STF. Para tanto, utilizamos os métodos etnográficos de Scheppelle e Emerson. Assim, o estudo foi dividido em três partes. Primeiramente se promoveu um exame do funcionamento do Tribunal, com o auxílio de Nibert Elias, Bourdieu e Lévi-Strauss, orientando a pesquisa na busca de fatores capazes de influenciar no processo de tomada de decisão, onde se verificou uma proposta de abertura procedimental da Corte. Em segundo momento, promovemos a análise do julgamento da ADI de n. 3.510 para verificar a adequação da justificação dos votos ao caminho da decisão verificado na primeira parte do estudo, e notamos que as decisões foram tomadas na dogmática da lei. Por fim, com base no confronto dos dados colhidos se desenvolveu a percepção de um espaço entre o momento da decisão e da justificação dos votos da casuística em tela, tendo por base Abreu, Bourdieu e Gadamer.

Palavras-chaves: processo de tomada de decisão, Supremo Tribunal Federal, etnografia, abertura procedimental, sociedade de corte, pré-compreensão.

ABSTRACT

The search is an inquiry ethnographic about the process of decision-making on the Federal Court of Justice (STF), for then we used as empirical the direct action of unconstitutionality 3.510. The objective of this research, therefore, is to investigate the process of decision-making under the STF. For both, we used ethnographic methods of Scheppelle and Emerson. Thus, the study was divided into three parts. First promoted an examination about the operation of the Court, supported by Norbert Elias, Bourdieu and Lévi-Strauss, conducting the research in seek for factors that could influence the process of decision-making, where we checked a proposal for an opened procedural by the Court. Second time, we promoted the analysis of the judgment of ADI 3.510 to verify the adequacy of the justification of the votes with the way that the decision occurred on the first part of the study, where we noted that the votes were taken in dogmatic law. Finally, based on a comparison of the data collected has developed a perception of a space between the time of the decision and the reasons of the votes in this study case, based on Abreu, Bourdieu and Gadamer.

Keywords: process of decision making, the Supreme Court, ethnography, opening procedural, court society, fore understanding.

SIGLAS

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

AI – AGRAVO DE INSTRUMENTO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

HC – HABEAS CORPUS

HD – HABEAS DATA

MAP – MÓDULO DE ACOMPANHAMENTO PROCESSUAL

MI – MANDADO DE INJUNÇÃO

MS – MANDADO DE SEGURANÇA

RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RESP – RECURSO ESPECIAL

RISTF – REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SECLA – SEÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO DE ASSUNTOS

SEPDIS – SEÇÃO DE PREVENÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

SERAP – SEÇÃO DE RECEBIMENTO E AUTUAÇÃO DE PROCESSOS

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O FUNCIONAMENTO DO “SUPREMO”	12
1.1 O CAMPO E A ANTROPÓLOGA.....	12
1.2 O FUNCIONAMENTO DO PLENÁRIO E A DINÂMICA DOS GABINETES	13
A) A DINÂMICA DA PREFERÊNCIA DOS PROCESSOS	14
B) O PLENÁRIO DO “SUPREMO”	17
C) O CAMINHO DOS PROCESSOS	21
D) O FUNCIONAMENTO DOS GABINETES	30
1.3 AS RELAÇÕES DE PODER NO “SUPREMO”	34
A) A HIERARQUIA DE ESTAMENTOS DOS GABINETES	34
B) O PAPEL DOS MINISTROS.....	41
2 O JULGAMENTO DA ADI DE N. 3.510.....	47
2.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	47
2.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE N. 3.510	48
2.3 A POSIÇÃO DO “SUPREMO” EM FACE DA ABERTURA PROCEDIMENTAL.....	51
2.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA: OS <i>EXPERTS</i> FORAM AO “SUPREMO”	56
2.5 PRIMEIRA SESSÃO: O VOTO DO MINISTRO-RELATOR.....	60
2.6 SEGUNDA SESSÃO: O VOTO-VISTA.....	64
2.7 TERCEIRA SESSÃO: OS EMBATES SOBRE AS EXTENSÕES DOS VOTOS	69
3 A DISTÂNCIA ENTRE O MOMENTO DA DECISÃO E DA JUSTIFICAÇÃO	75
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	85
ANEXO I.....	91
ANEXO II.....	99
ANEXO III.....	100
ANEXO IV	101

INTRODUÇÃO

O primeiro despertar que tive para o estudo do processo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) foi em 2007, quando participei de um debate, em um grupo de pesquisa do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, a respeito de uma primeira manifestação do STF sobre uma grande questão que havia chegado ao Tribunal: a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias. A constitucionalidade da lei de Biossegurança foi contestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade de n. 3.510 em virtude de autorizar em seu art. 5^o¹ a utilização de células-tronco de embriões humanos provenientes de fertilização *in vitro*, considerados descartáveis pela comunidade científica. A discussão, portanto, residia no direito à vida destes embriões, pois, caso fossem considerados como “vida humana” pelo STF, seriam protegidos pelo art. 5^o da CF/88²; e, caso não, a lei restaria constitucional. Por outro lado, os cientistas alegavam que a utilização dessas células-tronco permite a formação de diversos tecidos humanos artificialmente para tratamentos de saúde, o que também é direito fundamental preservado pelo art. 6^o da CF/88³.

De fato, o julgamento desta ADI gerou grande expectativas na sociedade e envolveu contextos interessantes de proposta de abertura da Corte à participação do cidadão no processo de tomada de decisão. Assim, o julgamento da ADI de n. 3.510 possui um relevante contexto social que incorre na questão da abertura da Corte à participação do cidadão, além dos efeitos de âmbito nacional da decisão e do tema

¹ Lei de n. 11.105/2005, art. 5^o “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1^o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2^o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3^o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n^o 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

² Constituição Federal, art. 5^o, *caput*. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

³ Constituição Federal, art. 6^o “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

da ADI ser de relevância internacional, tendo em vista que o STF foi a primeira Corte Constitucional a enfrentar a questão de pesquisa com células-tronco embrionárias.

O que se discutia no debate do grupo de pesquisa era justamente que a decisão desses ministros decorre de um processo de tomada de decisão, que nada mais é do que a interpretação entendida como um processo, ou seja, vista como uma ação plural (não singular), o que nas palavras de Gadamer (1993) traduz-se no encontro de horizontes. A questão suscitada no debate era uma percepção de que haveria um espaço entre o momento da decisão e o momento da justificação dos votos, já que os ministros levavam os votos prontos para as sessões.

A proposta, portanto, é estudar o processo de tomada de decisão do STF, tendo como material empírico o julgamento da ADI de n. 3.510. Entretanto, me proponho a fazer essa pesquisa por um olhar diferenciado. O estudo realizado neste trabalho decorre de uma etnografia, que nada mais é do que o “estudo dos elementos centrais das políticas legais, usando métodos que sejam capazes de captar os detalhes vividos no panorama político-jurídico” (SCHEPPELE, 2004. p. 395). Dessa forma, quando estudamos o campo jurídico do STF, a etnografia se centra nas complexas relações políticas, jurídicas, históricas, sociais, econômicas e culturais que revelam contextos para além da lógica da correlação entre o STF e os demais atores (leia-se Poderes Executivo e Legislativo).

Nesse sentido, cumpre esclarecer que os métodos etnográficos que utilizei envolvem arquivos dos julgamentos gravados do STF, entrevistas, reportagens e notícias sobre a Instituição, bem como a observação do campo. Na verdade, a observação do campo foi o método mais utilizado, e consiste em anotações de campo (*fieldnotes*) obtidas no convívio com as pessoas do campo (STF) em um processo de retirada da experiência para a transformação da mesma em conhecimento (EMERSON, 1995). Ou seja, o método etnográfico foi utilizado para desvelar a conformidade dos atos normativos com a prática, o que chamaremos aqui de “normas escritas” (leis, regulamentos, regimentos, etc.) e “normas não escritas”⁴.

⁴ De fato a definição de regras “não escritas” é demasiadamente complexa. Mas as palavras de Lévi-Strauss (1986. p. 93) esclarecem no sentido de revelar o modo em que as relações de um determinado meio acontecem: “Os *homens não agem, enquanto membros do grupo, em conformidade com o que cada um sente enquanto indivíduo: cada homem sente em função da maneira como lhe é permitido ou prescrito conduzir-se. Os costumes são dados como normas externas e estas normas insensíveis determinam os sentimentos individuais, assim como as circunstâncias em que poderão, ou deverão manifestar-se*”.

Assim, demonstrado ou não no teor dos votos, a decisão dos ministros na ADI de n. 3.510, reflete um movimento diário do processo de tomada de decisão no STF, que envolvem um *habitus*⁵. Minha hipótese de estudo, portanto, consiste em apontar nos votos da ADI de n. 3.510 a existência da relação entre essas “regras escritas” e “não escritas”. Ademais testaremos a hipótese do debate do grupo de pesquisa, qual seja a existência de um espaço entre o momento da decisão e da justificação.

Nessa dinâmica o primeiro capítulo será dedicado a compreensão do funcionamento⁶ do STF, justamente para verificar fatores que influenciam no processo de tomada de decisão de um determinado processo. Desenvolveremos no segundo capítulo a análise da casuística selecionada como material empírico, no intento de estudarmos o caminho das decisões tomadas nas decisões do STF. Ou seja, o foco de nosso estudo aqui não será exatamente a constitucionalidade da lei de Biossegurança, mas o processo de tomada de decisão em um desvelar do caminho a que se chegou à decisão, não importando concretamente para este trabalho a decisão tomada por cada ministro⁷. Por fim, nessa última parte do trabalho analisaremos ainda o movimento do campo jurídico brasileiro, no que tange a esse processo de tomada de decisão, o que implica no corte metodológico desse processo a ser verificado ser o desenvolvido no STF, com base no estudo da casuística da ADI de n. 3.510.

Sobre as regras “não escritas” Abreu (2005) apresenta suas várias formas de manifestação como por meio de costumes, comportamentos, etiquetas, mas em especial por meio das normas de linguagem.

⁵ A noção de *habitus* que utilizamos advém de Bourdieu (1989). Portanto, entenderemos *habitus* como tendências incorporadas pelos atores do campo o que torna esse elemento um capital cultural. De certo modo, esse *habitus* pode ser uma regra “não escrita” que permeia o campo, mas na concepção apresentada por Bourdieu, nem sempre a noção será correspondente, de modo que pode haver *habitus* que não sejam regras “não escritas” do campo.

⁶ A idéia de funcionamento que colocamos aqui não deriva do funcionalismo, tal como presenciamos em Durkheim (1977), onde há uma divisão de sistemas cada qual realizando sua função em prol da permanência do todo. A concepção de funcionalismo que utilizamos aqui é mais simples, recorre à noção da maneira como a Instituição em estudo se coloca em movimento para cumprir com suas obrigações determinadas no texto constitucional.

⁷ O desvelar do caminho percorrido para se chegar à decisão consiste em uma analogia do caminho da descoberta de Popper (2003). O ponto de Popper é que toda descoberta envolve uma fazer de vários caminhos, de modo que, o que verdadeiramente importa são os caminhos adotados para se chegar à descoberta e não propriamente ela. Em outras palavras, o que estudamos aqui é se as “regras escritas” e “não escritas” estão contidas na justificação dos votos dos ministros do STF, de modo que, a decisão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei de Biossegurança não importa, mas sim as justificativas utilizadas para chegar a essa decisão.

1 O FUNCIONAMENTO DO “SUPREMO”

1.1 O CAMPO E A ANTROPÓLOGA

Eu tive dois momentos distintos de colheita de dados no STF, o que implicou em duas visões. Primeiramente comecei a freqüentar as sessões plenárias do STF às quartas e às quintas-feiras, e, posteriormente, passei a observar o funcionamento interno do Tribunal, na condição de estagiária.

De fato, quando das visitas, muitos fatos me chamavam a atenção. As pessoas passavam, entravam em portas que não se abriam para o público, e tudo era dito em baixos tons aos ouvidos dos ministros. Quando passei a circular nos corredores do STF com liberdade de acesso, várias informações se tornaram claras e os motivos de resultados inesperados de julgamentos passaram a ser inevitáveis, já que pelas circunstâncias do campo o resultado da decisão seria provavelmente aquele. O ponto do inevitável era justamente a compreensão de fatores internos, decorrentes de regras “não escritas” do meio que definem em alguma medida o comportamento e as decisões dos ministros. Na primeira fase de minha pesquisa eu não pertencia ao meio⁸, de modo que, estava sempre um tanto deslocada. Qualquer pergunta era abusiva, afinal o que uma estranha iria querer saber sobre o que acontece nos intervalos da sessão no salão “dos ministros”? De certo, todas as minhas perguntas pareciam inconvenientes, e por uma razão simples, elas realmente eram inapropriadas, não condiziam com as regras “não escritas” do campo. O momento em que passei ao estamento⁹ de estagiária do STF, ao contrário, novas perspectivas me foram reveladas e a postura enquanto antropóloga teve que ser alterada. Eu não podia mais fazer as perguntas inconvenientes, mesmo porque, ficou claro que muitas das perguntas não eram respondidas, porque não

⁸⁸ Quando digo que não pertencia ao meio quero dizer que não me enquadrava como um funcionário do Tribunal, pois de fato já pertencia ao meio neste momento, mas como uma visitante.

⁹ Ao descrever o modo de “dominação tradicional” Marx Weber (1992, p. 352) descreve bem o que é um sistema estamental: “os servidores não são pessoalmente do senhor, e sim pessoas independentes, de posição própria, que angariam proeminência social. Eles estão investidos em seus cargos (de modo efetivo ou conforme a ficção de legitimidade) por privilégio ou concessão do senhor, ou possuem, em virtude de um negócio jurídico (compra, penhora ou arrendamento) um direito próprio ao cargo, do qual não se pode despojá-los arbitrariamente. Assim, sua administração, ainda que limitada, é autocéfala e autônoma, exercendo-se por conta própria e não por causa do senhor”.

precisavam. As respostas estavam claras no campo, podemos dizer que, em grande parte, não passavam de regras “não escritas” do meio.

Por exemplo, uma percepção que tive da mudança dos meios foi o uso de nomenclaturas. Certa vez enquanto estava visitando as sessões, percebi que os funcionários que passavam e os ministros costumavam se referir ao Tribunal sempre por “Supremo”. O Tribunal é sempre nomeado como “O Supremo Tribunal Federal” pela mídia e acadêmicos do direito constitucional, ou ainda por meio da sigla “STF”. Mas os funcionários que percorrem o meio não se referem ao Tribunal deste modo. O modo usual de se referir ao Tribunal nos corredores do STF é “Supremo”. Em primeiro momento, esta forma de chamar o Tribunal não apresenta nada de inovador, entretanto, na verdade é como se fosse um elemento de identificação dos pertencentes a essa parte do campo. O que notei é que, dentre os vários meios de identificação de quem pertence ou não à estrutura do STF a expressão “Supremo” é um elemento de identificação e uma forma de dar-lhe vida. Não se trata do trabalho de um ou dois funcionários, ou até mesmo de um grupo de ministros, mas da Instituição em si, o “Supremo”.

De todo modo, adentrei o “Supremo” pertencendo a um estamento que possui suas limitações de pesquisa, porque não me inseria no meio das trocas políticas, logo, nossa captação de dados se restringe a de “mero expectador”¹⁰, sem ter acesso aos detalhes mais reservados. Assim, concedi enfoque ao estudo do plenário do “Supremo”, já que nesse espaço ocorreram as sessões que julgaram a ADI de n. 3.510, mas tratei da complexidade das relações do campo que trazem fatores capazes de influenciar o processo de tomada de decisão do “Supremo”, com suas devidas limitações.

1.2 O FUNCIONAMENTO DO PLENÁRIO E A DINÂMICA DOS GABINETES

¹⁰ Quando se fala em “mero expectador” no pensamento de Gadamer (1993) temos a figura de ator que participa no meio, pois sua condição de assistir o jogo que se desenvolve no meio implica em interação por reações diversas. Portanto, a condição que tinha no campo de observação permitia certa interação com as pessoas do campo (GADAMER, 1993), mas não me concedia acesso a todos as trocas efetuadas entre os atores do campo (para compreender melhor a questão da troca leia-se ABREU, 2005 e MAUSS, 2001).

A) A DINÂMICA DA PREFERÊNCIA DOS PROCESSOS

Os julgamentos das ações diretas de constitucionalidade, o que inclui o julgamento da ADI n. 3.510, são apreciadas pelo plenário do “Supremo”, composta por 11 ministros indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal (CF/88, art. 101, parágrafo único)¹¹. Nesse sentido, a composição desse Tribunal é política, sem, entretanto, desmerecer o conhecimento jurídico dos escolhidos.

De fato, essa visão do “Supremo” como Corte Política é bastante controversa¹². Mas a pesquisa de campo revelou que é dessa forma que o “Supremo” se vê. Esse entendimento é claramente discutido nos corredores da Corte, principalmente porque essa concepção do Tribunal define a ordem de preferência para julgamento dos processos. Inclusive o próprio Plenário do “Supremo” já se manifestou neste sentido, conforme expressa as palavras do ministro Eros Grau no julgamento da ADI de n. 3.833, min. rel. Carlos Britto, DJ de 14.11.2008:

Senhora Presidente, quanto à competência do Supremo, desejo reafirmar que ele é um tribunal político porque cuida da viabilidade da polis e a provê. É um Tribunal político porque deve compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis. A lição de Pedro Lessa, lembrada pela Ministra Cármen Lúcia, é simplesmente ontológica.

O debate é por demais extenso para ser exposto neste trabalho, já que essa questão é intensamente discutida desde os embates entre Hans Kelsen e Carl

¹¹ Constituição Federal, art. 101: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

¹² Sobre esse ponto, cumpre indicar o posicionamento contrário ao STF como Corte Política. Nesse sentido que se expressa aqui as palavras de Dimitri Dimoulis ao se posicionar contrariamente ao STF como Corte Constitucional dotada de composição política ao dizer: “contudo, um estudo empírico-‘performático’ de atividade decisória desse Tribunal demonstraria com facilidade o apego a formalismos que impedem a tomada de decisões do mérito e a ausência de elaborações dogmáticas abrangentes e consistentes. Isso permite criticar a atuação concreta do Supremo Tribunal Federal como eminentemente (e indevidamente) política, como bem observa uma parte minoritária da doutrina” (DOMOULIS, 2008. p. 33) mais a frente ainda afirma que “[...] carecem de fundamento as afirmações sobre o suposto monopólio interpretativo do Supremo Tribunal Federal. Quando o Tribunal afirma sua ‘função institucional, de ‘guarda da constituição’ (CF, art. 102, caput), confere-lhe o monopólio de última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental temos simplesmente uma tentativa de monopolizar o controle em detrimento das demais autoridades e sem embasamento constitucional satisfatório” (DOMOULIS, 2008. p. 35).

Schmitt¹³. Mas essa concepção não é tão simples, as manifestações dos ministros são sempre pontuais, e nem sempre demonstram uma consciência das implicações. Podemos dizer que os ministros sabem o que significa afirmar o “Supremo” como uma Corte Política, mas essas afirmações são carregadas de uma retórica, portanto, nem sempre uma visão a ser defendida com afinco. Já quanto aos funcionários do “Supremo”, essa noção não se trata de afirmação impensada, pois, tal como revela o planejamento estratégico previsto para 2009 a 2013 a visão de futuro do Tribunal é: “ser reconhecido como Corte Constitucional, referência na garantia dos direitos fundamentais, na moderação dos conflitos da Federação e na gestão administrativa”¹⁴. Diz-se que esse dado é uma comprovação da consciência dos funcionários, pois resultou de reuniões e debates entre chefias de seções e não entre ministros. As reflexões fizeram surgir o seguinte mapa de atuação estratégica:



*Quadro obtido juntamente ao Planejamento Estratégico do STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 07.10.2009.

¹³ Os debates ideológicos entre Hans Kelsen e Carl Schmitt são entorno da questão de quem seria o legitimado para controlar a constituição, ou seja, quem exerceria a jurisdição constitucional. Por um lado, Hans Kelsen (2003) defendia a conformação de um Tribunal autônomo e de composição política, ao passo que, Carl Schmitt (2007) posicionava-se pela atribuição desse controle da constituição ao *Füther* do *Reich*, pois os juízes não exerceriam uma função política, mas de mera aplicação da lei. De certo, ambos posicionavam-se contra o modelo até então existente de controle jurisdicional de constitucionalidade exercido de forma difusa no modelo norte-americano (LEAL, 2007).

¹⁴ Esta informação consta em diversos quadros dispostos no Tribunal, bem como consta no endereço eletrônico do STF na parte referente ao planejamento estratégico. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 07.10.2009.

Veja, essa visão de Tribunal como Corte Política (Constitucional)¹⁵ traz alterações no funcionamento do “Supremo”, isso importa em alterações em torno de nossa hipótese de espaço entre o momento da decisão e da justificção. Toda a orientação dos procedimentos internos é voltada para adoção de procedimentos que levem a essa concepção. E isso é vivenciado na prática do STF, pois a própria ordem de preferência de julgamento dos processos conflita com esse posicionamento. Por exemplo, o Regimento Interno do STF (RISTF) determina no art. 145¹⁶ que se deve dar preferência, no Plenário, os julgamentos de *habeas corpus*, processos que envolvam réu preso, mandado de segurança, entre outros, entretanto, os ministros preferem levar a julgamento, e aceleram a votação de processos próprios de uma Corte Política (Constitucional) como a ação direta de inconstitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental, sob fundamento do art. 129 do RISTF¹⁷. Ademais, a decisão de ação constitucional de controle concentrado¹⁸ possui efeitos *erga omnes*¹⁹. Isso significa que a aplicação da decisão nos demais casos que estão subindo ao Tribunal, o que reduz a carga de processos atrasados. Ou seja, a decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade é simplesmente indicada para decisão de diversos recursos extraordinários, agravos de instrumento, entre outros.

¹⁵ Atualmente, verifica-se a existência de dois modelos de jurisdição constitucional, que influenciam de forma direta o procedimento no âmbito da Corte Constitucional brasileira: a Suprema Corte dos Estados Unidos (Suprema Corte) e os Tribunais Constitucionais da Europa (Corte Constitucional) (FERNÁNDEZ, 2003. p. 57-58). Entretanto, esses modelos, supostamente antagônicos, coexistem no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, o que enseja dificuldades de definição do STF como uma Corte Constitucional ou Suprema Corte. Para compreender melhor o tema da Corte Constitucional e sua configuração política leia-se Favoreu (2004) e para o estudo do suposto antagonismo entre esses modelos de jurisdição constitucional leia-se Fernández Segado (2003).

¹⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 145: “*Terão prioridade, no julgamento do Plenário, observados os arts. 128 a 130 e 138: I – os habeas corpus; II – os pedidos de extradição; III – as causas criminais e, dentre estas, as de réu preso; IV – os conflitos de jurisdição; V – os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral; VI – os mandados de segurança; VII – as reclamações; VIII – as representações; IX – os pedidos de avocação e as causas avocadas*”.

¹⁷ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 129: “*Em caso de urgência, o Relator poderá indicar preferência para o julgamento*”.

¹⁸ Como veremos mais à frente, as ações de controle concentrado são ações constitucionais que o Tribunal aprecia diretamente a questão constitucional sem que se passe por outros Tribunais. A questão é que essas decisões são de efeito vinculante e se estende a toda a sociedade (efeito *erga omnes*), de modo que, todo o Poder Judiciário e Executivo ficam vinculados a essa decisão. Ainda há uma discussão sobre a vinculação do Poder Legislativo às decisões desse caráter do STF, entretanto, compartilhamos do posicionamento de que pela necessidade de liberdade de diálogo entre os Poderes, o Poder Legislativo não pode ficar vinculado, justamente para o equilíbrio entre os Poderes ser mantido (MENDES, 2007).

¹⁹ O efeito *erga omnes* consiste em os efeitos da decisão do Tribunal se estenderem não só as partes que participam daquele determinado processo, mas a sociedade incluindo nesse meio não só os cidadãos, mas os Poderes Executivo e Judiciário (FERNÁNDEZ, 2003).

Por outro ângulo, ainda temos que considerar essa missão determinada nesse planejamento estratégico. Advinda das mesmas reuniões entre os chefes de seção, a razão do “Supremo” existir é indicada como: “Assegurar o cumprimento e estabelecer a interpretação da Constituição Federal, de forma a construir cultura que garanta a sua efetividade”. Essa missão reflete um pensamento de abertura da Corte à participação popular, pois coloca o “Supremo” em situação de ter que assumir uma nova postura capaz de se ater a questões que fogem a órbita do campo do direito. Nesse sentido, esse planejamento, que podemos entender como uma “regra escrita” determina uma forma de agir que leve em consideração os diversos campos que dialogam com o direito. Esse posicionamento também possuem implicações sobre nossa hipótese de momento da decisão e da justificação dos votos, já que essa posição influencia o processo de tomada de decisão.

Por conseguinte, o dado etnográfico consiste no “Supremo”, entendido aqui mais especificamente quanto aos seus funcionários, vê-se como Corte Política (Constitucional), e essa concepção influencia diretamente no processamento das diversas ações e recursos no Tribunal. Ademais, a missão institucional traçada enfatiza a assunção de uma nova postura pela Corte, onde se prescinde considerar a interlocução entre os diversos campos do saber.

B) O PLENÁRIO DO “SUPREMO”

O Plenário da Corte situa-se na construção da Praça dos Três Poderes, Brasília, praticamente no centro do Brasil, possui um teto arredondado, as cadeiras dos ministros são dispostas em um quadrado que fica aberto na parte da frente, para as cadeiras destinadas ao público e à tribuna para sustentação oral. No fundo do quadrado, sentam-se o Presidente do STF, o Procurador Geral da República e o Secretário do Pleno, sendo o que fica à esquerda do Presidente e o Procurador Geral da República à direita, conforme determina o RISTF no art. 144²⁰.

Atrás da cadeira do Presidente está uma parede toda trabalhada com diversas “semi-luas”, sendo que somente uma é maior e contém um crucifixo dentro. Certo dia, ao passar pela exposição da linha sucessória dos ministros do STF,

²⁰ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 144: “*Nas sessões do Plenário, o Presidente tem assento à mesa, na parte central, ficando o Procurador-Geral à sua direita. Os demais Ministros sentar-se-ão, pela ordem decrescente de antigüidade, alternadamente, nos lugares laterais, a começar pela direita*”.



descobri que há aí uma simbologia. O funcionário explicou com semblante sério que o significado dessa diferença de meias-luas é que todos somos iguais e submissos ao controle do Tribunal, e que acima do decidido como justo por essa Corte só está, dentro do território brasileiro, a justiça divina.

Nas laterais do quadrado se dispõem os demais ministros, por ordem de antiguidade, da direita do Presidente para esquerda (art. 144 do RISTF). Esse quadrado possui um espaço no meio, onde um servidor realiza seus trabalhos taquigráficos de audiência. Além disso, o quadrado fica disposto em um nível superior ao piso das cadeiras destinadas ao público, tanto da frente como dos lados. Note-se que a disposição do Plenário demonstra como os ministros falam entre si, e não para o público, pois o “círculo” (quadrado) de debate é fechado entre os ministros de modo que todos os ministros estão sempre de costas para a maior parte do público que se instalam nas laterais do Plenário.

A cadeira de cada ministro possui um computador, um microfone, e uma mini-estante de livros para consulta. Isso nos traz a impressão de que aqueles livros são importantes para os julgamentos, mas na verdade o importante está nos computadores. Isso, pois o STF possui um sistema de conversação *intranet* que possibilita que os ministros conversem entre si e com seus assessores.

Todo bom assessor deve saber quando o processo que fez entra em pauta. Ele se prepara para prestar esclarecimentos ao ministro durante a sessão, ou ajudá-lo no caso de um debate oral com outro ministro. Isso acontece porque, na prática, os ministros não resolvem todos os casos. Quando o processo entra em determinado gabinete do “Supremo” é distribuído entre os assessores de acordo com a matéria do processo: competência originária ou recursal em seus diversos focos (penal, civil, trabalhista, etc.) que repassará parte desses processos a seus funcionários (estagiários, analistas judiciários ou técnicos judiciários). Mas a dinâmica de cada gabinete é muito distinta da outra, cada gabinete é um meio social com suas próprias regras e organizações. Por exemplo, há ministros que fazem todas as decisões e outros que passam para os assessores os processos de controle difuso, ou seja, advindos de recursos extraordinários, agravos de instrumento, dentre outros.

Voltando a importância da *intranet*, pode acontecer do ministro ser pressionado por outro a se pronunciar sobre determinado aspecto de seu voto ou um debate oral. Nesses momentos, vem a importância do computador e a razão de seus olhares estarem sempre centrados na tela em um julgamento mais complexo. No caso da ADI de n. 3.510, como uma pressão em certa parte social, a declaração da constitucionalidade da lei de Biossegurança foi desconfortável para algumas Instituições da sociedade brasileira, como a Igreja. O próprio Papa da igreja Católica em um de seus pronunciamentos divagou sobre “a ofensa as leis de Deus pelas pesquisas que envolvem a vida humana, em virtude do sacrifício de vidas inocentes”. Mas um mero comentário do Papa, em um Estado laico não pressiona as Instituições, correto? Errado, não podemos nos ater ao texto constitucional brasileiro para definir suas Instituições imparciais a pressões religiosas. Apesar do Brasil se declarar laico, na Constituição Federal de 1988 (regra escrita), seu próprio preâmbulo usa a expressão “sobre a proteção de Deus”, mesmo porque, como já vimos acima, as próprias paredes do “Supremo” refletem uma tradição cristã. Some-se a isso que a realidade brasileira é de uma população que em boa parte pertence ao seguimento religioso do cristianismo, dessa forma, quando o próprio Papa termina seu discurso completando que os poderes dos Estados que aprovarem projetos que levam ao aborto seja como for, constitui motivo para excomunhão, há uma clara e forte pressão para a decisão, tanto pelo receio de parte dos julgadores, como pelos olhares internacionais para o panorama que se configurará.

De todo modo, essa decisão foi tomada em âmbito de um controle de constitucionalidade dito difuso, o que já vimos não ser o único meio de se aferir uma controvérsia constitucional. Quando falamos em controle difuso precisamos considerar como funciona os meios de controle de constitucionalidade em um Tribunal. Nesse ponto, se faz oportuno trazermos aqui alguns esclarecimentos sobre essas formas de controle de constitucionalidade. Quando nos referimos ao controle de constitucionalidade concentrado, tratamos das decisões sobre a constitucionalidade de leis e atos levados ao órgão competente, para julgar com caráter vinculativo (efeito *erga omnes*) (FERNÁNDEZ, 2003. p. 65). No entanto, ao indicar-se o sistema difuso, vislumbramos decisões de efeitos *inter partes*, que visam negar a aplicação de determinada lei ao caso concreto (FERNÁNDEZ, 2003. p. 64-65). Veja-se que, ao longo da história esses modelos sempre foram colocados como

antagônicos (FERNÁNDEZ, 2003), ou seja, a existência de um necessariamente excluiria o outro, entretanto, no STF há uma convivência desses modelos o que, é uma característica freqüente no âmbito da América Latina (BERNADES, 2001).

A razão da dualidade, apesar de todo o contexto favorável que se apresenta pela doutrina latino-americana, está nas diferenças estruturais dos modelos. No modelo estadunidense, a jurisdição constitucional é entregue ao órgão de cúpula do Poder Judiciário (Corte Suprema), enquanto no modelo europeu-kelseniano, há um Tribunal de competência originária e concentrada, com o único intuito de definir os contornos da matéria constitucional (Corte Constitucional) (FAVOREU, 2004). Nesses moldes, veja-se que temos o controle de constitucionalidade concentrado (principal) atrelado à idéia do modelo europeu-kelseniano, e o difuso (incidental) ao modelo americano (FERNÁNDEZ, 2003. p. 64-65). No Brasil há um controle difuso à medida que é possível discutir questão constitucional desde a primeira instância do Poder Judiciário até ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário²¹; e, ao mesmo tempo, funciona um controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência é do STF, onde se reclamam diretamente à Corte questões de cunho constitucional, por meio de ações propriamente constitucionais.

Além da *intranet*, por outro lado, os despachos dos advogados são muito importantes para o processo de tomada de decisão. Na prática, o advogado prepara um memorial sobre o caso, explicando a litigância, de forma a favorecer sua parte. Geralmente, os advogados enviam esses memoriais ou despacham com os ministros sobre o processo que defendem quando perto dos julgamentos, no intento de, como dizem os advogados, “refrescar”²² a memória dos julgadores sobre o tema em lide. Esse movimento varia de gabinete para gabinete. Acontece que há ministros que não atendem os advogados diretamente, ou só atendem os advogados mais importantes, ou os dos casos mais relevantes para o “Supremo”.

²¹ O Controle difuso de constitucionalidade conta com diversos recursos tais como o recurso extraordinário, agravo de instrumento, habeas corpus, habeas data, ação civil pública e ação popular. Quanto ao recurso extraordinário, este consiste em instrumento processual previsto constitucionalmente para assegurar a revisão de possível afronta ao texto constitucional por decisão judicial proferida em última ou única instância (CF/88, art. 102, III, alíneas a a d) (SOUSA, 2007).

²² O uso da palavra “refrescar” aqui não possui um tom pejorativo. O termo é bastante utilizado pelos advogados nos corredores. Por várias vezes registrei advogados conversando e falando sobre a necessidade de “refrescar” a memória do assessor ou do ministro sobre a questão.

Quando não é de interesse do ministro, em geral, essa tarefa é entregue aos assessores.

O caminho natural dessa investigação nos levaria agora à análise dos votos, em especial das sessões e das audiências públicas. Entretanto, a pesquisa de campo revelou que se perfaz interessante compreender o funcionamento do Tribunal, nesse momento, antes de abordamos o caminho que os processos percorrem, bem como as relações que acontecem dentro dos gabinetes, até chegarmos aos ministros. A importância de passarmos por essas etapas consiste em trazer dados para o estudo de nossa hipótese inicial de espaço entre o momento da decisão e da justificção, considerando que existem elementos no campo que podem criar essa ruptura.

C) O CAMINHO DOS PROCESSOS

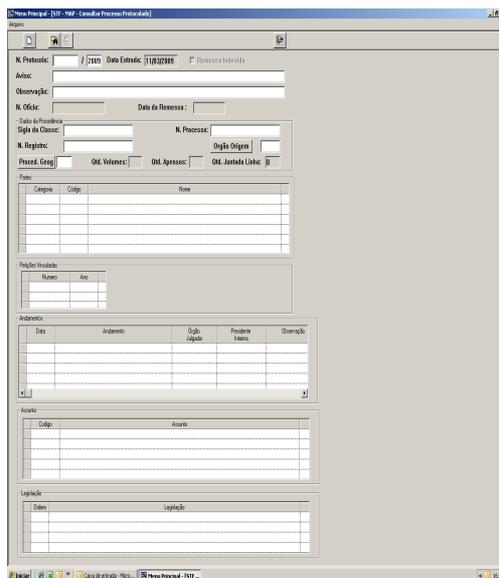
De fato, há várias vias de se chegar ao “Supremo”. Ocorre que existe um extenso rol de ações constitucionais que permitem levar suas questões para a Corte²³. Todas essas ações passam por seções que promovem o chamado “processamento inicial”. Assim, elas passam por um crivo de admissibilidade e preparação para a distribuição, de acordo com as competências determinadas no RISTF. Segundo consta no RISTF, o registro de toda ação deve ser feito até o primeiro dia útil subsequente (art. 54, RISTF)²⁴. De fato isso acontece. Raramente o Tribunal fica com acúmulo de processos nessa fase. O trabalho é feito na Seção de Recebimento e Autuação de Processos – SERAP – que consiste basicamente em registrar a numeração dos processos de forma contínua, em conformidade com a classe a que ele pertença, seja agravo de Instrumento, *habeas corpus*, representação interventiva, mandado de segurança, petição, reclamação, recurso extraordinário, entre outros meios de se chegar ao STF (art. 55, RISTF)²⁵. A ação de

²³ De fato várias são as ações constitucionais. Em suma, podemos indicar o *habeas corpus* (HC), *habeas data* (HD), mandado de segurança (MS) – que pode ser coletivo –, mandado de injunção (MI), ação popular, ação civil pública, além das ações de controle concentrado de ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, reclamação constitucional e representação interventiva.

²⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 54: “As petições iniciais e os processos remetidos, ou incidentes, serão protocolados no dia da entrada, na ordem de recebimento, e registrados no primeiro dia útil imediato”.

²⁵ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 55: “O registro far-se-á em numeração contínua e seriada em cada uma das classes seguintes: I – Ação Cível Originária; II – Ação Penal; III

classificar não é complexa, já que as peças geralmente vêm com o nome da classe a que pertencem já na primeira folha. O mais difícil para essa seção é trazer os dados do processo para o sistema informatizado chamado de Módulo de Acompanhamento Processual – MAP. Essas informações consistem no nome das partes, dos advogados, dos interessados e do número de volumes que o processo tem:



* MAP - Módulo de Acompanhamento Processual

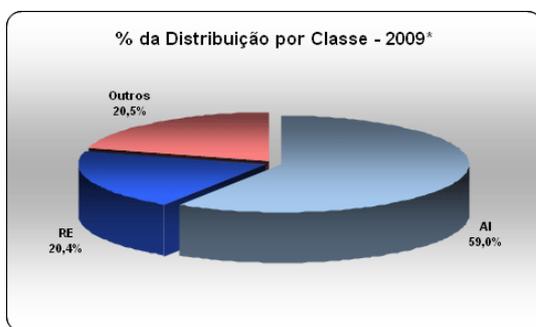
Para nosso estudo importa principalmente a ação direta de inconstitucionalidade. O seu caminho pelo Tribunal inicia-se na seção de recebimento e autuação de processos, onde os processos são registrados no MAP. Após esse registro, as ADIs são encaminhadas para Seção de Classificação de Assuntos – SECLA, onde as ações passam por novo controle antes de serem distribuídas aos gabinetes. A distribuição é feita pela seção de prevenção e distribuição – SEPDIS – que promove a distribuição de forma aleatória, feita por programa de computador com base nos dados gravados no sistema.

Entretanto, muito do processo de funcionamento dessa Instituição nos é revelada pelos processos que chegam pelo controle de constitucionalidade difuso.

– Ação Rescisória; IV – Agravo de Instrumento; V – Apelação Cível; VI – Arguição de Relevância; VII – Arguição de Suspeição; VIII – Carta Rogatória; IX – Comunicação; X – Conflito de Atribuições; XI – Conflito de Jurisdição; XII – Extradicação; XIII – Habeas Corpus; XIV – Inquérito; XV – Intervenção Federal; XVI – Mandado de Segurança; XVII – Pedido de Avocação; XVIII – Petição; XIX – Processo Administrativo; XX – Reclamação; XXI – Recurso Criminal; XXII – Recurso Extraordinário; XXIII – Representação; XXIV – Revisão Criminal; XXV – Sentença Estrangeira; XXVI – Suspensão de Direitos; XXVII – Suspensão de Segurança”.

Mais, especificamente, o controle difuso de constitucionalidade nos traz questões interessantes sobre o funcionamento do “Supremo”, já que muitas das questões constitucionais que são discutidas em controle concentrado de constitucionalidade já estão há muito tempo sendo discutidas por meio de controle difuso. Apesar da diversidade de recursos trataremos em especial sobre o recurso extraordinário e o agravo de instrumento. Isto, pois esses processos compõem a grande maioria de recursos do Tribunal, conforme se verifica no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Distribuição por Classe – 2009*



* Atualização até setembro de 2009.

Esses dados do gráfico se tornam mais claros quando olhamos os dados estatísticos do STF que indicam que do universo de 66.873 processos protocolados junto ao Tribunal no ano de 2008, 59.314 são recursos extraordinários e agravos de instrumentos, o que corresponde a 88,7% da distribuição de 2008²⁶. A questão agora é o caminho que os autos desses recursos extraordinários e agravos de instrumento percorrem no Tribunal.

Ocorre que eles não são protocolados e distribuídos aos gabinetes diretamente. Tal como ocorre com as ADIs, eles passam por um crivo de admissibilidade, isto é, em outras palavras, há um preparo e uma seleção dos recursos antes da distribuição. Eles entram na SERAP por meio de um dos protocolos que fica na lateral do térreo do anexo II-A ou no *drive in* na porta de serviço do Anexo II-A, e são registrados no referido MAP – sistema de informática que indica as partes do processo e seus advogados. Após essa fase, eles são levados à seção de análise processual, que funciona no térreo do anexo II-A. A

²⁶ Esses dados são fornecidos no Portal de Informações Gerenciais do STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12.03.2009.

seção de análise processual fica em uma sala grande, que possui várias cabines separadas por divisórias, sendo que cada uma possui um mini-armário e um computador. A sala possui entrada após um longo corredor de janelas de vidro, que possibilitam que as pessoas da seção sejam vistas pelo lado de fora. Ao entrar na sala há uma mesa com dois funcionários, responsáveis por receber a carga do protocolo com os processos. Já na parede dessas mesas, à esquerda de quem entra na sala, há várias prateleiras, onde são colocados processos que chegam para distribuição e processos que já foram analisados. Para não misturar, as prateleiras recebem papéis com identificação.

Na parede dos fundos há entrada para duas salas: a copa e a sala do chefe. A copa fica à esquerda, é pequena, têm uma geladeira, uma mesa e materiais para preparar café. Logo depois da copa, há outras prateleiras, onde só são colocados processos para revisão. É que todo processo que não leva a etiqueta de apto, precisa ser revisado. Logo depois dessa estante, vem a sala do chefe. Essa sala possui estantes, uma mesa grande e vários armários. Para lá vão os processos que precisão de concerto no MAP, ou processos mais complexos, que precisem do despacho do chefe. Essa sala possui a parede que dá vista para a sala maior de vidro, de modo que o chefe possa ver toda a seção de sua mesa. Na parede do lado direito da sala maior, há vários armários e uma estante, dentro deles também ficam os processos já analisados. Nessa seção, os processos de RE e AI são distribuídos entre os funcionários, contando servidores, terceirizados e estagiários, para que seja preenchida a “fichinha”. Os processos, após distribuídos entre os funcionários, são dispostos em pilhas, que ficam pelo chão, em cima dos armários ou das mesas. A distribuição é feita pelos dois funcionários da entrada, que são terceirizados. Apesar da “regra escrita” de estamentos do Tribunal demonstrar que o terceirizado está hierarquicamente inferior ao servidor, esses são agradados como se fossem servidores, já que são eles que determinam quem recebe cada processo (o que inclui os mais ou menos volumosos). Esses processos precisam ser analisados, e como cada funcionário possui a sua quota de processos a serem examinados, agradar os funcionários da distribuição é primordial, já que quanto menos volumosos e complexos os processos, mais rápido a meta é cumprida. De todo modo, a análise é guiada por “fichinhas”. Há três fichas, uma para os agravos de instrumento, outra para os recursos extraordinários e uma última para registrar a estatística do número

de processos aptos e não aptos (veja as “fichinhas” nos Anexos II, III e IV respectivamente).

A ficha do agravo de instrumento exige informações de identificação do processo e de correspondência dos dados do processo com os inscritos no MAP. Ademais, os dados a serem preenchidos são os requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento constantes no art. 544, §1º, do CPC. Assim, é preciso indicar se houve recurso especial ou não, pois caso a parte tenha questionado o acórdão com recurso especial²⁷ e recurso extraordinário²⁸, pode ocorrer do julgamento deste ficar sobrestado até a manifestação do Superior Tribunal de Justiça. Desse ponto em diante a ficha de agravo de instrumento segue na ordem dos requisitos de admissibilidade, de modo que se indica o número das páginas da cadeia procuratória das partes, do acórdão recorrido²⁹ e da respectiva certidão de publicação, dos embargos de declaração³⁰, caso existam, e sua certidão de publicação, da petição do recurso extraordinário, das contra-razões ao recurso extraordinário³¹ ou respectiva certidão *in albis*³², da decisão agravada³³ e da certidão de publicação dessa decisão agravada. Ademais, é preciso preencher um quadro onde se indica a tempestividade do recurso extraordinário e do agravo de instrumento, além da indicação das folhas em que consta a alegação de repercussão geral³⁴, conforme

²⁷ O recurso especial consiste em meio de se reclamar ao Superior Tribunal de Justiça uniformização de questão infraconstitucional (SOUSA, 2007).

²⁸ Recurso extraordinário é meio de se levar a questão constitucional discutida em um processo ao Supremo Tribunal Federal, para decisão definitiva com efeito *inter partes* (SOUSA, 2007).

²⁹ O acórdão recorrido consiste na decisão impugnada, ou seja, a decisão de Tribunal *a quo* que é questionada por meio do recurso extraordinário (SOUSA, 2007).

³⁰ Embargos de declaração é recurso pelo qual o advogado suscita ao julgador, ou ao conjunto de julgadores uma questão obscura, contraditória ou omissa da decisão (SOUSA, 2007).

³¹ Contra-razões ao recurso extraordinário consistem no direito de contraditório da parte recorrida, que deve ser exercido no prazo de 15 dias, contados da intimação (SOUSA, 2007).

³² Certidão *in albis* das contra-razões, consiste em certidão emitida pelo juízo de que não foram apresentadas contra-razões ao recurso dentro do prazo legal, ou seja, que se disponibilizou o direito de contraditório e de defesa, entretanto, este não foi exercido (SOUSA, 2007).

³³ A decisão agravada consiste do despacho proferido em instância *ad quem* que não atesta a admissibilidade do recurso extraordinário. Sem a decisão de admissibilidade pela instância inferior, o recurso extraordinário não é remetido ao STF, de modo que, para destrancá-lo, é preciso interpor o agravo de instrumento (SOUSA, 2007).

³⁴ A repercussão geral consiste em demonstração da relevância da causa (MENDES, 2007). Em outras palavras, consiste em exigência de esclarecimento pela parte recorrente de que a questão constitucional em contenda não interessa só às partes, mas é de interesse geral, seja por uma questão jurídica, social, econômica ou política (MENDES, 2007). Tal exigência foi inserida no contexto da constituição 1988 no ano de 2006, com as alterações promovidas pela lei de n. 11.418, responsável pela inserção dos art. 543-A e 543-B no CPC.

exige o art. 543-A do CPC³⁵. Ao final da ficha, identifica-se quem fez a análise, quem revisou no caso de ausência de um dos requisitos e a data da análise.

Já a ficha de análise do recurso extraordinário é mais simples, pois além das informações de identificação e MAP, as indicações de páginas se restringem a indicar se há recurso especial ou não, e qual a situação deste caso exista (provido, parcialmente provido, negado ou determina novo julgamento). Isso resulta no próximo item da ficha que é a indicação de prejudicialidade ou não do recurso especial, pois a depender da decisão do STJ o recurso extraordinário fica prejudicado. A ficha também exige a indicação das folhas da cadeia procuratória de ambas as partes, acórdão recorrido e sua certidão de publicação, se existe embargos de declaração ou não e em que folhas encontram-se, a certidão de publicação desses embargos e a petição de recurso extraordinário. Ao final da ficha se pede análise de tempestividade do RE e a indicação da alegação de repercussão geral, além da identificação de quem analisou o processo, quem o revisou e a data em que isso foi procedido.

Assim, os dados da ficha consistem basicamente em indicar os requisitos do RE e do AI, incluído a tempestividade, a presença de repercussão geral, cadeia procuratória e dos requisitos do art. 544, §1º, do Código de Processo Civil³⁶, no caso do agravo de instrumento. Ademais, na “fichinha” ficam identificadas as páginas de cada peça essencial à análise do AI ou RE, de modo que, basta que o julgador se

³⁵ Código de Processo Civil, art. 543-A: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

³⁶ Código de Processo Civil, art. 544, § 1º: “O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

direcione as páginas indicadas. Essa ficha é anexada à capa do processo com papel que indica sua situação: apto, faltam peças, intempestivo, sem repercussão geral e RE extemporâneo (veja o anexo IV). Todos os processos são registrados no sistema interno que indica a situação deles, mas só os aptos saem da seção no mesmo dia. Ao final do dia, os funcionários da entrada da sala levam os processos aptos após registrarem o deslocamento.

Os demais processos vão para as prateleiras do fundo da sala, para revisão. Os servidores analistas da seção pegam esses processos e vêem novamente o erro indicado na capa, caso ele se confirme, eles fazem a decisão monocrática³⁷ de “não conhecimento”; caso o erro não se confirme, leva a etiqueta de apto e vai embora da seção. Nesse ponto, precisamos deixar claro que os ministros não chegam a ter contato com esses processos, que recebem decisão monocrática de “não conhecimento” nessa seção, pois eles levam assinatura eletrônica e vão embora do “Supremo” sem serem distribuídos a nenhum ministro e sem que o Presidente do Tribunal tenha conhecimento da controvérsia tratada neles. Na verdade, a informação que os ministros possuem acesso é a mesma que toda pessoa têm, qual seja, os dados estatísticos divulgados no endereço eletrônico do “Supremo”. Essas informações demonstram que, em 2008, a cada 100.781 processos protocolados no Tribunal, somente 66.873 chegaram a ser distribuídos³⁸:

Tabela 1 – Movimentação STF – 2008/2009*

Movimentação STF	2008	2009*
Proc. Protocolados	100.781	63.785
Proc. Distribuídos	66.873	35.031
Julgamentos	130.747	68.461
Acórdãos publicados	19.377	13.974

*Dados de 2009 atualizados até setembro.

³⁷ A decisão monocrática consiste em decisão feita somente por um julgador dentro de um órgão colegiado. Contra essa decisão sempre pode-se interpor agravo de regimental, que se presta a levar essa decisão feita isoladamente para o órgão colegiado (SOUSA, 2007).

³⁸ Julgamentos -- engloba decisões monocráticas e decisões colegiadas. Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 30.09.2009.

Esse contraste demonstra um percentual de aproximadamente 33,64% de processos que são protocolados, mas não chegam a ser distribuídos, ou seja, são processos que ficaram barrados em seções, como a de análise processual de RE e AI. Esses números não são exacerbados quanto à distribuição de ações de controle concentrado como a ADI, onde o percentual de distribuição é quase sempre o mesmo de ações protocoladas (em 2008, de 178 ADIs protocoladas, 177 foram distribuídas). Todavia, quando se trata de agravo de instrumento e recurso extraordinário, já que os dados estatísticos de 2008 indicam que de 64.224 agravos de instrumento protocolados, somente 37.783 chegam a ser distribuídos, o que alude em uma barreira de 58,83% de processos retidos na seção de análise processual. Esse número é menos gritante quando se trata de recurso extraordinário, já que em 2008 de 26.727 REs protocolados, 21.531 foram distribuídos, o que enseja um percentual de 19,44% processos barrados.

Depois dessa seção, os processos são levados nos carrinhos para destinos distintos. Os processos aptos são encaminhados à SECLA e os processos inaptos saem com a decisão monocrática de não conhecimento, entretanto, vão para seção de RE ou seção de AI para aguardar a interposição de recurso. Obtive conhecimento que os RE e AI são conferidos em uma série de critérios antes da distribuição. Os funcionários da SECLA precisam conferir se a matéria do processo está afeta ao plenário virtual, às matérias indicadas como repetitivas, e ainda verificam se o processo está sobrestado devido à interposição simultânea de RESP pendente de julgamento no STJ. Caso se verifique uma dessas barreiras no processo, ele recebe decisão monocrática para devolução à origem, com fundamento no art. 543-B, do CPC³⁹. Os REs e AIs que são deslocados para as seções de RE e AI ficam aguardando interposição de agravo regimental. Caso o recurso não seja interposto, o processo é baixado à origem, mas se a decisão for agravada, a Presidência

³⁹ Código de Processo Civil, art. 543-B: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”.

precisa verificar novamente esses requisitos de admissibilidade do recurso. O caminho dos REs e AIs após a SECLA ou em caso de reconsideração da decisão dos processos constantes nas seções de RE e AI é, novamente, a SERAP. Nesse momento os processos recebem as “capas” do “Supremo” e nova numeração. Depois, são encaminhados à SEPDIS para distribuição aos gabinetes.

Depois desse forte controle de processamento inicial, o “Supremo” ainda se vale de outros meios para controlar a quantidade de recursos. Por exemplo, o “Supremo” ainda possui uma “jurisprudência defensiva”, uma gama de orientações vinculantes ou não, que impedem o julgamento do mérito do recurso, ou facilitam a decisão por vincular a decisão a determinado sentido. As súmulas do “Supremo” podem ser, basicamente, de duas categorias: súmulas ou súmulas vinculantes. Assim, diante de matérias repetitivas, que abarcam vários processos o “Supremo” edita essas súmulas, que nada mais são do que orientações. A diferença entre elas é o seu caráter vinculativo ou não. As súmulas do STF são orientações que não se vinculam nem mesmo às demais instâncias do Poder Judiciário, ao passo que as súmulas vinculantes possuem previsão constitucional (art. 103-A, CF/88)⁴⁰ e se prestam a conceder caráter vinculante a determinado enunciado. Mas, como dizem os advogados, nem sempre a aplicação dessas súmulas segue alguma lógica, pois, há vezes em que um mesmo gabinete possui casos bastante similares, mas aplicam a súmula em um e em outro não. Por exemplo, certa vez um advogado me registrou essa divergência quando da aplicação da súmula de n. 279 do “Supremo”, cujo teor indica que: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Entretanto, segundo o seu relato, não é sempre que os ministros afastam o reexame de prova, pois, na prática, quando verificam que é necessário o

⁴⁰ Constituição Federal de 1988, art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

reexame da matéria, seja por se verificar uma grave injustiça ou por diversos motivos, não se aplica a súmula. De certo, a jurisprudência do Tribunal é larga em impossibilidade de interposição de RE com o objetivo de reexame de provas, mas toda regra comporta sua exceção.

Assim, desse caminho dos processos e barreiras jurisprudenciais três coisas são importantes para essa etnografia, diante da nossa hipótese inicial de ruptura entre o momento da decisão e da justificação dos votos. A primeira delas é que nesse processamento inicial parte dos recursos extraordinários e agravos de instrumento (principais meios de se atingir o STF por controle difuso) já são decididos, sem nem ao menos chegarem aos gabinetes. De certo, a competência da análise prévia de admissibilidade desses recursos é da Presidência do Tribunal, que acompanha diretamente o funcionamento dessas seções, entretanto, as decisões recebem assinatura eletrônica, de modo que, não chegarão sequer a passar pelo ministro presidente do Tribunal, há não ser que uma das partes do processo interponha agravo regimental⁴¹. Em segundo ponto, é que nesses processos que compõem o maior volume do Tribunal, o funcionário que realmente vai decidir o recurso não lê o processo inteiro, mas vai diretamente às partes que lhe interessa de acordo com as marcações feitas nessa seção. Em terceiro, o “Supremo” se vale de vários meios para barrar processos, o que pode se explicar pela visão que o Tribunal tem de si de Corte Política.

D) O FUNCIONAMENTO DOS GABINETES

No dia do julgamento, sejam nas Turmas ou em Plenário, os gabinetes ficam cheios de “burburinhos” sobre as perguntas dos ministros. Durante as pesquisas de campo, tomei conhecimento do funcionamento do gabinete de alguns ministros. De modo geral, quando o ministro permite que os funcionários elaborem os votos ele apresenta correções, ou, ainda, quando se interessa pela tese, pede para que se elabore mais o voto e que se faça contra-votos, adotando posicionamentos distintos. Em processos mais específicos, o ministro elabora o voto sozinho, o que é razoável

⁴¹ O agravo regimental é recurso cabível contra decisão monocrática, ou seja, trata-se de meio processual de submeter a matéria em análise ao crivo do colegiado do Tribunal (SOUSA, 2007).

supor acontecer mais freqüentemente em casos que o ministro considere relevantes ou que a matéria seja de sua afinidade⁴².

De qualquer modo, quando o caso é polêmico o assunto é debatido entre os assessores e o ministro. Portanto, na maioria das vezes o ministro recebe as informações sobre o processo que é de sua relatoria nas Turmas ou no Pleno após um dos funcionários ter produzido a decisão, seja para lhe convencer do deferimento ou não do pleito. Esse debate com o ministro não é de acesso a todos os funcionários do gabinete, ele ocorre de acordo com as preferências de cada ministro. Mas com base no que é exposto desses debates, ou em despachos dos advogados com o ministro, este vai para a Turma ou Plenário, onde o ministro lê o relatório e o voto preparado pelo funcionário ou por si próprio.

Esse ponto nos remonta às palavras de Bourdieu (2000), ao demonstrar a essencialidade dos profissionais jurídicos para desenvoltura das decisões públicas do Tribunal, pois, quando o preparo das decisões é feita pelos profissionais jurídicos, estes é que estão fazendo a decisão pública acontecer. Assim, os ministros precisam desses funcionários, uns mais que outros, pois esses profissionais jurídicos, que circulam pelo “Supremo” o fazem funcionar, não estão dispostos de qualquer forma. Há uma interessante conformação de hierarquia por estamentos, que se ajustam de acordo com o ajuste dos conflitos do meio. Isso ficou muito evidente quando consegui captar que não é qualquer um que tem acesso aos ministros. Mesmo dentro do gabinete, permeiam-se no campo regras “não-escritas” que determinam quando ou quem pode ou não falar com o ministro.

Quanto à questão dos estamentos, é importante que o leitor tenha em mente que isso não significa o fim do conflito. A definição de quem possui acesso aos ministros ou não, ou seja, quais são os “escolhidos” e os “não escolhidos” para ter acesso ao ministro é determinada por diversos conflitos que envolvem não só a capacidade do funcionário, mas também a afetividade do ministro. Os conflitos surgem, pois não é factível que todos tenham acesso. Logo, para chegar até o ministro, é preciso agradar uma série de estamentos anteriores a ele, que detém o

⁴² Quando falamos da afinidade do ministro, tratamos das preferências dos ramos do direito, pois há ministros que preferem estudar e trabalhar em determinados seguimentos. Registrei acontecimentos como esses na petição de n. 3.388, min. rel. Carlos Ayres Britto, DJ de 25.09.2009, conhecido popularmente como caso da Raposa Serra do Sol, onde o ministro do meu gabinete proferiu o voto sozinho, requerendo aos seus assessores, pesquisas no tema.

acesso à sala do ministro. Essa necessidade de agradar deriva da instabilidade dessa hierarquia que envolve um jogo de competências e atribuições, o que veremos mais à frente, quando trataremos da hierarquia dos estamentos dos gabinetes. Por hora, precisamos compreender que essas relações dos estamentos, suas tensões do dia-a-dia influenciam no curso do processo dentro do Tribunal. Por exemplo, na seção de análise processual que tratamos acima, os funcionários são responsáveis por fazer a análise prévia de admissibilidade dos recursos extraordinários e agravos de instrumentos, de modo que os recursos que são inaptos já recebem decisão monocrática da Presidência de inadmissibilidade do recurso. No dia-a-dia dessa seção, foi possível notar um ritmo de trabalho alucinante, já que um grupo de funcionários recebe quotas de processos a serem verificados e outro grupo fica responsável pela revisão dos que faltam atingir algum dos requisitos exigidos pela “regra escrita”. Acontece que caso falte alguma peça ou que não se perceba que está faltando um dos requisitos nessa seção se profere decisão monocrática que pode favorecer ou desfavorecer determinada parte justa ou injustamente. E de fato isso acontece no cotidiano, o que registrei em pequenos atos, como a preferência pelos processos menos volumosos, a revisão detalhada de processos de funcionários aos quais não se tem afinidade, entre outros motivos. Por algumas vezes, registrei nessa seção que os processos maiores demoram mais a serem revisados, pois quanto mais complexos e volumosos os processos, mais as quotas demoram a ser atingidas. Assim, nenhum funcionário quer esses processos na sua quota. Além disso, quando verifiquei o conflito entre terceirizados e servidores, notei que, dependendo do conflito, se este ocorrer entre o funcionário do primeiro e do segundo grupo da seção, o processo pode ser tão revisado que não consiga sair da seção, pois o membro do segundo grupo está procurando “erros” na análise do funcionário do primeiro grupo, justamente para prejudicar suas estatísticas.

Nesse ponto, novamente, nos são interessantes as palavras de Bourdieu (2000), pois entende que o campo jurídico funciona com base em relações de força entre os atores internos (entre si) e externos, em busca da competência jurídica e, pela parte dos detentores e profissionais do direito, do poder simbólico que permeia o meio. Quando falamos em poder simbólico, estamos tratando de “um poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem

saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 1989. p. 7-8). Esses símbolos são instrumentos de integração social, pois permitem o *consensus* acerca do sentido do campo. Ademais, eles conformam sistemas de estruturas estruturantes, ou seja, são intermediários para construir as estruturas. Por exemplo, Bourdieu (1989) nos explica que a língua é uma estrutura estruturante do som e do sentido. De certo, assim como os símbolos se prestam ao fazer o *consensus*, também servem para criar distância entre membros do grupo das demais pessoas que não pertencem ao grupo, em outras palavras, pode se prestar a um instrumento de dominação. Ou seja, ele pode deter o poder no campo, neste caso, a situação de dominação pode ser exemplificada na detenção de competência jurídica pela manutenção da linguagem de difícil acesso a quem não pertence ao meio.

No caso em tela, verificamos no funcionamento do “Supremo”, para além do poder simbólico exercido pela competência jurídica, a presença do *habitus*, que é descrito por Bourdieu (1989) como tendências que permeiam o meio, como um sistema de disposições advindas do processo de socialização dos atores: “[...] o *habitus*, como indica a palavra, é um conhecimento adquirido e também um haver, um capital (de sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural [...]” (BOURDIEU, 1989. p. 61). Assim, ele é entendido como um capital cultural, pois gera uma legitimação social do indivíduo, já que os atores agem de modo a ajustar suas experiências da vida social aos padrões de tendências do meio. Veja a importância dessa noção de *habitus* deve-se ao comportamento dos atores do campo, pois agem de forma a repetir as condições postas nessa estrutura estruturante. Agir em acordo com essas disposições é necessário para ser aceito nesse ambiente, e mais que isso, é preciso para articular-se nos conflitos com os demais atores do campo. No caso do “Supremo” podemos considerar um *habitus* a manutenção da afetividade nas relações, pois, como veremos a frente, essa é uma questão importante no campo. Todavia, isso exige uma articulação nas relações, por exemplo, quando se recebe uma atribuição de determinado pessoa de estamento supostamente igual, aceitar essa tarefa consiste em se subjugar ao outro, o que pode não ser interessante para aquele que obedece; mas por outro lado, às vezes, não se pode oferecer muita resistência, pois isso pode gerar um desafio. No futuro pode-se precisar do auxílio daquele ator, ou este pode prejudicá-lo, a depender do estamento, em outras atribuições. Nessa situação pode

ser mais interessante manter a afetividade aceitando com certa resistência a tarefa, mas evitando a explicitar a subordinação. Portanto, o *habitus* consiste em uma estrutura estruturante à medida que concede bases para formulação das diversas estruturas do meio, como a criação de regras “não escritas”.

Neste caso, a decisão da ADI de n. 3.510 não é uma decisão de um ou outro ator, mas de uma escolha do “Supremo”, o que envolve uma movimentação de interesses de diversos atores internos e externos, que se encontram em diversos estamentos, o que não pode desconsiderar que essa movimentação resulta de um contexto social tanto de formação desses indivíduos como dos fatores presenciais de pressões sociais, econômicas, políticas, além do *habitus* e das regras “não escritas” que permeiam o campo. Ou seja, o gabinete ou uma seção do Tribunal conforma uma estrutura multidimensional, onde existem vários estamentos em complexas relações de patamares distintos, que influenciam diretamente nas tomadas de decisões dos processos. Dentre essa gama de possibilidades, destacamos aqui certos estamentos que podem existir dentro de um gabinete, quais sejam o dos assessores especiais, dos assessores, analistas judiciários, técnicos judiciários, terceirizados, estagiários e advogados⁴³.

Assim, passaremos agora a verificar essas relações de conflitos captados dentro de um gabinete, que é onde os processos são julgados, para verificarmos como essas relações de conflito (por competência jurídica e até por uma necessidade de relação de pertencimento a algo) podem influir na nossa hipótese de pesquisa de espaço entre o momento da decisão e da justificação de um dado processo.

1.3 AS RELAÇÕES DE PODER NO “SUPREMO”

A) A HIERARQUIA DE ESTAMENTOS DOS GABINETES

Destacamos no tópico anterior a existência de estamentos no “Supremo” que estão dispostos em uma hierarquia que é instável, bem como que isso foi perceptível em primeiro momento pelos privilégios de ordem de preferência de

⁴³ Os ministros estão inseridos nessa hierarquia, mas de uma forma diferenciada, pois, como veremos à frente, os ministros representam um “signo” (LÉVI-STRAUSS, 1986), aos quais os atores do campo rodeiam em seus diversos estamentos, além de estarem dispostos em uma outra hierarquia, de acordo com o prestígio, antiguidade e conhecimento de cada ministro.

acesso ao ministro. Assim, reconhecemos a existência de relações entre os atores do campo, capazes de influenciar o processo de tomada de decisão dos processos, que estão balizadas pelo *habitus* do campo, bem como por regras “não escritas”, definidas nas relações do meio.

Pois bem, no gabinete em que tive mais acesso para observação, notei o movimento que o processo segue até que chegue ao ministro para sua manifestação. Nesse gabinete, o primeiro passo é a distribuição desse processo a um dos assessores, sendo que cada um deles possui à sua disposição servidores, estagiários e terceirizados para auxiliá-lo. Não existe uma demarcação clara de qual funcionário auxilia cada assessor, mas vários deles possuem estagiários individualizados. Nessa lógica, os assessores não fazem pessoalmente todos os processos, alguns deles se inteiram do assunto e explicam ao funcionário o que se passa em cada processo e qual o sentido de voto que deseja que ele siga, enquanto outros deixam o funcionário livre para ler o caso (leiam-se aqui as páginas que estão indicadas na fichinha) e produzir o voto segundo suas convicções e pesquisas.

Após essa fase de produção do relatório dos fatos do processo e da elaboração do voto, esses funcionários passam a decisão aos assessores, para que esses aprovem, ou ordenem alterações, quando não as fazem pessoalmente. Desse ponto em diante é uma questão de conveniência a inclusão desse processo em pauta. A conveniência de um processo entrar em pauta para julgamento também pode resultar de pressões entre os gabinetes. Por exemplo, um determinado processo que está para julgamento no Plenário depende do voto não só de um ministro, mas de todos os ministros. Mas eles nunca proferem votos sem terem um texto prévio em que se possam basear para o debate. É nesse ponto que entram as tensões entre os gabinetes, pois o gabinete do ministro-relator pressiona os demais para prepararem os votos que são de interesse seu para entrar em pauta. Às vezes, o ministro desse gabinete nem produziu o relatório e o voto desse processo, mas já inicia as negociações para colocá-lo em julgamento. Talvez a visita de um advogado determine isso, ou até mesmo o próprio ministro pergunte sobre ele a um dos assessores, mas nunca esse processo sai da sala dos assessores sem uma determinada razão, seja por questão de estatísticas a serem cumpridas, ou por convencimento de um advogado que veio despachar com o assessor ou diretamente

com o ministro, ou ainda, por simples conveniência do momento de se levar o processo a julgamento.

Mas o que destacamos é que esse processo só vai ao ministro depois de passar por uma pessoa que tenha acesso a ele, o que em regra acontece com os assessores. A relação entre assessor e ministro é sempre intensa, conflituosa, pois a dependência da relação é recíproca, como se estivessem em uma “dança a dois”. Os ministros dependem de seus assessores, pois não podem dançar a música sozinhos uma vez que para julgar todos os processos, eles precisam dos assessores. Além disso, a relação do ministro com seus funcionários não se deve meramente as suas capacidades para auxiliá-lo, mas também, como nos mostra Elias (1995), por afetividade. Por outro lado, o assessor precisa do seu ministro, na medida em que ele determina o ritmo, a atribuição. Essa posição é difícil, nem sempre se quer seguir em determinada direção, mas é preciso, pois quem conduz a dança é o ministro. Contudo, essa relação com o ministro não se restringe aos assessores, de maneira que qualquer um do gabinete pode chegar a ter acesso ao ministro e lhe levar um processo para debate, desde que consiga acesso ao ministro, ou seja, a *verdadeira* posição de cada ator no gabinete, o que se determina não só pelo poder oficial (estatuto), mas pelo poder efetivo de cada ator do campo. Nessa questão, a lógica dessa hierarquia dos estamentos nos gabinetes segue em muito à descrita por Elias (1995) como a da *Sociedades de Corte*. Segundo Elias (1995), mesmo nas sociedades que se baseiam em um sistema burguês, ou seja, em uma lógica de movimento em torno da conquista de forças econômicas, persistem sistemas de corte, onde há uma racionalidade cortês que se direciona pela afetividade:

A «racionalidade cortês», se a quisermos chamar assim, não se baseia no seu carácter específico na preocupação de conhecer e dominar as forças naturais extra-humanas, como a racionalidade científica, nem, como a racionalidade burguesa, na estratégia ponderada do indivíduo que quer obter na competição garantias de força económica. O que a caracteriza é basicamente uma planificação calculada do comportamento individual com vista a assegurar, na competição e sob pressão permanente, ganhos de estatutos e de prestígio mediante um comportamento adequado (ELIAS, 1995. p. 66-67).

Assim, nos gabinetes do “Supremo”, temos uma sociedade de corte em miniatura; nela os estamentos se enquadram em modo e lógica bastante semelhante

ao da chamada “boa sociedade”⁴⁴. Nesses arquétipos, os ministros estão em uma posição paralela ao do rei, enquanto os funcionários do gabinete pairam como cortesãos em busca de privilégios que destaquem seu prestígio e estatuto no meio. A diferença da sociedade de corte é que nos gabinetes, esse prestígio se verifica pelas determinações de competências e atribuições. A competência é descrita na constituição, lei e regimento interno, é por excelência a regra “escrita”, justamente por dizer com quem deve estar determinada atribuição. Entretanto, essa já não segue os padrões da “regra escrita”, posto que se modifica de acordo com as regras “não escritas” do campo. A atribuição consiste em uma tarefa que o ministro confia a determinado funcionário do gabinete, o que depende não somente de capacidade para desenvolvê-la, pois também decorre da afetividade do ministro em relação a um ou outro ator. Nessa perspectiva, as atribuições podem corresponder ou não às competências, ou ainda podem trazer prestígio ou desprestígio ao funcionário.

Por exemplo, certa vez registrei um dos assessores do gabinete receber determinada atividade, entretanto, era uma atribuição extremamente difícil de realizar-se. Assim, o assessor passou essa tarefa a outro assessor, pois o prestígio que ela podia trazer não valia o risco do desprestígio que ela provavelmente traria. Mas precisamos notar que esse repasse de atribuições não é simples, ele gera conflitos entre os assessores, além de só conseguir ser efetiva quando – no complexo sistema de estamentos – o assessor que passa a atribuição adiante está hierarquicamente acima, ou ainda em mesmo patamar, mas consegue criar a impressão no outro assessor que está melhor alocado na hierarquia. Ademais, um assessor pode cooperar com outro, simplesmente por reciprocidade, ambos se ajudam a manterem seus prestígios perante o ministro, sem nem notarem esse comportamento. Assim, a atribuição é um capital simbólico (BOURDIEU, 1989) do meio, pois ele é detido para afirmar perante os demais atores do campo o seu poder, o que no caso dos gabinetes do “Supremo”, traduz-se em prestígio perante o ministro.

Nesse seguimento, todo o movimento do gabinete é, assim como na sociedade de corte, pela busca de prestígio e estatuto, isto é, na procura por

⁴⁴ No caso de Elias (1995), este trabalha principalmente com a *ethos* da alta sociedade a partir do tempo de Luís XIV, onde segundo autor, a *ethos* foi alterada, pois o sistema de privilégios não se baseava mais tão pura e simplesmente pela consangüinidade, mas por uma confiança e prestígio do rei que se demonstrava em pequenos gestos de etiqueta, dos rituais e privilégios.

competências e atribuições⁴⁵, pois estes demonstram mais prestígio perante o ministro em relação aos demais atores do meio. Desse modo, essa hierarquia está sempre instável e em constante readaptação de acordo com a afetividade do ministro em relação aos atores que lhe rodeiam, o que se demonstra por confiança de elaboração de votos importantes, de decidir questões políticas entre os ministros ou com atores externos, como membros do Poder Executivo ou Legislativo, bem como representação do ministro em reuniões e festividades. Assim, cada gesto de todo esse cerimonial de prestígio em hierarquia, todo esse movimento não é única e exclusivamente para ser visto aos olhos do ministro, pelo contrário, serve para ser visto pelos demais atores do campo como diferente dos demais, por pertencer a um estamento mais importante, tal como descreve Elias (1995. p. 74) na sociedade de corte:

O cortesão não ia à corte por depender do rei; aceitava a sua dependência do rei por que só a vida de corte e no seio da sociedade de corte lhe permitiam manter o seu isolamento social face aos outros, garantia de salvação da sua alma, do seu prestígio de aristocrata de corte, ou, por outras palavras, da sua existência social e da sua identidade individual.

De fato, os funcionários do gabinete estão no seio desse meio social que o “Supremo” constitui. Os corredores me levaram a ver, nas palavras dos depoimentos colhidos, que os gabinetes são “verdadeiras autarquias” dentro do Tribunal. A questão é que pertencer a um gabinete lhe concede certa estabilidade em seu estamento. O fato é que fora dos gabinetes, a impressão que se tem, a primeira vista, é que não se valorizam os funcionários pelo seu trabalho, já que apesar de cumprirem suas metas, estão em constantes trocas de seções e remanejamentos, de modo que os projetos estão sempre descontinuados e as chefias em sucessivas mudanças. Mas a questão não é exatamente de desmerecimento, mas da lógica que permeia o campo. Quando esse movimento é observado pela lógica da racionalidade burguesa não é compreendido, pois o funcionamento é próprio da racionalidade que descrevemos acima como cortês. Sobre esse mesmo olhar que lançamos sobre um gabinete do “Supremo”, podemos perceber que os estamentos por todo o Tribunal estão em constante instabilidade, em uma mesma lógica de busca por atribuições que sejam capazes de trazer o prestígio de cada ator. A

⁴⁵ A questão dos conflitos por competência jurídica em busca de capital simbólico é bem descrita por Bourdieu (2000).

questão é que esses funcionários possuem uma hierarquia de estamento prevista em “regra escrita” (competências), já que a constituição de 1988, no seu art. 37, II⁴⁶, determina que existem dois tipos de cargos para administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União: os efetivos e os em comissão. Os cargos efetivos consistem nos cargos provenientes de concurso público, o que resulta em estabilidade após 3 anos de efetivo exercício (art. 41 da CF/88)⁴⁷, e os em comissão não exigem concurso público, mas se restringem a cargos de chefia com atribuições de direção (art. 37, V, da CF/88)⁴⁸, mas no “Supremo” notamos a presença de outros funcionários, quais sejam os estagiários e os terceirizados. Quanto a estes últimos, a CF/88 os prevê em seu art. 37, inciso IX, onde se estabelece exceção para contratação de não concursados para atender necessidade temporária do serviço público. O fato é que a lei que regula o serviço público, lei de n. 8.112/90, concede uma impressão de segurança ao servidor, de que ele receberá as atribuições e competências estabelecidas na lei para seu cargo, e não um terceirizado ou estagiário, ou seja, que ele deterá o poder simbólico do meio⁴⁹. Ou seja, como em uma sociedade de corte, pelo estatuto o estamento superior seria naturalmente o dos servidores, esse seria o parâmetro objetivo de determinar essa ordem de preferências, só que na prática das relações de inter-pessoais do “Supremo”, a hierarquia dos estamentos se estabelece também por prestígio, de modo que a afetividade e a confiança entre outros fatores alteram constantemente essa hierarquia, de tal forma que, nem sempre o que a “regra escrita” determina como ordem de estamentos ocorre no dia-a-dia do Tribunal.

⁴⁶ Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso II: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

⁴⁷ Constituição Federal de 1988, art. 41, caput. “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

⁴⁸ Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso II: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

⁴⁹ Sobre o poder simbólico leia-se Bourdieu (1989).

Assim, a visão dos gabinetes como “autarquias” consiste em uma procura de certa estabilidade dentro dos estamentos. Os funcionários dos gabinetes não concebem a idéia de abandonar os gabinetes, pois isso significa se igualar aos demais atores do Tribunal que estão em constante mudança de setores, que não possuem um prestígio e um estatuto que os distingam dos demais. Na prática, abandonar os gabinetes consiste em abrir mão de privilégios e implica em degradar a sua imagem frente aos demais atores do meio, o que Elias (1995. p. 62) indica como uma abdicação de sua própria identidade. Mas isso nem sempre é possível. Em algumas oportunidades, colhi depoimento de servidores e até de ex-servidores que abandonaram as chamadas “autarquias”. Negar esses privilégios, não seguir as etiquetas e rituais de acesso ao ministro implica em perdas. Por exemplo, um desses servidores pediu a um dos ministros licença para sair do gabinete, por motivos que não me foram relatados. Além de ter ingressado na massa que está em constante mudança no Tribunal, esse servidor não conseguiu mais exercer suas competências e atribuições determinadas pela lei, pois não conseguia ficar alocado em seção que desenvolva essas atividades. O jogo de influências se destrinchou de uma forma que ele perdeu totalmente seus privilégios, a ponto da própria competência ser ignorada.

Portanto, os estamentos do “Supremo” se hierarquizam em uma lógica instável de busca de prestígio. Esse prestígio se translucida não em lucro, mas em competência e atribuições, etiquetas, acessos e rituais de proximidade à figura do ministro, que se coloca nesse campo em paralelo à figura do rei na sociedade de corte. Ademais, a “regra escrita”, no caso, a constituição de 1988 e a lei de n. 8.112/90, tenta impor uma ordem hierárquica, mas isso não se define dessa forma, pois assim como nas regras de preferência da nobreza, a relação entre os estamentos e o prestígio individual não deriva diretamente da “regra escrita”, mas pela afinidade com o ministro e o estamento superior. Por isso, por mais que os servidores tentem impor uma lógica de que eles pertencem a um estamento superior, podem ter menos prestígio que um terceirizado ou estagiário. Mas todo essa lógica influi no processo de tomada de decisão, e nesse sentido que a proposta, após o estudo do papel dos ministros, é verificar em que medida isso corrobora para um espaço entre o momento da decisão e da justificação dos votos, ou não.

B) O PAPEL DOS MINISTROS

Até o dado momento retratamos as diversas relações entre os estamentos e como essas interações podem afetar o caminhar do processo, entretanto, os ministros não foram mencionados, não ao menos como um desses estamentos. Em certa medida, os ministros se enquadram em um estamento dessa hierarquia, mas com um papel diferenciado em relação aos demais. Até o momento anterior, os ministros estavam equiparados à figura do rei, dentro de uma sociedade de corte (ELIAS, 1995). E, de fato, é essa a posição dos ministros dentro dessa sociedade, figuras à parte, que apesar de interagirem nessas relações não atuam de mesma forma, pois são justamente os ministros que concedem ou não o prestígio, no caso, as atribuições. Essa visão do ministro como um rei é legitimada pelos corredores. Por diversas vezes relatei afirmações de que os ministros são como “Rainhas Elizabeths”, pois nada que se passe com eles ocorre sem que os corredores do Tribunal comentem. Tudo que os ministros fazem ou deixam de fazer, vestem, gesticulam, afirmam é comentado. Mas, o papel dos ministros também assume feições que mais se aproximam da idéia de totem descrita por Lévi-Strauss (1986)⁵⁰.

Para acompanhar o dia-a-dia dos ministros quase todos os funcionários acompanham as sessões pela *intranet*, para poder comentar coisas simples sobre os ministros, como o penteado, a expressão do rosto, se aparenta cansaço, etc.. Essas informações são utilizadas nas relações de conflito por estamentos, pois conhecer o que acontece no Tribunal, em especial com os ministros, é algo que aumenta o prestígio do funcionário. Essa necessidade de acompanhar os passos dos ministros, em especial o fato do conhecimento sobre as preferências deles ser motivo de prestígio é algo para refletirmos. O movimento é, por assim dizer, de identificação do funcionário com o ministro, em uma concepção de representação. Em outras palavras, o funcionário age como se representasse o ministro, tanto que os atores do campo, ao identificar-se com determinado ministro, não se refere a ele por seu nome ou cargo, mas afirma categoricamente como “o meu ministro”, já que não saber a que ministro determinados funcionários pertencem é motivo de

⁵⁰ Chamamos a atenção do leitor sobre essa feição diferenciada do ministro, pois o ministro não é um totem, o que dizemos é sobre suas características nesse meio social se assemelharem a de um totem.

desprestígio, é como atestar dissintonia com o movimento de funcionamento do “Supremo”.

Essa relação de identificação do funcionário com o ministro é semelhante à apresentada por Lévi-Strauss (1986) de totens, ou seja, os atores do campo se vêem representados por “seus ministros”, de maneira similar aos membros de um determinado grupo social que se identificam com um totem. Isso não significa que os ministros sejam exatamente totens, mas possuem características semelhantes. A idéia fica mais clara quando verificamos práticas do campo. Por exemplo, se determinado ministro ao assumir a Presidência do Tribunal, não atender aos pedidos de determinada seção para capacitação de funcionários ou para aumentar os recursos dela, pode sofrer as conseqüências posteriormente. Registrei depoimentos em que se relatava que após sair da Presidência, os funcionários desse ministro não conseguiam mais a mesma presteza da seção ao atender seus pedidos, pois não se pede por si, mas em nome do ministro. Isso também está presente nas relações dos atores do “Supremo”, pois se os ministros não são próximos, a tendência é que as relações dos funcionários dos respectivos gabinetes sejam distanciadas, o que gera conflitos e mudanças de estamentos.

De qualquer modo, as vezes que obtive acesso às relações propriamente entre ministros são muito restritas às sessões Plenárias e das Turmas, justamente pelo estamento em que me encontrava no decorrer da pesquisa. Em primeiro momento, relatei uma necessidade de manutenção das etiquetas, dos bons modos, e da afirmação de um ministro para o outro em pequenos gestos de que todos eles estão em mesmo patamar. Para demonstrar essa necessidade de recordar a todos o seu papel dentro do “Supremo” trago aqui duas sessões plenárias para observarmos.

A primeira sessão ocorreu no dia 22.04.2009, quando dois ministros discutiram em Plenário. Mesmo no conflito, as etiquetas são mantidas, não se deixa de manter a reciprocidade de reconhecimento dos papéis, pois isso os define como diferentes dos demais que pertencem ao Tribunal⁵¹. Os ministros pertencem a essa hierarquia de estamentos, justamente por isso buscam identificar o papel diferenciado que exercem, pois caso contrário, sem essa identificação entre eles,

⁵¹ Sobre o manter das etiquetas para reforçar a diferença hierárquica leia-se Elias (1995).

não exercem o seu papel frente aos demais estamentos. Nesse dia ocorreu o julgamento da ADI de n. 2.791, em que o Supremo parou para ouvir uma inacreditável discussão entre alguns ministros⁵². No gabinete em que acompanhei mais de perto as relações de campo, era possível escutar o vento passar, com todos os funcionários paralisados diante das telas de computador e das mini-televisões dos assessores especiais. O silêncio só foi rompido quando um assessor falou: “o ministro está louco!”. De certo, ninguém teve dúvida, falava-se de um ministro qualquer, mas que não era o ministro daquele gabinete, pois é claro nos gabinetes a regra “não escrita” é de sempre agir em defesa do seu ministro. Isso é quase que ontológico, pois o funcionário que se identifica com o “seu ministro” o tem como um totem, logo, ao se identificar com ele não se volta contra ele. É claro que pela relação ser conflituosa, o funcionário sempre reclama do “seu ministro”, de determinado comportamento ou decisão, mas não expõem isso a outros atores, principalmente quando esses forem funcionários de outros ministros. O problema é que um dos ministros colocou em dúvida o papel do outro em sessão Plenária, pois insinuou que o mérito da ADI que se discutida as modulações de efeito naquela sessão não teria sido decidida em “pratos limpos”:

Ministro (A): Ela (a tese) foi exposta em pratos limpos. Eu não sonego informação. Vossa Excelência me respeite. Foi apontada em pratos limpos.

Ministro (B): Não se discutiu claramente.

Ministro (A): Se discutiu claramente e eu trouxe razão. Talvez Vossa Excelência esteja faltando às sessões. [...] Tanto é que Vossa Excelência não tinha votado. Vossa Excelência faltou a sessão.

Ministro (B): Eu estava de licença, ministro - respondeu o ministro “B”.

Ministro (A): Vossa Excelência falta a sessão e depois vem...

Ministro (B): Eu estava de licença. Vossa Excelência não leu aí. Eu estava de licença do tribunal.

Outros ministros pediram calma e que a sessão fosse interrompida, e um deles chegou a afirmar que “a discussão está descambando para um campo que não se coaduna com a liturgia do Supremo”. Mesmo assim, na mesma sessão, os ministros retomaram a discussão:

Ministro (B): Eu não falei em sonegação de informação, ministro “A”. O que eu disse: nós discutimos naquele caso anterior sem nos inteirarmos totalmente das

⁵² Essa discussão foi amplamente divulgada em âmbito nacional por meio da mídia e dos jornais, entretanto, se manteve aqui a discrição de não se referir a nomes, pois a intenção de trazer esse dado aqui não é discutir qual ministro possui a razão, mas de demonstrar as “regras não escritas” do tratamento entre os ministros.

conseqüências da decisão, quem seriam os beneficiários. E é um absurdo, eu acho um absurdo.

Ministro (A): Vossa excelência não tem condições de dar lição a ninguém.

Ministro (B): E nem vossa excelência. Vossa excelência me respeite, vossa excelência não tem condição alguma. Vossa excelência está destruindo a justiça desse país e vem agora dar lição de moral em mim? Saia a rua, ministro “A”. Saia a rua, faz o que eu faço.

Ministro (A): Estou na rua.

Ministro (B): Vossa Excelência não está na rua, Vossa Excelência está na mídia, destruindo a credibilidade da Justiça brasileira. Vossa Excelência não está falando com seus capangas do “X”.

Ministro (A): Vossa excelência me respeite.

Já assustados, os demais ministros pediram para que a sessão fosse encerrada. O ar ficou ríspido, os assessores do gabinete desceram em debandada, e enquanto isso o ministro “B” saía em silêncio da sessão. Depois da discussão, a crise se instalou, alguns falavam até mesmo em *impeachment*. Todos os ministros presentes se reuniram a portas fechadas na sala do ministro Presidente. Após três horas, em que os assessores olhavam tensamente para as portas da sala, os ministros divulgaram nota de apoio ao ministro “A”. Mas o importante dessa troca de palavras ríspidas para nossas reflexões é a manutenção das etiquetas, do reclamo de respeito, assim como a atuação de reis diante do desrespeito à sua figura, afinal, todos à mesa são ministros, todos são signos do meio, o Tribunal não funciona em função só de um ou outro ministro, mas de todos.

A segunda sessão que ressalta o tratar de um ministro para com o outro é a que definia o conteúdo da súmula vinculante de n. 11, que versa sobre o uso de algemas. Essa súmula foi definida no julgamento do HC de n. 91.952, ministro relator Marco Aurélio, DJ de 19.12.2008, quando o ministro Eros Grau concedeu liberdade a Humberto Braz, o então ex-presidente da *Brasiltelecom* que havia sido preso na operação Satiagraha. O ministro “B” disse ao ministro “C” que sua decisão estava “prejudicando o povo brasileiro”. Nesse momento, com o Plenário lotado, muitos já com sono, ficaram estáticos. O ministro “C” retrucou o ministro “B” chamando-o de “covarde” (sem se esquecer de falar vossa excelência antes). Nessa parte, muitos levantaram das cadeiras e se ajeitaram para disfarçar a ansiedade, mas o rebate foi inevitável, tanto que o ministro “B”, já de pé segurando na parte detrás de sua cadeira, falou em alto e bom som: “Vossa Excelência, só não bato em Vossa Excelência, porque Vossa Excelência é um velho!”. Os comentários dos corredores do “Supremo” eram com, toda a certeza, desfavoráveis ao ministro “B”.

Seu gabinete estava em silêncio. Talvez essa situação tenha ficado clara para o próprio ministro, já que não retornou para a continuação da sessão no “Supremo” naquele dia, nem mesmo no dia seguinte para reunião no Tribunal Superior Eleitoral.

O importante desse movimento de observação dos ministros é que as pessoas só são consideradas “do Supremo” ou por assim dizer “do meio” quando sabem do funcionamento dos julgamentos, não somente em questões procedimentais, mas das interações entre os ministros: quem gosta de quem, quem já brigou com quem. A questão é: quais os motivos que levam a opinião dos servidores para opinarem tanto sobre os ministros? De certo modo, percebe-se por esse modo peculiar de tratamentos entre os ministros (o uso do “Vossa Excelência”) reflete essa posição dos ministros de estamento diferenciado. Como vimos, eles possuem um papel de representatividade dentro do Tribunal, além de ser o estamento que concede o prestígio e as atribuições. O pensamento do ministro como uma figura similar a um totem é complexa, todavia inevitável, pois os ritos em torno da figura do ministro não são simplesmente pela busca de atribuições dentro do campo, já que as relações de cada ministro com os diversos estamentos aponta para uma fragmentação social do meio⁵³.

Tal como vimos, os diversos estamentos se dividem em torno do ministro não só por competências e atribuições que lhe concedam o prestígio e estatuto que desejam, mas pelo sentido de pertencimento a determinado segmento, seja ele do ministro “A”, “B” ou “C”. É nesse sentido que utilizei a nomenclatura de “signo” para se referir aos ministros em alguns momentos desse texto, pois cada segmento social desse meio (estamento) se identifica com esse signo, de modo que ele o identifica, rotula seu pensamento e seu agir dentro do Tribunal (LÉVI-STRAUSS, 1986. p. 86 e ss).

Outro ponto importante sobre os ministros nos remete ao início desse tópico quando afirmei que os ministros possuem um estamento diferenciado. Ocorre que, de fato, ao mesmo tempo que pertencem a essa estrutura de hierarquia, se inserem em outra. Acontece que existe outra hierarquia, onde os ministros estão dispostos em uma hierarquia de preferência entre eles. O ponto desse novo sistema estamental é mais complexo, pois consiste em uma ordem de estamentos entre os

⁵³ Sobre essa fragmentação como indício da existência do totem leia-se LÉVI-STRAUSS, 1986. p. 81 e ss.

ministros, de acordo com o seu conhecimento, antiguidade e afetividade frente aos demais ministros⁵⁴. Quando falamos de posição estamental, de acordo com conhecimento que o ministro demonstra, estamos refletindo a forma como o ministro é aceito no Tribunal. Por exemplo, quando determinado ministro adentrou ao Tribunal, procurou alcançar esse respeito e afetividade dos demais ministros por meio de demonstrações de prestígio por esses ministros. A questão é que sua tática foi de “acompanhar o voto” de determinados ministros aos quais se buscava o prestígio. Entretanto, a lógica do sistema é justamente oposta, é preciso demonstrar o conhecimento aos demais, portanto, o movimento desse ministro deveria ter sido no sentido de atacar a decisão de determinado ministro, para acompanhar outro a que se procura proximidade, ou ainda, demonstrar elementos que completam o voto desse ministro a que se busca prestígio.

Por conseguinte, podemos concluir desse capítulo que existem uma série de fatores que emergem do funcionamento do “Supremo” e que influenciam no processo de tomada de decisão, o que nos possibilita pensar em torno de nossa hipótese de espaço entre o momento da decisão e da justificação. Os ministros não decidem as questões isoladamente, uma decisão é também resultado de relações conflituosas, que perpassam o caminho de uma decisão. Ademais, os ministros estão inseridos em uma estrutura de estamentos de tal forma que, ao mesmo tempo, não são puramente reis aos quais se agrada em busca de atribuições, e não são simplesmente representações, signos semelhantes a totens aos quais os diversos funcionários se identificam. Ele é também um membro de um estamento a procura de reconhecimento, de capital simbólico capaz de diferenciá-lo dentre os ministros. Assim, ele é sempre uma soma dessas características, que se insere ainda em um sistema estamental aparte, de preferências entre os próprios ministros, de acordo com elementos como o conhecimento demonstrado, a antiguidade e a afetividade.

⁵⁴ Ressalto que não se afirma serem tão-somente esses os critérios para definição dessa ordem de estamentos dentre os ministros, mas esses foram os captados na pesquisa de campo.

2 O JULGAMENTO DA ADI DE N. 3.510⁵⁵

2.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Até o dado momento vimos uma série de fatores que podem influenciar no processo de tomada de decisão. Todos esses elementos desenvolvidos na primeira parte desse estudo, como o *habitus*, as regras “não escritas”, os estamentos, a conformação de uma sociedade de corte, o totemismo no “Supremo” e os diversos conflitos estão presentes no percurso desta decisão. Assim, o ministro não leva um processo a julgamento sem que antes ele adentre o Tribunal, passe pelo processamento inicial seja distribuído, e, enfim, analisado por algum de seus funcionários que finalmente levam a questão até ele. Da mesma forma, o funcionário do gabinete não toma a decisão sozinho, isso sempre carece de uma aprovação do ministro, além dos vários fatores que podem determinar a conveniência do momento de levar esse processo a julgamento. O que queremos dizer é que todo esse processo retratado na parte anterior desse estudo compõe o caminho dessa decisão, mas, como veremos no desenrolar desse capítulo, quando os ministros se colocam nas Turmas ou no Plenário para decidir algo, esse contexto desaparece: sobram as justificativas jurídicas, que parecem circular entre si, alheias aos contextos que as produziram.

Nesse contexto, a partir desse momento até o final desse trabalho, procuraremos desvelar o caminho dos votos dos ministros e não a decisão em si, de forma similar a proposta por Popper (2003), ao tratar da questão da descoberta e do caminho para descobri-la. Para Popper (2003), o importante não é a descoberta em

⁵⁵ A decisão da ADI de n. 3.510 ainda não se encontra publicada. Os dados obtidos sobre os votos dos ministros foram obtidos junto ao Observatório do Judiciário promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, ao “Notícias STF” e à TV Justiça. Os votos dos ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie, Carlos Ayres Britto (voto e relatório), Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski foram disponibilizados no “Notícias STF” e Observatório do Judiciário, enquanto os votos dos ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cármen Lúcia só encontram-se disponibilizados no “Notícias STF”. Quanto aos ministros Menezes Direito e Celso de Mello, não disponibilizaram seus votos, logo a análise foi feita com base nos vídeos disponibilizados pela TV Justiça. Os endereços eletrônicos do Observatório do Judiciário, Notícias STF e TV Justiça, respectivamente são: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>; e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=noticiaNoticiaTvJustica>.

si, mas o caminho que se toma para chegar a esta descoberta, e o que trazemos para nosso estudo é justamente isso, não nos importa às posições a favor ou contra a constitucionalidade da lei de Biossegurança dos ministros, mas a fundamentação dessas decisões. O que nos colocaremos a refletir são os motivos expostos nos votos para compreendermos o porquê do contexto estudado na primeira parte da pesquisa desaparecer, restando apenas as justificativas jurídicas.

Assim, nosso primeiro passo será destrinchar o tema discutido na ação direta de inconstitucionalidade de n. 3.510 e como ocorre o processamento dessa ação no “Supremo. Em segundo, antes de iniciarmos o exame dos votos da ADI de n. 3.510, precisamos compreender a posição da Corte em face da audiência pública, posto que, como vimos no primeiro capítulo, o planejamento estratégico do “Supremo” está voltado para intensificação do diálogo da Corte com a sociedade. Superadas essas fases, procederemos à análise dos votos da ADI de n. 3.510.

2.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE N. 3.510

O julgamento pelo Plenário do “Supremo” da ADI de n. 3.510 ocorreu em três sessões, além de uma audiência pública sobre células-tronco e a participação de *amicus curiae* na primeira sessão⁵⁶. Segundo consta no acompanhamento desta ação perante o “Supremo” há diversos atores que participaram do julgamento (vide Anexo I). A Constituição de 1988 estabelece no art. 102, I, “a”, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Essa ação, portanto, nada mais é do que um meio de se levar diretamente ao STF uma questão constitucional a ser resolvida. Mas, como nos explica Mendes (2007), não se trata de qualquer meio, pois é uma ação que só pode ser proposta por determinadas pessoas definidas no art. 103, da CF/88. Pois bem, na casuística da ADI de n. 3.510, quem propôs a ação foi o Procurador-Geral da República, legitimado em regra escrita no inciso VI do referido

⁵⁶ Lei de n. 9.868, art. 7º, §2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Lei de n. 9.868, art. 9º, §1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

artigo da Constituição. O processo da ação direta de inconstitucionalidade era feito, até 1999, pelo regimento interno do STF (RISTF), já que não existia lei que regulasse a questão. Somente em 1999 entrou no ordenamento jurídico brasileiro a lei de n. 9.868 para regular essa ação. De qualquer forma, a lei repete, em muito, o que já havia no RISTF, mas muitos procedimentos ainda são feitos por meio do RISTF.

A dinâmica dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade possui um rito a ser seguido. O RISTF determina que as sessões Plenárias são dirigidas pelo Presidente do Tribunal (art. 13, III, RISTF)⁵⁷, por esse motivo, sempre que alguém vai falar tem que pedir primeiro autorização do Presidente, para então se pronunciar, por mais que os ministros tenham liberdade de falar quantas vezes quiserem (art. 133, RISTF)⁵⁸. Primeiramente, o ministro relator profere o relatório, em seguida a tribuna é aberta para defesa de advogados e *amici curiae*. Somente após a Corte ter ouvido todos a explanarem na tribuna é que o ministro relator profere o voto, e assim os demais ministros seguem votando, pela ordem crescente de antiguidade⁵⁹ no Tribunal. De certo, todos os ministros quando vão a julgamento, seja de Turma ou de Plenário, já possuem um voto pronto e redigido para a questão. Entretanto, isso não limita desde já a decisão. Acontece que, por existir o movimento via *intranet* entre as sessões de julgamento e os gabinetes, os votos ainda podem ser alterados, como denotamos da primeira parte do estudo.

A questão por detrás da ADI de n. 3.510 discute o direito à vida, no âmbito do antigo impasse doutrinário do direito privado, qual seja, em que instante a vida começa. A vida passa a ser protegida pelo direito brasileiro após o “nascimento com vida” (art. 2º do CC/02)⁶⁰, o que implica a criança nascer e respirar, ao menos uma vez (FARIAS, 2005). Entre os próprios cientistas que participaram da audiência pública sobre células-tronco, há divergência quanto ao momento do surgimento da vida. Como veremos na análise da audiência pública sobre células-tronco, para

⁵⁷ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 13, inciso III: “São atribuições do Presidente: III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”.

⁵⁸ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 133: “Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos”.

⁵⁹ A ordem de antiguidade é calculada pela entrada do ministro no Tribunal.

⁶⁰ Código Civil de 2002: art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

alguns biólogos, negar a vida ao momento da fecundação é extremamente ofensivo, pois há multiplicação de células, ou seja, aos olhos do biólogo há vida desde o momento da primeira divisão celular, naquela primeira célula há todas as informações genéticas necessárias para formar o ser humano, incluindo sua personalidade; ao passo que para alguns geneticistas, a vida humana se inicia com a formação de sistemas essenciais à sobrevivência de um ser humano, logo, a vida se inicia quando o feto apresenta perspectivas de nascimento com vida, nos moldes definidos pelo direito brasileiro. De qualquer forma, os especialistas da mesma área chegam a conclusões diferentes em nuances a favor e contra o uso dos embriões para pesquisas.

A discussão, portanto, residia no direito à vida destes embriões, pois, caso sejam considerados como “vida humana”, são protegidos pelo art. 5º da CF/88; e, caso não, a lei resta constitucional. Por outro lado, a utilização dessas células-tronco permite a formação de diversos tecidos humanos artificialmente para tratamentos de saúde, o que também é direito fundamental preservado pelo art. 6º da CF/88. Foram suscitados pelos atores a favor da procedência da ação a violação: à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)⁶¹, a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF/88)⁶². E, foram reclamados pelos atores a favor da improcedência da ação a transgressão: do direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX, CF/88)⁶³, o direito à saúde (art. 6º, CF/88)⁶⁴, o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da

⁶¹ Constituição Federal de 1988, art. 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

⁶² Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁶³ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso IX: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

⁶⁴ Constituição de 1988, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

saúde (art. 196, CF/88)⁶⁵ e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, *caput*, CF/88)⁶⁶.

Em suma, as violações do texto constitucional reclamadas perpassam uma série de valores, além disso, há várias questões sociais envolvidas no questionamento da constitucionalidade dessa lei, por envolver concepções culturais sobre o que é vida humana. Nesse sentido que a sociedade se mobilizou e vários pedidos de participação nesse processo chegaram ao Tribunal⁶⁷. Várias audiências foram marcadas com os ministros. As visitas de cientistas aos ministros foram amplamente divulgadas por meio do acompanhamento processual, que indicava os dias dessas visitas, mas nem todos os ministros quiseram receber os *experts* no assunto. A reação dessa movimentação foi a do surgimento da primeira audiência pública do “Supremo”, o que gerou muita incitação nos corredores, já que, apesar de existir a época do julgamento dessa ADI a possibilidade dela ocorrer pela previsão da Lei de n. 9868/99 e RISTF, toda essa movimentação era nova e reclamava a criação de procedimentos internos, tais como a forma de divulgação dessa audiência, como os trabalhos seriam conduzidos, entre outros.

Por conseguinte, a ADI de n. 3.510 é um material empírico interessante, à medida que nos traz o “Supremo” diante da situação de ter que abrir o seu processo de tomada de decisão à participação popular por meio de audiência pública, fato até então não ocorrido. O Tribunal teve que se colocar a exercer algo que estava previsto no planejamento estratégico de abertura da Corte. Assim, passaremos agora a destrinchar a posição que o “Supremo” adotou em face dessa abertura procedimental do processo de tomada de decisão.

2.3 A POSIÇÃO DO “SUPREMO” EM FACE DA ABERTURA PROCEDIMENTAL

⁶⁵ Constituição de 1988, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶⁶ Constituição de 1988, art. 218, *caput*: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

⁶⁷ Da suma dos pedidos, os *amici curiae* admitidos foram a Conectas Direitos Humanos e o Centro de Direitos Humanos – CDH; o Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Ainda houveram outros pedidos de cidadãos isolados que pediram a participação por *amicus curiae*, entretanto os pedidos foram negados, pois é preciso estar vinculado a uma Instituição.

Em 19.03.2007, o ministro-relator Carlos Ayres Britto proferiu despacho ordinatório para convocar uma audiência pública, conforme lhe permite o RISTF no art. 21, XVII⁶⁸. Como já expomos acima, antes desse despacho o andamento processual do processo da ADI de n. 3.510 revela que houve o pedido de participação por meio de *amicus curiae* por diversas Instituições, o que podemos supor refletir um movimento da sociedade em torno da questão. O ministro-relator se utilizou de uma faculdade da lei de n. 9.868/99 para resolver uma questão que lhe constituía um problema decorrente da mobilização social em torno do tema: como figurar tantas instituições e *experts* como *amici curiae*? A solução da audiência pública foi providencial e de certo modo, concedia tempo para reflexão do tema, tendo em vista que as informações que foram passadas nessa audiência pública de certo modo já estavam sendo expostas em memoriais que estavam sendo entregues aos ministros. Essa audiência, chamada de “audiência pública das células-tronco” foi a primeira feita pelo “Supremo”, gerou uma grande movimentação da instituição e requereu a criação de procedimentos. Mas a possibilidade da realização de uma audiência pública já existia, por isso é possível refletir o porquê dela nunca ter ocorrido até aquele momento.

Desde o ano de 2003, o “Supremo” vinha apresentando em seus julgados um posicionamento de visão da Corte não como um Tribunal de revisão da matéria constitucional, mas de Corte Política responsável pela “guarda da constituição”⁶⁹ (art. 102, *caput*, da CF/88)⁷⁰. Esse julgado considerado marco pelo próprio Tribunal é o RE de n. 298.694, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 23.04.2004, onde se afirma o entendimento que se reconhece que a decisão do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo deveria ser mantida, não pelo fundamento constitucional colocado pelos desembargadores de São Paulo, qual seja o direito adquirido, mas pela irredutibilidade de vencimentos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 a). Em outras palavras, o “Supremo” abandonava o posicionamento que vigorava até então do ministro Moreira Alves de analisar a controvérsia constitucional se atendo à violação explicitada no recurso. Nesse contexto, o “Supremo” já completava quase um século de julgamentos de recursos

⁶⁸ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21: “São atribuições do Relator: XVII – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento”.

⁶⁹ Sobre a visão do Tribunal Constitucional como guardião da constituição veja Kelsen (2003).

⁷⁰ Constituição de 1988, art. 102, *caput*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe”

extraordinários, onde, basicamente, os ministros só apontavam dois resultados distintos: ou não conhecia e não dava provimento, ou conhecia e dava provimento ao recurso dentro dos parâmetros alegados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b). Ou seja, a Corte respondia às partes que, apesar do Tribunal já ter até julgados analisando o mérito daquela questão, aquele direito nem se quer poderia ser analisado por questões puramente processuais, ou ainda que não se declarasse a inconstitucionalidade pelo fulcro reclamado pela parte não ser o motivo da inconstitucionalidade, mas outro não suscitado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b). A construção do voto do ministro relator Sepúlveda Pertence aponta o “Supremo” como guardião da constituição, de modo que não poderia ser constrangido a impugnar uma decisão válida constitucionalmente só porque o fundamento não havia sido levantado anteriormente em outras instâncias, como se infere no teor abaixo transcrito:

A solução contrária, data maxima vênia, implicaria impor ao Tribunal – ao qual se confiou, “precipuamente, a guarda da constituição” (CF, art. 102) – constrangimento ao qual não se submetem outras instâncias (RE de n. 298.694, min. rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.04.2004).

Grande parte dos ministros seguiu o voto do relator, merecendo até mesmo os aplausos em Plenário do ministro Carlos Ayres Britto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b), e uma manifestação do ministro Gilmar Mendes que trouxe a público um marco-teórico para essas mudanças na Corte, qual seja o Professor Peter Häberle, ao afirmar que:

Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual *‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’*, dotado de uma *‘dupla função’*, subjetiva e objetiva, *‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b).

O ministro Celso de Mello apresentou, nas entrevistas sobre o julgamento deste RE, que a mudança era importante:

‘especialmente nesse momento em que o Tribunal renova sua composição’, para *‘que se ajuste a técnica de julgamento do RE não apenas ao discurso normativo do Código de Processo Civil (...), mas também que se ajuste a orientação da Corte à*

própria exigência que tem sido manifestada pelo magistério da doutrina' (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b).

Essa “mudança” apontada pelo ministro Celso de Mello era a aposentadoria do ministro Moreira Alves, que ditava a jurisprudência do Tribunal em um posicionamento positivista⁷¹, pelo qual os ministros estavam adstritos ao pedido formulado no recurso. Neste julgado do RE 298.694, o único ministro vencido na questão foi o ministro Moreira Alves, mas mesmo assim recebeu as homenagens dos demais ministros, já que ele já havia se aposentado na data do julgamento definitivo do caso⁷². Ora, o nosso ponto nessa modificação é que o “Supremo” apresentou um indício de mudança, de que as decisões daquele ponto em diante não seriam tomadas com base tão-somente em questões jurídicas, em uma dogmática da lei. Por exemplo, os argumentos do professor Häberle trazidos pelo ministro Gilmar Mendes, nessa época, refletem esse pensamento de abertura da Corte Constitucional para a participação popular, bem como traz o entendimento de constituição como cultura, pensamento este fundado nas reflexões da mesa redonda de 1989 (HÄBERLE, 2005. p. 1.)⁷³. Como assinala García (2004), este pensamento de Häberle se baseia na idéia de que, diante da redefinição do lugar da constituição e das transformações do mundo contemporâneo (pós-Segunda Guerra Mundial), a mudança da interpretação constitucional é necessária; a simples e mecânica exegese utilizada até então com o positivismo jurídico, não supriria as necessidades de complexa sociedade democrática. Assim, tal pensamento de constituição como cultura é resultado do processo histórico e social com a participação popular (aberto), ao passo que os valores culturais da comunidade encontrar-se-iam consubstanciados na interpretação e evolução da constituição.

Nessa visão de Häberle (2005), a constituição seria um produto cultural que deve garantir a abertura procedimental, pois a democracia possuiria uma de suas formas de manifestação na equidade do processo de participação popular nos

⁷¹ Sobre a diferenciação entre as diversas escolas do direito, inclusive o positivismo leia-se Duarte (2006).

⁷² O RE de n. 298.694 foi julgado em duas sessões do Plenário, em virtude de pedido de vista do ministro Moreira Alves.

⁷³ Ressalta García Herrera (2004) uma distinção entre direito constitucional cultural e constituição como cultura. Ocorre que, o direito constitucional cultural limita-se á presença do Estado na cultura, no sentido do direito resguardar a cultura, ao passo que a constituição como cultura transcende esta conquista, no sentido de um processo de interiorização cultural da constituição no cotidiano da sociedade (GARCÍA, 2004. p. 121).

processos de tomada de decisão das Instituições. A idéia é de que todo o diálogo cultural se conforme na participação das diversas minorias e majorias no processo de tomada decisão. Esse olhar da mesa redonda de 1989, que se reflete na teoria construída por Häberle (2005), permite a participação institucionalizada, o que inclui o processo de tomada de decisões nessas Instituições (SAAVEDRA, 2004. p. 149).

Portanto, essa remissão do ministro ao pensamento de Häberle, assomada a adoção pelo Tribunal de uma missão e visão institucional no sentido de fazer a constituição ser elemento cultural, tal como vimos no primeiro capítulo, possui implicações práticas para Corte enquanto jurisdição constitucional, pois a compromete a conformar uma jurisdição constitucional aberta. Isso necessita não só de uma ampliação do rol de legitimados⁷⁴, tal como se alcançou na constituição de 1988 (art. 103, CF/88), posto que exige mais formas de se garantir o acesso à Corte. Tal exigência pode ser alcançada pela criação de novas ações⁷⁵, além da ampliação das possibilidades de participação democrática do processo de tomada de decisão perante o Tribunal Constitucional, como, por exemplo, por meio do *amicus curiae* ou de audiências públicas (MENDES, 2007)⁷⁶.

De fato, o texto constitucional atual indica uma ampliação do rol de legitimados e de ações, a necessidade de acesso à justiça e a abertura procedimental da jurisdição brasileira (BARROSO, 2005). Existe na jurisprudência atual do “Supremo” a possibilidade de discutir a abertura procedimental como uma relação cultural, o que se expressa de forma mais intensa na possibilidade de haver *amicus curiae* e audiência pública, além da missão e da visão prevista pelo planejamento estratégico do Tribunal, tal como vimos na primeira parte do estudo. Mas, verificamos que, apesar de já terem ocorrido várias permissões de *amicus*

⁷⁴ Quanto à abertura da jurisdição constitucional brasileira, a Carta Política de 1988, de fato, propiciou sua expansão, pois ampliou o rol dos legitimados para proporem as ações constitucionais somado às novas figuras de controle concentrado (CF, art. 103). Essas ações compreendem a ação declaratória de constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, além da repercussão geral, instituto criado com a EC. n. 45 para o recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º) e as súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) (BARROSO, 2005). Desse modo, a constituição federal de 1988 se inseriu no diapasão da teoria constitucional dos países europeus do momento pós-Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2005).

⁷⁵ De fato, a constituição de 1988 trouxe novas ações ao controle de constitucionalidade brasileiro. Mas existem casos interessantes, por exemplo, a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi criada nessa constituição de 1988, entretanto, só alcançou aplicação prática com a criação de seu procedimento em 1999, com o advento da lei de n. 9.882/99. A primeira ADPF apreciada em mérito foi a de n. 33, min. rel. Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006.

⁷⁶ Lei de n. 9.868/99 artigos 7º, § 2º e 9º § 1º.

curiae pela Corte, a primeira audiência pública só adveio com o julgamento da ADI de n. 3.510. Um dos julgados que podemos trazer aqui para demonstrar essa possibilidade na atual jurisprudência do Tribunal é o da ADI de n. 2.321, em sede de medida cautelar, publicado no DJ de 10.06.2005, cuja relatoria foi do ministro Celso de Mello:

[...] **põe em destaque** o entendimento de PETER HÄBERLE, **segundo o qual** o Tribunal ‘há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação do processo constitucional’ (p. 498) [obra de MENDES, 1999], **em ordem a pluralizar**, em abordagem **que deriva** da abertura material da Constituição, o próprio **debate** em torno da controvérsia constitucional, **conferindo-se**, desse modo, **expressão real e efetiva** ao princípio democrático, **sob pena** de se instaurar, **no âmbito** do controle normativo abstrato, um **indesejável** ‘deficit’ de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, ‘in abstracto’, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional (Grifos no original).

Em suma, a proposta de abertura procedimental da Corte, e as expectativas de uma primeira audiência pública no “Supremo” fizeram crer que haveria uma releitura do direito, considerando os fatores sociais, econômicos e políticos que envolvem os processos de tomada de decisões, para criação da norma e no momento em que propriamente se interpreta (cria) o direito (DWORKIN, 2007), levando-se em conta o sujeito de historicidade⁷⁷ que o intérprete involuntariamente constitui.

Assim, importa como dado etnográfico a vontade eleita na constituição de abertura procedimental, mais em específico sobre essa postura de jurisdição constitucional aberta que assume o “Supremo”. Logo, a questão a ser analisada nos votos da ADI de n. 3.510 é se o STF alcança ou não essa abertura procedimental na prática, e se os fatores advindos dessa abertura são incorporados à justificação das decisões.

2.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA: OS *EXPERTS* FORAM AO “SUPREMO”

A audiência pública sobre células-tronco ocorreu no dia 20.04.2007, e teve os trabalhos iniciados após a então Presidente do STF, ministra Ellen Gracie, abrir

⁷⁷ Para compreender as concepções de “sujeito de historicidade”, veja-se a teoria de Gadamer (1993).

os trabalhos e passar a direção dos mesmos ao ministro-relator da ADI de n. 3.510, ministro Carlos Ayres Britto. Primeiramente, a audiência pública foi realizada no Plenário do STF, espaço este que descrevemos no primeiro capítulo. Os então especialistas convidados para falar sobre o tema para a Corte teceram suas considerações diante da tribuna em que os advogados fazem suas sustentações orais. De certo, não falaremos da exposição de cada convidado, mas trouxe aqui certas reflexões com base no que foi trazido à Corte por alguns.

Nessa oportunidade, várias vezes os ministros que tomavam a palavra lembravam que essa audiência se tratava de um meio do “Supremo” ouvir a sociedade e seus anseios, bem como de buscar conhecimento sobre o tema enfrentado. Em especial destacamos as palavras da ministra Ellen Gracie e do ministro Carlos Ayres Britto, respectivamente:

Não posso encerrar este pronunciamento sem louvar a iniciativa do meu Colega, o ministro Carlos Britto, que adota pela primeira vez, esta faculdade que a lei nos concede de fazer ouvir *experts* na matéria. Sua Excelência recebe de toda a Corte os elogios, e creio que recebe da população brasileira, também, o reconhecimento por esta disponibilidade e este impulso de fazer com que o Tribunal se abra efetivamente, para a comunidade científica.

Em verdade, estamos homenageando o pluralismo, um dos conteúdos mais importantes da democracia; pluralismo que, no nosso caso, muito concorrerá para legitimar a decisão que o Supremo Tribunal Federal proferirá.

Veja-se que as palavras do ministro Carlos Britto, relator da ADI de n. 3.510, reforçaram seu entendimento sobre a intenção da audiência de colher informações da comunidade científica sobre em que momento começa a vida, já que a constituição não define isso. Em entrevista, em um dos intervalos da audiência pública, o ministro ainda reforçou o argumento acima transcrito de efetivação do elemento democracia por meio de audiências públicas, pois o Tribunal estaria a prestigiar “a sociedade civil mais de perto por meio desse setor organizado da comunidade médico-biológica” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007 a). Nesse sentido, ainda afirmou na entrevista que: “Democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007 a). Seguindo fiel a este pensamento, o ministro relator coordenou os trabalhos na seguinte sistemática: dividiu-se os blocos em 1 e 2, de modo que o

de n. 1 correspondia aos *experts* indicados pela Procuradoria-Geral da República e pela CNBB (defensores da inconstitucionalidade da lei de Biossegurança) e o de n. 2 compreendia os indicados pelo Congresso Nacional, Presidente da República e pelos *amici curiae* (defensores da constitucionalidade da lei de Biossegurança) e promoveu um sorteio para ver que bloco falaria primeiro. O número 2 foi sorteado pela ministra Presidente, Ellen Gracie. Então o bloco de n. 2 expôs suas considerações a favor da pesquisa com células-tronco embrionárias, e, posteriormente, o bloco que eram contra a pesquisa com células-tronco embrionárias.

As primeiras especialistas a falarem que trouxeram argumentos interessantes a serem considerados foram a geneticista Mayana Zatz, que é presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular e a farmacêutica Patrícia Helena Lucas Pranke, que é presidente do Instituto de Pesquisa com Célula-Tronco. Essas pesquisadoras esporam posicionamento a favor da constitucionalidade da lei de Biossegurança, o que implica da improcedência da ADI de n. 3.510 e conseqüente liberdade para pesquisas na área. Mas vejamos o que Patrícia Pranke disse em sua explanação. Ela explicou que os embriões ou são implantados no útero ou são congelados, sendo que esta última opção diminui as possibilidades de o embrião se desenvolver posteriormente. Ademais, os embriões seriam classificados em categorias com até quatro graus de qualidade, sendo que os embriões considerados de má qualidade seriam inviáveis. A questão que Patrícia Pranke suscita é: porque não realizar a pesquisa com esses embriões? Segundo a pesquisadora, boa parte das clínicas não chegam nem mesmo a congelá-los.

O que as pesquisadoras queriam propor era não discutir em que momento começa a vida, mas o que fazer com os embriões congelados que não vão ser fecundados em nenhum útero. Essa intenção restou clara desde a exposição de Mayana Zatz, que ressaltou mais a questão dos tratamentos de doenças degenerativas por meio de células-tronco embrionárias. De fato, suas palavras tiveram seu peso, já que teve forte atuação na aprovação da lei de Biossegurança no Congresso Nacional (como ela mesma assumiu em sua sustentação). Mas o destaque de seu argumento está em enfatizar que esses embriões só vão vir a constituir um feto se um ser humano intervir, e que, portanto, não achava que seria mais ético manter esse embrião congelado, sabendo que ele nunca virá a estar em

um útero, ao invés de doá-lo para pesquisas que poderiam resultar em futuros tratamentos a doenças graves, tais como doenças neurológicas, bem como na recuperação de pessoas vítimas de acidentes cerebrais vasculares e derrames, entre outros. Com sutileza, a cientista colocou que, realmente no embrião há vida, pois possui células e toda célula é vida, mas que não se trata de um ser humano. Em suas palavras, a doação de células-tronco para pesquisa poderia ser equiparada a doação de órgãos por quem sofre morte cerebral.

Após a exposição dessas pesquisadoras, o coordenador da Divisão de Medicina Óssea da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP), Júlio César Voltarelli, assumiu a tribuna e trouxe esclarecimentos sobre a diferença entre as pesquisas com células-tronco embrionárias e adultas. O professor trabalha com células-tronco adultas. Ele esclareceu que um dos argumentos fortes por parte dos que são contra o uso das células de embriões é de que não seriam necessárias, pois benefícios clínicos poderiam ser conseguidos com as células adultas. Segundo o professor esse entendimento é um erro, pois a utilização somente de células tronco adultas não seria suficiente para tratar várias doenças auto-imunes em seu estágio precoce, sendo que em várias doenças a utilização de células-tronco adultas não bastaria.

A primeira convidada a expor pertencimento ao bloco contra a constitucionalidade da lei de Biossegurança, a professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília (UnB), Lenise Martins, que defendeu o início da vida humana na fecundação. Assim, a pesquisa com células-tronco embrionárias implicaria no sacrifício dessas vidas. Com base nesse mesmo pensamento da professora Lenise Martins, vários especialistas sustentaram diversos argumentos, dos quais destacamos: (1) existe um chamado diálogo entre o embrião humano e sua mãe, pois a biologia molecular revela que em cerca de duas a três horas depois da fecundação o embrião já se comunica com a mãe por meio das moléculas. (Lílian Piñero Eça); (2) não há fato objetivo e concreto que confirme a utilidade da pesquisa com essas células, ao contrário do que se registraria com as células-tronco adultas (Marcelo Vacari Mazzenoti).

Um ponto interessante da audiência foi a participação do músico Herbert Viana, convidado da Dra. Lúcia Braga, pesquisadora chefe da Rede Brasil Sarah de Hospitais de Reabilitação. Para muitos, a presença do músico foi considerada

apelativa, já que o mesmo se encontra paraplégico e com seqüelas neurológicas advindas de um acidente de ultraleve em Mangaratiba (RJ) no ano de 2001. Herbert disse ser importante trazer ao debate a questão de que os defensores da lei que permite o uso de células-tronco embrionárias para pesquisa, não estão incorrendo em um “pecado mortal”, mesmo porque, as pessoas que podem usufruir no tratamento não passam de pais, que eventualmente tenham sido inutilizadas em um acidente e que sonham em voltar à ativa para trazer conforto a seus filhos.

Diversos convidados falaram ainda sobre a inconstitucionalidade da lei de Biossegurança e ainda pela sua constitucionalidade, mas seus argumentos são por demais repetidos. O que nos interessa nessa colheita de dados sobre a audiência pública a respeito de células-tronco é, primeiramente, a proposta da Corte de participação da sociedade no processo de tomada de decisão, o que estaremos utilizando na análise dos votos da ADI de n. 3.510, no intento de verificar se concretamente a Corte tem ou não ouvido a sociedade por meio dos instrumentos de participação popular. Portanto, resta agora sabermos para que serviram todos esses dados, ou seja, se os mesmos conformaram fatores no processo de tomada de decisão, ou se essa abertura procedimental da Corte não alcança uma razão prática efetiva.

2.5 PRIMEIRA SESSÃO: O VOTO DO MINISTRO-RELATOR

Seguindo a “regra escrita” do art. 131 do RISTF⁷⁸, a Presidente do Plenário, então ministra Ellen Gracie, na sessão do dia 05.03.2008, concedeu a palavra ao ministro Carlos Britto para que apresentasse o relatório, em seguida ao autor da ação, no caso, o Procurador-Geral da República, e, posteriormente, aos *amici curiae*

⁷⁸ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 131: “Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. § 1º O assistente somente poderá produzir sustentação oral quando já admitido. § 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fic-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento. § 4º No julgamento conjunto de causas ou recursos sobre questão idêntica, a sustentação oral por mais de um advogado obedecerá ao disposto no § 2º do artigo 132”.

(§3º, art. 131, RISTF). Cada pessoa que sobe à tribuna possui no máximo 15 minutos para fazer sustentação oral (art. 132, RISTF)⁷⁹.

A questão dessa primeira sessão é que os ministros não queriam decidir a ADI de n. 3.510. Segundo o depoimento de um servidor do STF os ministros estavam receosos sobre as repercussões do julgamento, mesmo porque alguns ministros ainda não tinham um voto escrito concluído e não sabiam que posição adotar. A solução dos ministros foi providencial, seja combinado ou não, houve um pedido de vista, um brecha constante no art. 134 do RISTF⁸⁰ que permite que o julgamento seja adiado para segunda sessão ordinária subsequente, o que quase sempre não acontece. Essa é a dinâmica que se verificou no julgamento dessa primeira sessão. O ministro relator trouxe o relatório, a palavra foi passada ao autor da ação (Procurador-Geral da República) e posteriormente à CNBB, a Advocacia-Geral da União, ao Congresso Nacional e aos *amici curiae* presentes⁸¹.

Em primeiro momento, o relatório do ministro Carlos Ayres Britto chamou-me bastante a atenção, pois desde o início ele indicou a necessidade de uma audiência pública sobre o tema, bem como da abertura para *amicus curiae*, no sentido de alcançar “decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de

⁷⁹ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 132: “Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente. § 1º O Procurador-Geral terá prazo igual ao das partes, falando em primeiro lugar se a União for autora ou recorrente. § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar. § 3º O oponente terá prazo próprio para falar, igual ao das partes. § 4º Havendo assistente, na ação penal pública, falará depois do Procurador-Geral, a menos que o recurso seja deste. § 5º O Procurador-Geral falará depois do autor da ação penal privada. § 6º Se, em ação penal, houver recurso de co-réus em posição antagônica, cada grupo terá prazo completo para falar. § 7º Nos processos criminais, havendo co-réus que sejam co-autores, se não tiverem o mesmo defensor, o prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os defensores, salvo se estes convencionarem outra divisão do tempo”.

⁸⁰ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 134: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente. § 1º Ao reencetar-se o julgamento, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros, ainda que não compareçam ou hajam deixado o exercício do cargo. § 2º Não participarão do julgamento os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos. § 3º Se, para o efeito do quorum ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos”.

⁸¹ Nesse momento prévio ao voto do ministro-relator falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amicus curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso.

opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”. Todavia, quando partimos para análise de seu voto, notamos que apesar de ponderar no relatório sobre as perspectivas apresentadas por biólogos e geneticistas, o teor do voto se restringe a análises dos textos legais e constitucionais, em um jogo de articulação da letra da “lei” e do que “ela” revela⁸². Dessa perspectiva, a aplicação da lei desconsidera o seu contexto atual, ou seja, consiste em uma interpretação da norma jurídica compreendendo que esta por si só é capaz de solucionar os fatos da vida considerados relevantes para o direito. E com base nessa articulação, o ministro afasta a possibilidade de se adotar uma teoria sobre o momento do surgimento da vida para determinar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, já que a constituição não define isso. Quando nos deparamos com a incitação para a abertura de audiência pública e abertura da Corte para *amicus curiae*, nos induzimos a pensar que haverá uma ponderação sobre as influências dos demais campos (social, econômicos, religioso, político, etc.) sobre o tema levado ao meio jurídico sobre a roupagem das teses a respeito do momento do surgimento da vida. Entretanto, apesar de não termos certeza, a impressão que prevalece é que o voto do ministro Carlos Ayres Britto não é desenvolvido somente com base na “regra escrita”, de modo que, surge um distanciamento entre o momento da decisão e da justificação dos votos.

Ademais, quando da segunda sessão, o ministro-relator confirmou o seu voto após a manifestação do ministro Menezes Direito. Como veremos adiante, ao contrário do ministro Carlos Ayres Britto, o ministro Menezes Direito adentra questões filosóficas e teleológicas, e por isso, nesse momento de confirmação de seu voto, o ministro Carlos Ayres Britto afirma que tentou evitar tais discussões, pois seriam infinitas, pois tais reflexões não coadunariam com o direito.

Outro voto proferido nessa primeira sessão foi o da ministra Ellen Gracie. Antes de adentrar o voto proferido pela ministra, é preciso salientar sua condição no momento de seu voto. Ocorre que a ADI de n. 3.510 foi presidida por dois ministros, quais sejam a ministra Ellen Gracie e o ministro Gilmar Mendes. Até a primeira sessão a ministra ainda presidia o julgamento, entretanto, a segunda e terceira sessões já entraram na agenda da Presidência do ministro Gilmar Mendes. Mas nessa primeira sessão, a ministra estava na condição de Presidente do “Supremo” e

⁸² Sobre essa visão positivista do direito leia-se Kelsen (1998).

tomou um posicionamento desencadeador de certo espanto aos demais ministros. Acontece que, após o ministro-relator proferir o seu voto, o ministro Celso de Mello teceu elogios ao ministro e, em seguida, o ministro Menezes Direito pediu vista (art. 134, do RISTF)⁸³ dos autos, uma atitude que todos os ministros já esperavam, pois a intenção não era julgar de imediato em uma única sessão a questão da lei de Biossegurança. O fato é que a ministra pediu para antecipar seu voto, mesmo depois do ministro Menezes Direito ter pedido vista dos autos. De certo, o RISTF permite em seu art. 135, § 1º⁸⁴, que o ministro pode adiantar seu voto se o Presidente permitir, mas não existe nada que proíba ou autorize o Presidente da sessão a se autorizar a adiantar o voto. Porém, a tradição dos julgados do “Supremo”, assim por dizer a “regra não escrita” que permeia o campo, é que o voto do Presidente seja o último a ser proferido. Destarte, a ministra Ellen Gracie quando suscitada pelos ministros Menezes Direito e Marco Aurélio sobre o porquê de tanta urgência, justificou que:

Inobstante a inexistência de medida liminar, sabe-se, é de conhecimento geral – que as pesquisas, se não foram paralisadas sofreram um sensível desestímulo durante esse período. Tenho certeza de que Vossa Excelência [ministro Menezes Direito], com a sua diligência, trará o processo dentro em breve. No entanto, esta cadeira me traz, infelizmente, a tarefa de rememorar aos Colegas que temos, na fila, para serem chamados a julgamento por este Plenário, nada menos que 565 outros processos.

Com o voto juntado aparte posteriormente, como de costume dos ministros, apresentou em poucas palavras o que seu voto continha na versão escrita. Esse voto juntado aparte se limitou a contar a história da fertilização *in vitro* e moldar uma comparação entre a legislação pátria e do Reino Unido⁸⁵ sobre o tema. O discurso da ministra é de que o “Supremo” não possui competência para definir conceitos, e que, portanto, ela não abordará isso, apesar desse ser o ponto reclamado na ADI em julgamento, qual seja a definição de que momento surge a vida humana:

⁸³ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 134: “*Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente*”.

⁸⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 135, §1º: “*Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar*”.

⁸⁵ Segundo consta no voto da ministra Ellen Gracie, o Reino Unido possui uma lei sobre o tema, qual seja a *Human Fertilisation and Embriogy Act* de 1990. De acordo com esse diploma, as pesquisas com células-tronco embrionárias podem ser feitas até 14 dias de sua fecundação, pois o entendimento é de que nesse período não existe um embrião, ou seja, uma vida humana, mas tão-somente células.

Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988. Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do artigo 5º da Lei 11.105, de 24.03.2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente.

Mas a ministra, ao iniciar seu voto com esse argumento, adotou uma interpretação muito própria que não guarda sintonia com a legislação inglesa, pois traz o diploma do Reino Unido, *Human Fertilisation and Embriogy Act* de 1990, para não ter de definir conceitos, todavia o pilar dos debates dessa lei inglesa está justamente na definição de que momento surge a vida humana. Ademais, a segunda parte do voto da ministra não coaduna com as premissas conceituais desse regulamento. Precisamos destacar que essa explanação da ministra só resolve uma das questões suscitadas na ADI de n. 3.510, qual seja a pesquisa com células-tronco embrionárias inviáveis recém-congeladas. Com base no princípio utilitarista, a ministra conclui brevemente que a destinação de embriões, que muito provavelmente não serão fecundados, à pesquisa constitui uma atitude nobre, que não esbarraria no direito fundamental à vida. O problema é: por quê? A ministra não expôs sobre esse ponto, se limitou a dizer que a improbabilidade de geração de novos seres humanos afasta a violação ao direito à vida. Ademais, a premissa do *Human Fertilisation and Embriogy Act* de 1990 é de que a Pesquisa com células-tronco embrionárias após 14 dias da fecundação do óvulo seria uma violação ao direito à vida.

Assim, o que temos na primeira sessão do julgamento da ADI de n. 3.510 são votos que buscam fundamentar a decisão na lei, com o uso de premissas contraditórias. Além disso, temos que os votos do ministro Carlos Ayres Britto e da ministra Ellen Gracie buscam não enfrentar o cerne da questão, qual seja em que momento surge a vida humana, cujos elementos de definição escapam ao direito, em especial ao texto da constituição, pois esta não afirma em que momento começa a vida.

2.6 SEGUNDA SESSÃO: O VOTO-VISTA

A segunda sessão plenária de julgamento da ADI de n. 3.510 ocorreu em 28.05.2008, dois meses depois da primeira. O primeiro ministro a se pronunciar foi o Menezes Direito, que deveria ter apresentado voto-vista até a segunda sessão ordinária subsequente (art. 134, RISTF). Como já ressaltamos acima, é comum que o voto-vista não seja apresentado dentro deste prazo, afinal, para a regra “não escrita”, o voto-vista consiste em um meio de se evitar o julgamento da questão, adiar a decisão. Nesta sessão, ainda tivemos a confirmação do voto do ministro-relator, entre vários debates, os votos da ministra Cármen Lúcia, e dos ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

O voto-vista do ministro Menezes Direito, após apresentar uma summa do voto do ministro-relator, foi demasiadamente extenso e criterioso na definição de conceitos, de ponderação entre os vários dados científicos apresentados nos memoriais, visitas dos cientistas, ligações a autores do tema e em especial dos dados colhidos na audiência pública. A sua decisão foi pela declaração parcial de inconstitucionalidade de determinados termos do art. 5º da lei de Biossegurança, de modo que a pesquisa com células-tronco embrionárias seria constitucional, desde que realizada a partir da extração de única célula dos embriões congelados a mais de 3 anos, ou ainda com os embriões inviáveis que comprovadamente insubsistentes por si mesmos (param de apresentar desenvolvimento após 24 horas na placa de Petri). De qualquer modo, não é a decisão que nos importa, mas o caminho tomado pelo ministro para chegar a esta conclusão. Para alcançar esse entendimento, o ministro apresentou larga reflexão sobre o que seria dignidade, a quem ela pertence e em que momento a vida surge, com base em autores como Santo Tomás de Aquino, Umberto Eco, Immanuel Kant, Ludwig Wittgenstein, Aristóteles, Arthur Schopenhauer. Com base na reflexão sobre esses filósofos, e também de pesquisas cientistas, o ministro defendeu a parcial inconstitucionalidade da lei por compreender que desde a concepção temos uma vida humana em desenvolvimento, que é dotada de dignidade, independente de já possuir uma personalidade ou não:

Não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida, como se a personalidade é que atribuisse a condição de vida e não que fosse um atributo dela. A pessoa (do art. 2º do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que a projeta é que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à sua realidade. Na verdade, o direito à vida tem

extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a.

Todavia, percebemos que sua sustentação rebate veementemente o uso do princípio do utilitarismo apresentado pela ministra Ellen Gracie na primeira sessão. De fato, tal oposição não se fez de modo explícito à ministra. O ministro conclui que o uso do princípio utilitarista não coaduna com a vontade constitucional, pois não condiz com a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional (art. 1º, III, CF/88). Por outro lado, o ministro – diversas vezes em seu voto – retoma a questão religiosa, o que exige que façamos um parêntese. Conforme os dados que colhi em campo, o ministro era extremamente católico, entretanto, nesse voto teria que enfrentar as questões da lei de Biossegurança como ministro, de tal sorte que teria de seguir as regras do campo e não fazer ponderações religiosas sobre o tema. Talvez por isso, o seu argumento foi de destacar que respeitava o princípio constitucional de liberdade religiosa, mas que sua decisão seria baseada tão-somente em dados científicos e valores éticos.

Seguindo os tramites da sessão, após um pequeno debate sobre a extensão do alcance do voto do ministro Menezes Direito e o ministro-relator ter confirmado sua decisão, a ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto, mas antes teceu considerações sobre os anseios sociais em torno do julgamento. A ministra defendeu a constitucionalidade da lei no que tange à pesquisa com células-tronco, pois seria mais digno ao embrião, seja ele vida humana ou não, promover as pesquisas, o desenvolvimento da ciência e dos tratamentos médicos, do que tornar-se “lixo genético” a ser descartado. Essa afirmação tem em si todo o seu poder de retórica, mas com base nesse entendimento, defendeu que seria preciso fazer uma interpretação conforme a constituição do objetivo “terapia” do artigo questionado, pois não se pode permitir que pessoas desesperadas por cura sejam usadas como cobaias nas pesquisas. Vejamos, a ministra demonstrou-se estar preocupada com a repercussão social na sociedade, em especial sobre a ilusão que a mídia estava gerando de que após a decisão os tratamentos com células-tronco já seriam iniciados, como se não prescindissem de pesquisa e desenvolvimento de técnicas. O discurso da ministra, basicamente, translucida pensamento de que ao juiz constitucional incumbe o dever de se fazer cumprir o texto constitucional, independente de quais sejam os anseios sociais:

Entretanto, as manifestações momentâneas, dotadas de profunda, repito, legítima e compreensível emoção que envolve o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.

Logo em seguida, toma posicionamento que busca anular as influências dos anseios sociais, ao direcionar que sua decisão é baseada tão somente na constituição:

A Constituição é minha Bíblia, O Brasil, minha única religião. Juiz no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra, e o direito, imparcial.

Portanto, a ministra parte de um pressuposto de que as questões jurídicas podem ser decididas exclusivamente com base na lei, todavia apresenta preocupação com os efeitos sociais de seu voto. Além da explanação da ministra, ainda tivemos o voto do ministro Eros Grau. Vários ministros já haviam votado, e pelo delongar das horas, todos já olhavam com inquietude para o ministro na expectativa de seu voto e mais especialmente sobre o tamanho deste. Não se admira que o ministro conseguiu apreender a atenção de todos, já que proferiu um voto cheio de idas e vindas, deixando sérias dúvidas sobre qual seria o seu posicionamento. Primeiramente, o ministro tomou como fundamento inicial considerações sobre a interpretação da lei que se estava a analisar, com base em Gadamer (1993). O ministro falou da questão do intérprete como um ser de historicidade dotado de pré-compreensões defendido por Gadamer (1993), entretanto, o ministro desvirtua as palavras deste, pois conclui que se pode afastar conscientemente de todas as pré-compreensões:

Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada, especialmente as criptoconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, caput, da Constituição do Brasil] .

A interpretação do ministro do teórico Gadamer (1993) é um tanto própria, pois este nos traz a perspectiva de que o intérprete é um sujeito de historicidade na medida em que todos possuem pré-compreensões, sem esquecer que o intérprete deve sempre estar aberto ao outro, o que se traduz, em estar disposto a conhecer o outro partindo da sua visão de mundo. Reconhecer essa condição significa possuir

uma consciência histórica, o que coloca o intérprete em posição de procurar uma interpretação que busque defender o sentido mais racional do texto contra toda forma de imposição de concepções. Desse modo, o intérprete não pode desconsiderar que “la posición entre extrañeza y familiaridad que ocupa para nosotros la tradición es el punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertenencia a una tradición” (GADAMER, 1993. p. 365). Assim, contrariando Gadamer (1993), o ministro passa a expor sobre as definições do início da vida humana, em recorte de comparação da legislação infraconstitucional de 1916 e de 2002 (Código Civil). E com base nesse confronto de leis, o ministro faz uma associação de conceitos, entre o advindo da lei e do conceito que ele deu à vida (movimento), para concluir que, se o embrião congelado não está em desenvolvimento vital, o mesmo não constitui uma vida humana.

Após o ministro Eros Grau, votaram ainda os ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, mas trataremos aqui conjuntamente do voto do ministro Ricardo Lewandowski. O ministro Joaquim Barbosa decidiu no sentido da total improcedência da ação, ou seja, a lei de Biossegurança resta constitucional e o ministro Cezar Peluso decidiu pela constitucionalidade da lei de Biossegurança, devendo apenas haver uma interpretação conforme à constituição no que tange a algumas questões, já que entendeu que o embrião possui condição humana, de modo que, está protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Já o ministro Ricardo Lewandowski optou pela parcial inconstitucionalidade da lei de Biossegurança, em suma, por cinco motivos. Primeiramente a leitura do art. 5º da lei de Biossegurança deve compreender como embriões humanos inviáveis os que já não apresentam mais desenvolvimento após 24 (vinte e quatro) horas; em segundo, os embriões congelados disponíveis para pesquisa seriam tão-somente os embriões que atingiram esse início de clivagem celular. Em terceiro, o uso das células-tronco embrionárias para pesquisa não pode incorrer em destruição do embrião, logo, acompanhou o ministro Menezes Direito no que tange à técnica de remoção de uma única célula do embrião. Em quarto, os genitores não só precisam consentir sobre o uso do embrião para pesquisa, como precisam estar informados sobre o tema e, por fim, os projetos de pesquisa não dependem só de aprovação dos comitês de ética, mas também de prévia autorização e permanente fiscalização de órgãos públicos.

O caminho para chegar a essa conclusão fez os ministros tecerem ponderações sobre em que momento começa e deve ser protegida a vida e o que é a dignidade humana em análise de “regras escritas” (constituição de 1988, leis e tratados internacionais sobre bioética e dignidade humana). Assim, os ministros em diversas vezes promovem o mesmo movimento que vimos com os outros ministros de afirmação da autonomia do direito em relação aos demais campos, pois rejeitaram a possibilidade das interferências religiosas, sociais ou morais, quando da análise da constitucionalidade da lei de Biossegurança, tendo em vista que a lei vale pela lei e não pelo que ela representa à sociedade que rege. Isso também nos chama a atenção por contrariar as premissas do “Supremo”, verificadas acima quando tratamos da abertura procedimental, de compreensão da constituição como cultura (HÄBERLE, 2005). Esse movimento é evidente quanto ao ministro Joaquim Barbosa, quando falou em seu pronunciamento que:

Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX).

Assim, os caminhos adotados nos votos dos ministros demonstram o mesmo comportamento que registramos quando do exame da primeira sessão, qual seja, o de aplicação da lei pela lei, de forma a nos fazer refletir onde está todo o movimento da instituição que registramos no primeiro capítulo.

2.7 TERCEIRA SESSÃO: OS EMBATES SOBRE AS EXTENSÕES DOS VOTOS

Pelo delongar das horas, a segunda sessão foi encerrada. No dia seguinte, o Plenário novamente se reuniu para terminar o julgamento da ADI de n. 3.510. Em verdade, a decisão ainda não estava tomada, mas isso ainda não estava claro, pois não se sabia a extensão de cada voto, pois eram diversas⁸⁶. Essa expressão significa que os votos dos ministros podem ser no mesmo sentido, mas possuem questões peculiares distintas. Por exemplo, o ministro Menezes Direito e a ministra

⁸⁶ Quando falamos em “diferentes extensões” falamos de uma nomenclatura nativa do “Supremo”.

Cármem Lúcia decidiram pela parcial inconstitucionalidade da lei de Biossegurança, mas quando analisamos os votos deles vemos a decisão não é a mesma, podem ter pontos em comum, mas existem “extensões” distintas. Ademais, o posicionamento de qualquer ministro ainda poderia ser alterado. A sessão foi aberta pelo ministro Presidente, Gilmar Mendes, e em seguida a palavra foi passada para o ministro Cezar Peluso, que demonstrou outras questões importantes para nosso estudo ao dizer:

A população interpreta-me mal, pois não votei pela improcedência por não considerar a suposta vida do feto, mas porque existem instrumentos na lei de controle por meio de conselhos que definiram os parâmetros, bem como a descrição de crime para quem ultrapassar esses limites.

Destacamos que na sessão anterior, o ministro proferiu voto no sentido da parcial inconstitucionalidade da lei, e por vezes em sua sustentação afirmou que sua decisão estava adstrita ao texto da constituição. Entretanto, apesar de assim expressar, durante essa sessão expôs a sua preocupação com os reflexos sociais de sua decisão.

No seguir dos tramites da sessão, votou o ministro Celso de Mello, que foi enfático em destacar que o Brasil é um Estado Laico, de modo que não está submisso as regras morais defendidas por qualquer religião:

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Mas como poderia se afastar o Estado da religião quando seus súditos possuem arraigado seguimento religioso, ou quando consideramos que a própria constituição é permeada de valores que são retirados da comunidade que se submete a determinado regime constitucional? De toda forma, o ministro, com base nessa explanação inicial de laicismo, decidiu pela constitucionalidade da lei de Biossegurança, tendo em vista que compreendeu que se deve proteger a vida humana de forma digna, sendo que o embrião não seria nem mesmo um ser humano em potencial, já que nunca será implantado em um útero.

Em seguida, em meio a debates com o ministro Celso de Mello, o ministro Marco Aurélio proferiu voto que definiu a constitucionalidade da lei de Biossegurança, ao somar o sexto voto neste sentido. O caminho tomado pelo ministro para alcançar essa decisão decorreu de uma análise da evolução histórica sobre em que momento começaria a vida, com ponderações desde a Bíblia até decisões recentes de Supremas Cortes, além da referência a legislação de diversos países, todavia, para tanto, posiciona-se pela aplicação da lei pela lei:

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante.

Percebemos pelas palavras do ministro que ele acredita poder afastar quaisquer elementos que não estejam contidos na constituição. Em outras palavras, a decisão teria sido tomada apenas com elementos passíveis de aplicação com suporte exclusivamente jurídico, o que faz a existência da audiência pública e da participação popular ser inútil, já que toda a compreensão da questão pode se restringir ao texto da lei.

Enfim, o ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto, e o fez ao final das explanações, como de costume, já que estava na Presidência do Tribunal. A decisão do ministro foi pela improcedência da ação sob a condição da interpretação conforme à constituição, de modo que, “a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Cômite (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao ministério da Saúde”.

Em verdade, não há muito a comentar sobre o voto do ministro Gilmar Mendes, pois reproduz o mesmo movimento dos outros ministros, só que com seus devidos enfoques. Um desses destaques é que o caminho que o ministro adota para chegar a essa decisão percorre uma análise mais profunda das legislações exteriores, apresentando requisitos legais não encontrados na lei brasileira como o princípio da responsabilidade (proibição de proteção deficiente). Mas de todo modo,

o voto do ministro Presidente procura evitar enfrentar a questão de qual momento se inicia a vida, assim como o ministro-relator:

Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever.

Logo, o ministro repete o mesmo movimento que registramos no voto dos outros ministros de aplicação da “lei pela lei”, no sentido de negar a influência dos demais campos no direito. Mas o que ainda precisamos desenvolver concretamente desse mapeamento dos votos dos ministros é a discussão que ocorreu entre os ministros sobre qual seria a decisão do colegiado. O ministro Celso de Mello suscitou a questão de que a decisão seria de total improcedência da ação, por maioria de 6 votos. Entretanto, o ministro Cezar Peluso não aceitava tal decisão e olhava atento para vários ministros sugerindo que a decisão ainda poderia ser alterada. Para o ministro Cezar Peluso, se toda lei fosse suficiente o Tribunal (o “Supremo”) não existiria, e insistia na necessidade dos votos que indicavam uma interpretação conforme à constituição (o que a técnica do “Supremo” coloca como parcial inconstitucionalidade) tivessem um caráter vinculativo, pois a correta aplicação da lei de Biossegurança dependia das considerações tecidas nesses votos, e quando desse momento discutia com o ministro Carlos Ayres Britto:

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Folgo muito em ouvir, e sempre o faço com grande prazer e aprendo sempre, o que disse o Ministro Celso de Mello, porque Sua Excelência me deu, agora, um fundamento mais imediato para sustentar minha posição, que é apenas a de de + clarar [a representação gráfica condiz às expressões do ministro], isto é, deixar claro. Por quê? Porque, se há um sistema óbvio, o que custa ao Tribunal tornar claro que o sistema existe? E por que torná-lo claro? Porque há, teoricamente, possibilidade de revogação das resoluções em pontos que atinjam a necessidade da existência desse órgão central.

O Sr. Ministro Carlos Britto - Para nós, a lei é suficiente.

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Excelência, se a lei fosse suficiente, não existiria tribunal!

Porém o que rebatia o ministro Carlos Ayres Britto e Celso de Mello é que como se tratava de uma decisão de total improcedência não se estaria a declarar nada, mas sim julgariam improcedente a ação. Nesse seguimento, o ministro Cezar Peluso insistiu, indicando a necessidade dos demais votos para uma correta interpretação, pois receava que não ficasse clara a necessidade de existirem

unidades de monitoramento do uso das células-tronco embrionárias. Por outro lado, o ministro Celso de Mello insistia que isso não depende de declaração já que existia essa exigência na lei e estava sendo regulamentado por outros meios. Mas em certo momento do embate, o ministro Cezar Peluso esclareceu ao menos em parte os seus receios:

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Excelência, estamos discutindo palavras, diante de uma realidade que exige clareza, sobretudo.

O Sr. Ministro Celso De Mello - Mas há tanta clareza, parece-me que não há déficit de clareza, não há déficit de regulamentação, ao contrário, e de qualquer maneira, uma regulação normativa, advinda do Congresso Nacional, será importante e esse é um dado concreto. Mas o fato é que, efetuado o julgamento, seis votos julgam pura e simplesmente improcedente a ação direta e nada mais propõem. É isso que se aguarda que o eminente Presidente proclame.

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Sim. Excelência, que mal há em deixá-lo claro?

O Sr. Ministro Celso De Mello - Isso decorre do exame dos votos. Seis votos nada dizem sobre isso.

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Excelência, ontem eu declarei várias coisas, os jornais publicaram outras, hoje. Ontem deixei claras várias coisas.

Ou seja, o temor do ministro era que a decisão fosse mal interpretada e que não se criassem o Comitê Central de Ética para controle do uso dessas células-tronco embrionárias destinadas à pesquisa. Os embates só resolveram-se quando o ministro Gilmar Mendes deixou evidente que as intenções do ministro Cezar Peluso era que a necessidade de existência desse Comitê fosse elemento central da decisão. De todo modo, o ministro Cezar Peluso perdeu o embate, pois nenhum dos ministros mudou o voto, e a decisão ficou pela total improcedência da ação, sem aditivos de interpretação conforme, apesar de ficarem registrados os apelos do ministro de observância dos demais votos. Isso demonstra que, mesmo que os ministros levem votos escritos, mantenham um constante debate com o gabinete sobre a questão, não estão fechados ao debate entre os ministros, de tal forma que a decisão é considerada como alterável até o último momento. Enfim, a terceira sessão foi encerrada com certo entendimento dos ministros de que a decisão era pela total improcedência da ADI de n. 3.510, mas que ao mesmo tempo as considerações dos votos vencidos precisavam ser apreciadas.

Mas, novamente, nessa terceira sessão terminamos a análise dos votos dos ministros sem notar elementos que fizessem a ligação das fundamentações dos votos com toda a dinâmica de funcionamento do Tribunal que verificamos na

primeira parte do estudo. Assim, a proposta agora é colocarmo-nos à reflexão dessa diferenciação entre o momento da decisão e da fundamentação.

3 A DISTÂNCIA ENTRE O MOMENTO DA DECISÃO E DA JUSTIFICAÇÃO

No desenrolar desse capítulo, trataremos de uma questão relevante: a distância que existe entre os motivos reais da decisão e os fundamentos expostos nos votos. A todo o momento, o exame dos votos da ADI de n. 3.510 nos demonstra uma distância entre o momento da decisão e o da justificação. Nosso ponto de reflexão agora é compreender o porquê dessa impressão. Durante a primeira parte desse trabalho, verificamos o funcionamento do “Supremo” e como diversos eventos podem influenciar no curso de um processo dentro do Tribunal e que a decisão ADI de n. 3.510 seria uma decisão do “Supremo”, considerando as interações entre atores internos e externos. Mas quando vamos aos votos dos ministros, toda a “dança” do ministro com seus assessores, as visitas, os advogados e a hierarquia de estamentos desaparecem, pois os votos se atêm a caminhos estritos à análise do texto da lei.

O julgamento da ADI de n. 3.510 foi compreendido motivado de forma vaga, pois os ministros tentavam justificar suas escolhas dogmaticamente na lei, desconsiderando os demais campos que entrelaçam a questão como a política⁸⁷. Quando os ministros se colocam em uma posição de afirmar que não cabe naquele

⁸⁷ Para Foucault (2000) a concepção de “poder” jurídica era errônea. Isto, pois o pensamento jurídico induz ao entendimento de que poder é repressão, ao passo que poder seria fonte de produção da realidade, discurso, saber, e verdade. Ocorre que a concepção do direito de poder utiliza uma tradição de modelo formal, o que é insuficiente para compreensão do poder, já que as relações de poder estão em constante movimentação. Por isso, ao se afastar da concepção jurídica de poder para propor que o poder é algo que pertença a uma classe, com indicaram os marxistas (poder atrelado à classe dominante), mas como algo que surge das relações de enfrentamento perpétuo. Assim, as relações de poder obedecem a uma dinâmica dentro de uma rede que permeia toda a sociedade, de modo a integrar as diferentes formas de relações de poder que são interdependentes. Nessa perspectiva, poder decorre sempre de uma relação de forças, ou seja, a idéia pressuposta é que sempre haverá certas pessoas, as quais exercem poder sobre outras, o que gera um conjunto de ações que induzem a outras ações continuamente.

Sobre o enlace da política e direito, já dizia Kelsen (2003. p. 251) que: “*Não se vê, ou não se quer ver, que ele [poder] tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição não menos que no outro ramo do executivo, a administração. Se enxergarmos ‘o político’ na resolução de conflitos de interesse, na ‘decisão’ – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva*”.

momento fazer reflexões sobre em que momento começa a vida estão expressando uma vontade de autonomia do campo jurídico em relação aos demais campos e assim assumem um caminho de estranhamento⁸⁸ para sistemática e explicitamente⁸⁹ se descontaminar de tudo o que o envolve, do próprio mundo social que se está inserido. Em outras palavras, a reflexão dessas questões incorre em uma perspectiva de negar a relatividade da autonomia do campo jurídico⁹⁰, mais especificamente por infringir a concepção de segurança jurídica, um dos pilares da concepção clássica de direito⁹¹. Nesse sentido, os votos dos ministros recaem em um processo de afastamento dos elementos morais e valorativos que envolvem o entendimento do momento do surgimento da vida humana, em nome da equidade da lei, neste caso na própria constituição que por si já emanaria a força descrita por Hesse (1991), em um movimento de aplicação, como diria Bourdieu (2000), da “lei pela lei”.

Por outro lado, quando enfrentam a questão, como foi o caso do ministro Menezes Direito, o fazem com uma retórica própria do campo, de afirmar perante os demais que, apesar de suas condições pessoais, ele iria enfrentar a questão. Essa retórica também é percebida com outros ministros, como a ministra Cármen Lúcia, ao dizer que entendia ser melhor entregar o embrião à pesquisa do que deixá-lo virar “lixo genético”. Veja, toda palavra possui seu impacto, a sustentação não é só para os ministros que compõem a mesa, até porque é preciso afirmar o seu estamento dentro da hierarquia própria dos ministros, mas também se faz a sustentação para toda sociedade. O que se detém nessa sustentação oral é o poder simbólico, o jogo pela articulação das palavras que mantém o domínio do direito. Essa necessidade de afirmação da autonomia traduz-se em um movimento das relações de força em busca do poder simbólico e da competência jurídica, os quais não se definem simplesmente por interesses éticos ou econômicos, mas pelas relações do campo, pela manutenção do poder simbólico e do domínio da situação pelos possuidores da competência jurídica (tanto em relação as pessoas que não

⁸⁸ Sobre a palavra estranhamento é utilizada por Ricoeur (1977), entretanto, nos serve bem para expressar a idéia de Bourdieu (2000).

⁸⁹ Quando me refiro a estranhamento “sistemática e explicitamente” me refiro à Teoria Pura de Hans Kelsen (1988), especificamente ao plano normativo por esse autor desenvolvido.

⁹⁰ Mais adiante abordaremos com mais enfoque as questões propostas por Bourdieu (2000). Por hora, basta a compreensão de que para Bourdieu (2000) o campo jurídico afirma sua autonomia por meio de detenção de capital simbólico, o que se promove de várias formas, como a linguagem, as competências, etc.

⁹¹ Sobre a segurança jurídica leia-se Kelsen (1998).

conseguem acessar o campo jurídico como em relação aos demais atores inseridos no campo que buscam alcançar tal competência) (BOURDIEU, 2000). Afinal, precisamos considerar que os ministros não estão simplesmente inseridos na hierarquia de estamentos do “Supremo”, além de serem meio de representação similares aos totens descritos por Lévi-Strauss (1986), eles estão inseridos em uma hierarquia de estamentos entre eles determinada por prestígio, antiguidade e conhecimento. Portanto, eles procuram deter capital simbólico capaz de afirmar sua posição, o que podemos verificar no uso da retórica, a afirmação de conhecimento sobre várias legislações e teorias.

Assim, o processo de tomada de decisão do “Supremo” que verificamos na casuística da ADI de n. 3.510 nega sua contaminação pelo mundo que lhe envolve em seus fatores econômicos, sociais e políticos, em âmbito interno e externo quando afirma a possibilidade de aplicação da lei pura e simples ao caso. Esse processo de estranhamento do direito aos demais campos do saber pode ser entendida como uma característica da tradição jurídica brasileira, tal como percebeu Abreu (2008)⁹² ao tratar da interação entre *Tradição, direito e política*. Para Abreu (2008) a prática dos “operadores do direito” é de negar o momento da interpretação como criativo (o intérprete cria o direito ao compreendê-lo de certo modo), e faz isso ao justificar a validade das discussões jurídicas na história, de tal forma que o direito seria obra de si mesmo:

A narrativa dos manuais representa, portanto, um ato de vontade coletiva: apagar das categorias do direito o ato criativo dos homens; afirmar que o direito é o resultado de si mesmo. Neste sentido, a relação entre ontologia como essência e história como desvelar é, no mínimo, curiosa: se a essência é, por definição, imutável e eterna, então não há razão para recorrer à história. Estamos, pois, diante de uma outra necessidade: não basta afirmar a impotência do homem em inventar as categorias que regem o seu mundo, é preciso também afirmar o compromisso com uma tradição colocada à distância, num período com ares de mito. Na narrativa dos manuais, tudo se passa como se pertencer à tradição ocidental fosse, para o direito brasileiro, uma dívida cuja contrapartida é, justamente, a invocação constante da sua autoridade, como se deixar de mencioná-la, significasse, nalguma medida, esquecê-la.

⁹² Abreu (2008) em sua análise da tradição jurídica brasileira, examina o diálogo entre o direito e a política, fazendo interessantes ponderações quanto a decisões nos tribunais brasileiros assim como ocorre na ADI n. 3.510. O direito e a política, a seu ver, possuem laços estreitos, e que, principalmente, em uma tradição brasileira, o direito não pode ser entendido sem política, pois estão em um mesmo sistema. Nesse sentido, que o sistema jurídico brasileiro, não obstante o constante diálogo entre a política e o direito, nega, com base no positivismo jurídico, o diálogo do direito com os demais campos (político, econômico, social, etc.), tal como verificamos na análise do processo de tomada de decisão da ADI de n. 3.510 no “Supremo”.

Desse modo, tal como os “operadores do direito” brasileiros, os ministros operam uma ruptura do direito com aspectos centrais para este que não poderia se restringir a formalismos, pois isso não é suficiente para dar conta do poder simbólico, dos valores sociais, etc. que permeiam o campo. Assim, segundo Abreu (2008), o movimento da tradição jurídica brasileira é de negativa do diálogo do direito com os demais campos. Percebemos que essa ruptura é também operada pelos ministros no julgamento desta ADI, entretanto, tal como Abreu (2008) trata dos “operadores do direito”, essa contaminação é inevitável, essa parcialidade no momento da decisão, de definição do interesse preponderante e dos fatores que pressionam a conformação do entendimento a ser adotado, tanto existe e é incontornável que exercemos um diálogo, a todo tempo, com a realidade que nos rodeia. No caso deste estudo, nos foi possível perceber indicações da existência desse diálogo quando verificamos o funcionamento da Corte, onde percebemos uma estrutura de estamentos arraigadamente complexa, além de vários tramites que influenciam no curso do processo no Tribunal.

Porém, há uma questão em específico quando tratamos desse estranhamento no “Supremo”. Essa ruptura presente no momento em que os contextos do meio que formularam os fundamentos jurídicos desaparecem da decisão contradiz a dinâmica a que o Tribunal se presta de abertura procedimental para participação popular e de fazer a constituição ser um elemento cultural da sociedade brasileira. Essa proposta fora reiterada por diversas vezes durante a audiência pública e votação da ADI em estudo. Como vimos, essas concepções abarcam uma visão de constituição como cultura (HÄBERLE, 2005), e de que a vontade da constituição deve ser obedecida (HESSE, 1991), mas como fazer tal aplicação se essa vontade constitucional não é independente dos valores sociais que estão expressos no texto constitucional? Afinal, até que ponto uma dessas figuras públicas, destinadas a tomar uma decisão, podem veementemente afirmar que sua decisão se pauta em um interesse escolhido estritamente na letra da lei? Acontece que a lei em si não existe, ela passa a existir quando interpretadas por nós por meio da linguagem, impregnada dos fatores sociais do campo. O posicionamento dos ministros, ao contrário, tende a uma visão positivista, onde a lei é criadora do direito e não o intérprete da lei, que permeia o campo jurídico. Além disso, a contradição reside na incongruência dessa justificação com todo o movimento de funcionamento

da Instituição; afinal, como afirmar uma decisão puramente pautada na lei quando a própria estrutura de funcionamento do “Supremo” é permeada de conflitos, de hierarquias estamentais, de relações movidas por busca de prestígios medidas por afetividade e capacidades para exercer atribuições? Vimos que os ministros negam, em seus votos, as implicações sociais e as pressões exercidas por seguimentos religiosos e pela comunidade científica sobre a decisão, e admitem menos ainda nesses votos todo o processo de funcionamento da Corte. Assim, o que temos é que restam perdidos, em decorrência dessa negação do diálogo, os diversos fatores que abordamos no primeiro capítulo, que determinaram em alguma medida o resultado do voto, todavia, não aparecem de modo que o momento da decisão fica apartado do momento da justificação.

Outra ponderação relevante recai sobre a desconsideração da condição de sujeito de historicidade do intérprete. Essa questão surgiu quando do exame do voto do ministro Eros Grau ao afirmar, com base em Gadamer (1993), que se afastaria de suas pré-compreensões para julgar a ADI. Entretanto, a interpretação do ministro é um tanto própria ao se considerar que Gadamer (1993. p. 371) defende justamente o oposto:

No se exige, por lo tanto, un desarrollo de la historia efectual como nueva disciplina auxiliar de las ciencias del espíritu, sino que éstas aprendan a comprenderse mejor a sí mismas y reconozcan que los efectos de la historia efectual operan en toda comprensión, sea o no consciente de ello. Cuando se niega la historia efectual en la fe metodológica, la consecuencia puede ser incluso una auténtica deformación del conocimiento. Esto nos es conocido a través de la historia de las ciencias, en la que aparecen demostraciones irrefutables de cosas evidentemente falsas. Pero en su conjunto el poder e la historia efectual no depende de su reconocimiento. Tal es precisamente el poder de la historia sobre la conciencia humana limitada: que se impone incluso allí donde la fe en el método quiere negar la propia historicidad.

Assim, Gadamer (1993) coloca o intérprete como um sujeito de historicidade, possuidor de pré-compreensões que são inevitáveis quer se reconheça ou não a sua existência. A interpretação, destarte, acontece no encontro de horizontes que consistem em pontos de vista sobre determinado objeto, o que abarca as pré-compreensões desse sujeito de historicidade. Nessa perspectiva que os horizontes não são cerrados, pois constituem um caminho entre o seu ponto de vista e o do outro, ou seja, entre as suas pré-compreensões e as da outro. E nesse encontro percebe-se o outro a partir de suas pré-concepções. Nesse sentido, o conhecer o

outro pressupõe manter suas pré-compreensões, e não afastá-las como propôs o ministro Eros Grau, tendo em vista que é com base nessa consciência histórica que se compreende o outro. Logo, esse engano do ministro Eros Grau parece decorrer dessa necessidade que registramos de negação e estranhamento do diálogo do direito com os demais campos (ABREU, 2008).

E, ao retornamos ao movimento dos ministros de negação do diálogo do campo jurídico com os demais campos, percebemos que o argumento de “vontade do legislador” ou “vontade do poder constituinte” implica justamente na desconsideração de que a interpretação exige um olhar a partir de sua visão de mundo e não da visão do legislador, pois o momento histórico é distinto, há um lapso temporal inevitável. Sobre esse ponto, Gadamer (1993) também nos traz um reflexão interessante, pois a seu ver a tarefa hermenêutica do juiz não é de adequação de uma relação entre o passado e o presente, mas de procurar resolver uma tarefa prática. E isso não é arbitrariedade, mas fazer uma mediação da idéia jurídica da lei com o presente, tendo como base sua própria história e presente. A tarefa do juiz é de interpretação e esta é a concretização da lei em cada caso concreto, mas isso não exige somente o conhecimento de artigos da lei, pois nenhuma sentença surge da mera subsunção:

Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción (GADAMER, 1993. p. 402).

Dessa perspectiva, a tarefa dos ministros não pode ser de mera aplicação da lei pela lei, pois a subsunção à lei puramente não seria suficiente para solucionar a questão. Quando recordamos as diversas questões que influenciam no processo de tomada de decisão, verificamos que a interpretação é feita por meio da linguagem do campo, pois esta determina o que vemos (o texto da lei), desse modo o direito não pode ser tido como estranho ao meio social, mas, ao menos de um padrão de objetivismo que se determina pelos parâmetros sociais (FOUREZ, 1995). Ou seja, o juiz precisa considerar o contexto social em que o direito se insere naquele momento da aplicação ao caso concreto, mesmo porque os recursos para interpretá-lo encontram-se mergulhados no meio social, tal como Gadamer (1993) propôs.

Por conseguinte, com base na breve análise que fizemos dos votos proferidos na ADI de n. 3.510, podemos concluir que em verdade resta perdido uma parte do caminho da decisão tomada pelo “Supremo”, já que o que temos exposto nos votos são fundamentações baseadas dogmaticamente na lei, de forma a criar um espaço entre o momento da decisão e da justificação. A distância existe a partir do momento que a decisão é tomada em uma confluência de uma gama de fatores internos e externos ao campo, mas nos votos só são expostos fundamentos jurídicos, dogmáticos, de aplicação da lei pela lei. Isso ocorreu, pois, tal como registramos durante a análise dos votos, fez-se constante a presença da necessidade de estranhamento do campo jurídico diante dos demais campos, o que se traduz, justamente, no imperativo de afirmar a autonomia do direito frente as demais formas de conhecimento, de tal modo que, pudesse controlar tudo que o rodeia. Ademais, registramos um processo interpretativo que desconsidera o juiz como um mediador entre a lei e o presente, tendo como base sua própria história e presente, em outras palavras, desconsidera o juiz como sujeito de historicidade.

CONCLUSÃO

Esse estudo abordou duas questões em torno do processo de tomada de decisão no âmbito do “Supremo”: o funcionamento da Corte e o julgamento da ADI de n. 3.510. O confronto dos dados colhidos nesses pontos revelou-nos a conclusão abordada no terceiro capítulo dessa etnografia: existência de um espaço entre a decisão e a justificação. De certo modo, a conclusão do trabalho já está tratada no capítulo três, mas nos é interessante ressaltar alguns pontos antes de finalizar esse texto.

No começo desse trabalho, colocamos que toda pesquisa iniciou-se por um debate em no âmbito de um grupo de pesquisa da Universidade. Esse debate girava em torno de como ocorreria o processo de tomada de decisão no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Mas no decorrer da pesquisa, surgiram vários elementos que acompanharam o estudo desse processo, justamente por termos entendido que em alguma medida eles influenciam no caminho da decisão. Por exemplo, o objetivo desse trabalho não era investigar se o “Supremo” seria ou não uma Corte Política, mas essa questão veio a nós quando vimos que o Tribunal se propõe a ser uma Corte Política, cuja missão e visão institucional direcionam-se por parâmetros de abertura da Corte para participação popular do processo de tomada de decisão.

Todas as questões abordadas paralelamente são relevantes para o processo de tomada de decisão no âmbito do “Supremo”, pois tal como verificamos existe uma gama de fatores que influenciam no caminho da decisão. Primeiramente, notamos que a visão do Tribunal de Corte Política determina, em certa medida, os tramites de um processo dentro do “Supremo”, e que apesar da missão institucional estar direcionada à abertura da Corte, essa se vale de vários meios de barrar a subida de recursos, seja por análises detalhadas dos processamentos iniciais, seja por aplicação de súmulas que constituem uma jurisprudência defensiva. Em seguida, vimos que o “Supremo” possui um complexo sistema de hierarquia estamental, que está em constante instabilidade. Como vimos, os estamentos buscam prestígio frente aos demais atores do campo, o que importa em assumir atribuições, pois a simples competência determinada pela “regra escrita” não é

capaz de determinar isso. Acontece dessa forma, pois, tal como vimos no primeiro capítulo, a racionalidade do “Supremo” é a de uma “sociedade de corte”, onde os ministros concedem esse prestígio de acordo com as capacidades e afetividade de cada funcionário (ELIAS, 1995).

Ademais, a relação dos ministros com seus funcionários não é simples, ela é sempre conflituosa e é comparável a uma “dança a dois”, onde o ministro dita o ritmo e os passos a serem seguidos, mas não consegue dançar sozinho, há sempre uma interdependência. E todos esses conflitos influenciam na decisão dos processos, no convencimento do momento oportuno para levar determinado processo a julgamento. Quanto a essa relação dos ministros e os seus funcionários ainda temos outro fator que determina o processo de tomada de decisão, assim como abordado no estudo do funcionamento do Tribunal, pois os diversos funcionários do “Supremo” identificam-se com “os seus ministros”, em uma categoria de representatividade semelhante a dos totens (LÉVI-STRAUSS, 1986). Assim, eles movimentam o Tribunal sempre como se representassem algum deles, nenhum funcionário requer algo a uma seção porque é de sua vontade, mas porque “o seu ministro” quer. Essa representação dos ministros gera conflitos dentro da Corte, o que diretamente influi no correr dos processos dentro do Tribunal. Outro ponto é o sistema estamental que existe entre os ministros, a retórica de suas sustentações, a articulação do jogo de demonstração de conhecimento e de detenção de capital simbólico, capaz de destacá-los não só dos demais funcionários da Corte, mas dos outros ministros também. Assim, temos que o funcionamento do “Supremo” não é feito tão-somente com base em “regras escritas” como o planejamento estratégico, o RISTF ou a constituição de 1988, pois existe uma série de *habitus*, regras “não escritas” e conflitos no meio que compõem esse funcionamento e influem no caminho dos processos pela Corte.

Todas essas percepções colidiram com a análise dos votos da ADI de n. 3.510, já que percebemos que os ministros se limitam a expor os fundamentos jurídicos sem os seus contextos sociais. Em outras palavras foram fundamentados em uma dogmática da lei, desconsiderando os fatores circundantes, as relações conflitantes em busca de prestígio dentro das hierarquias de estamentos que registramos no estudo do funcionamento do Tribunal. Nesse momento, registramos que de fato, tal como colocamos como hipótese de estudo, ocorreu uma ruptura

entre o momento da decisão e da justificção, entretanto, por motivos diversos. Ocorre que, a idia inicial era que esse espao existia tendo por base a impresso de que no momento do julgamento a deciso ja havia sido tomada, justamente pelos ministros levarem o voto escrito. Outrora, o estudo do funcionamento do Tribunal e de todas as questoes que abarcamos nesse trabalho mostram que o espao existe, todavia em virtude dos votos negarem os contextos em que foram utilizados, em uma aplicao dogmatica da lei. Como verificamos no caminhar da anlise, a aplicao da lei pela lei decorre de um movimento do campo juridico de afirmao da autonomia da direito em relao às demais formas de saber, em busca de competncia juridica e capital simbólico (BOURDIEU, 2000).

Ademais, percebemos que há uma desconsiderao do sujeito de historicidade que o magistrado enquanto intérprete constitui. Ou seja, verificamos que a tarefa do juiz não é vista pelos ministros como a de mediador entre a idia juridica de determinada lei e o presente, pois a todo o momento afirmam uma autonomia do campo juridico e perfazem um estranhamento do direito a tudo que lhe circunda (GADAMER, 1993).

Por conseguinte, o debate que se promovia do grupo de pesquisa em alguma medida se guiava em um sentido correto, pois de fato, a tomada de deciso do “Supremo” constitui um processo. Durante a anlise, concluimos que não se pode considerar somente as justificativas apresentadas nos votos, ja que existe todo um processo desencadeado para alcançar um texto escrito para determinada ao ou recurso, o que envolvem conflitos de estamentos, em busca de prestígio frente aos ministros. Na prática, notamos que não se trata da aplicao de um amontoado de regras “escritas”, há uma série de regras “não escritas”, de *habitus*, de conflitos que determinam a deciso. Mesmo porque, esse processo não é feito somente a partir de fatores internos, pois existem também os fatores externos, que também compõem o caminho da deciso. Logo, o que denotamos do julgamento da ADI de n. 3.510 é que restou perdido nesse processo uma parte da motivao dos votos, em virtude desses outros fatores estranhos ao direito não terem sido explicitados pelos ministros.

REFERÊNCIAS

ABREU, E. de L. . **A troca das palavras e a troca das coisas. Política e linguagem no Congresso Nacional.** Mana (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 329-356, 2005.

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. **Tradição, Direito e Política.** Mimio. Brasília, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi.** Teresina, a. 9, n. 851, 01.11.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15.12.2007.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, *in* RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BERNADES BALLESTEROS, Enrique. El Control Constitucional en el Perú. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional.** V. 5. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociologia del campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho.** Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandesm, Instituto Pensar, 2000. p. 153-220.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O STF e a Interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois de promulgada. IN: VIEIRA, José Ribas (org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988. Efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: 2008.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis F. Primer Código Procesal Constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la ley 28237. **Cuestiones constitucionales**, n. 14, enero-junio 2006, p. 297-311. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst14/CUC1413.pdf>>. Acesso em: 17.01.2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**. Ano III – nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

COUTO, Cláudio Gonçalves. **A Longa Constituinte: Reforma do Estado e Fluidez Institucional no Brasil**. Dados [online]. 1998, vol.41, n.1 ISSN 0011-5258. doi: 10.1590/S0011-52581998000100002.

DIMOULIS, Dimitri. Pressupostos, características e tendências do controle de constitucionalidade. In: FACHIN, ZULMAR (coord). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo e Rio de Janeiro: Editoras Método e Forense, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1977.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Nobert. **A sociedade de corte**. 2. ed. coleção Nova História. Lisboa, Portugal: Editorial Estampa, 1995.

EMERSON, Robert M.; FRETZ, Rachel L.; SHAW, Linda L. **Writing Ethnographic fieldnotes**. Chicago: Chicago Guildes, 2007.

FARIAS, Christiano Chaves de. **Direito Civil. Teoria Geral**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 01, n. 02, p. 55-82, out./dez. 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho em tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor. **Función del Poder Judicial em los sistemas constitucionales latinoamericanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1977.

Foucault, Michel. **Microfísica do poder**. 15 ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2000.

FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências. Introdução à filosofia e a ética das ciências**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: UNESP, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Trad. Marco Antônio Casanova. Vol. 1 e 2. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Vol. 1: Fundamentos de una hermenéutica filosófica. 5 ed. Salamanca: Ediciones Sígueme: 1993.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. Consideraciones sobre constitución y cultura. In BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, 2004.

HÄBERLE, Peter. (a) **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. (b) La constitución como cultura. Trad. Francisco Fernández Segado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 06, p. 177-198. Madrid: 2002.

HÄBERLE, Peter. (c) **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta.** Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. Trad. Francisco Balaguer Callejón. **Cuestiones Constitucionales**, n.02, enero-junio, p. 87-104. México: 2000. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art4.htm>>. Acesso em: 07.07.2005.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 09, p. 113-139. Madrid: 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federativa da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Trad. Jean François Cleaver. **Direito Público**, ano 1, n. 1, julho/setembro, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Totemismo Hoje**. Trad. José Antônio Braga Fernandes Dias. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1986.
- MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**. Trad. e Rev. Ruy Oliveira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70: 1969. p. 75.
- POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações: O Desenvolvimento do Conhecimento Científico**. Coimbra: Almedina, 2003.
- PRZEWORSKI, Adam. Marxismo e escolha racional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 6, v. 3, p. 5-25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, tomo I, 2006.
- RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La constitución como objeto y como límite de la cultura. In BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, 2004.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: An Introduction. **Law and Society Review**, Vol. 38, pp. 389-406, 2004. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=upenn/wps>. Acesso em: 23.08.2008.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. **Revista de Direito Público**. Brasília, a. 5, n. 17, jul./set. 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter. A pesquisa científica na graduação em Direito. **Universitas/ Jus**: Brasília, n. 11, p. 25-43, dez 2004.

SILVA, José Afonso da. **El proceso constitucional**. In: BAZÁN, Víctor (org.). **Defensa de la constitución: garantismo y controles**. Buenos Aires: Ediar, 2003,

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (a) Ministro Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras, Brasília, **Notícias STF**, 20 de Abril de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.04.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (a) Supremo discute irreduzibilidade de vencimentos e direito adquirido. Brasília, **Notícias STF**, 08 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61030&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.04.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (b) STF com nova composição começa a rever alguns entendimentos (atualizada), Brasília, **Notícias STF**, 15 de Agosto de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61084&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.04.2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ANEXO I

Tabela de atores que participaram do processo de tomada de decisão da ADI de n.
3.510.

ATORES DA ADI Nº 3510 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A LEI DE BIOSSEGURANÇA

Participantes	atores privados	atores acadêmicos	atores científicos	atores políticos	argumento	data da atuação
Alice Teixeira Ferreira		X	X		constitucionalidade	20/04/2007
Antonio Carlos Campos de Carvalho		X	X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Antonio José Eça	X		X		constitucionalidade	20/04/2007
Carlos Alberto Menezes de Direito				X	parcialmente constitucional	05/03/2008; 28/05/2008
Carlos Ayres Britto				X	constitucionalidade	27/04/2007; 05/03/2008; 21/05/2008
Carmen Lúcia				X	constitucionalidade	28/05/2008
Celso de Mello				X	constitucionalidade	29/05/2008
Cesar Peluso				X	parcialmente	28/05/2008

ATORES DA ADI Nº 3510 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A LEI DE BIOSSEGURANÇA

					constitucional	
Cláudia Batista		X			inconstitucionalidade	20/04/2007
Cláudio Fonteles				X	inconstitucionalidade	20/04/2007; 05/03/2008
Dalton Luiz de Paula Ramos			X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Débora Diniz	X	X			constitucionalidade	20/04/2007
Dernival da Silva Brandão					não compareceu	20/04/2007
Donne Pisco					não compareceu	_____
Drauzio Varella					não compareceu	20/04/2007
Dulce Xavier	X				constitucionalidade	18/04/2008; 22/04/2008
Elizabeth Kipman Cerqueira	X		X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Ellen Gracie				X	constitucionalidade	05/03/2008

ATORES DA ADI Nº 3510 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A LEI DE BIOSSEGURANÇA

Eloisa Machado de Almeida					não compareceu	_____
Eros Grau				X	parcialmente constitucional	28/05/2008
Esper Abrão Cavalheiro					não compareceu	20/04/2007
Gabriela Rollemberg	X				constitucionalidade	26/05/2008
Gilmar Mendes				X	parcialmente constitucional	29/05/2008
Hebert Viana	X				constitucionalidade	20/04/2007
Helena Bonciane Nader	X				constitucionalidade	13/12/2007
Herbert Praxedes		X			inconstitucionalidade	20/04/2007
Hermes Rodrigues Nery	X				inconstitucionalidade	27/05/2008
Ives Granda da Silva Martins	X				inconstitucionalidade	05/03/2008
Jaime Ferreira Lopes	X				inconstitucionalidade	27/05/2008

ATORES DA ADI Nº 3510 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A LEI DE BIOSSEGURANÇA						
Joaquim Barbosa				X	constitucionalidade	28/05/2008
Joelson Dias					não compareceu	_____
José Antônio Toffoli				X	constitucionalidade	05/03/2008
Júlio César Voltarelli	X	X	X		constitucionalidade	20/04/2007
Lenise Aparecida Martins Garcia		X	X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Leonardo Mundim				X	constitucionalidade	05/03/2008
Lilian Piñero Eça			X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Lucia Braga	X				constitucionalidade	20/04/2007
Luís Roberto Barroso	X	X	X		constitucionalidade	05/03/2008
Luiz Eugenio Araújo de Moraes Mello	X	X	X		constitucionalidade	20/04/2007; 13/12/2007

ATORES DA ADI Nº 3510 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A LEI DE BIOSSEGURANÇA						
Lygia da Veiga Pereira		X	X		constitucionalidade	20/04/2007
Marcelo Paulo Vaccari Mazzetti	X		X		constitucionalidade	20/04/2007
Marco Antonio Raupp	X				constitucionalidade	13/12/2007
Marco Antonio Zago					não compareceu	20/04/2007
Marco Aurélio				X	constitucionalidade	29/05/2008
Mayana Zatz	X	X	X		constitucionalidade	20/04/2007; 13/12/2007
Milena Botelho Pereira Soares					não compareceu	20/04/2007
Móisés Goldbaum					não compareceu	20/04/2007
Oscar Vilhena Vieira	X	X	X		inconstitucionalidade	20/04/2007; 05/03/2008
Patrícia Helena Lucas	X	X	X		constitucionalidade	20/04/2007

ATORES DA ADI Nº 3510 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A LEI DE BIOSSEGURANÇA

Pranke						
Radovan Borojevic					não compareceu	20/04/2007
Ricardo Lewandowski				X	parcialmente constitucional	28/05/2008
Ricardo Ribeiro dos Santos			X		constitucionalidade	20/04/2007
Rodolfo Acatauassú Nunes		X	X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Rogério Pazetti			X		inconstitucionalidade	20/04/2007
Rosália Mendes Otero		X	X		constitucionalidade	20/04/2007
Stevens Rehen	X	X	X		constitucionalidade	20/04/2007
Tarcisio Eloy Pessoa de Barros Filho					não compareceu	20/04/2007

DIA	EVENTO
20/04/2007	audiência pública
13/12/2007	visita de cientistas
05/03/2008	1º dia de julgamento
18/04/2008	petição com pedido de improcedência da ação por Dulce Xavier
22/04/2008	Dulce Xavier presta informações
26/05/2008	gabinetes recebem documentos contra a ADI
27/05/2008	gabinetes recebem documentos a favor da a ADI
28/05/2008	2º dia de julgamento
29/05/2008	3º dia de julgamento

ANEXO II

Ficha para análise do processamento inicial do Agravo de Instrumento

Núcleo de Análise Processual

Agravo de Instrumento (Peças obrigatórias) Protocolo/STF nº _____

Partes Recorrentes e Recorridas no *AI* e no *RE* conferem com registro do Protocolo/STF: Sim Não

Há RESP Sim Fls. _____ Não

Procurações

	Folhas	Não consta
I- Procuração do Agravante	Fls.	
II- Substabelecimento do Agravante	Fls.	
III- Procuração do Agravado-	Fls.	
IV- Substabelecimento do Agravado	Fls.	

Acórdão

I- Acórdão Recorrido	Fls.	
II- Certidão de Publicação do Acórdão Recorrido	Fls.	
III- Embargos de Declaração	Fls.	
IV- Acórdão dos Embargos	Fls.	
V- Cert. de Publicação do Acórdão dos Embargos de Declaração	Fls.	

Recurso Extraordinário

I- Petição de Recurso Extraordinário	Fls.	
II- Contra Razões ao Recurso Extraordinário ou Certidão <i>in albis</i>	Fls.	
III- Decisão Agravada	Fls.	
IV- Certidão de Publicação da Decisão Agravada	Fls.	

Análise da Tempestividade

RE			Prazo: _____ dias	Tempestividade
Publicação do Acórdão recorrido	____/____/____ -feira	Interposição do RE	____/____/____ -feira	
AGRAVO			Prazo: _____ dias	
Publicação da Decisão Agravada	____/____/____ -feira	Interposição do Agravo	____/____/____ -feira	

Repercussão Geral: Anterior a 3. 5.2007 Sim Fls.: _____ Não

Agravo de Instrumento analisado por: _____ Revisado por: _____

Data: ____/____/____

Obs.: _____

Núcleo de Classificação de Assuntos

Existência no Plenário Virtual - Lançado Não-lançado

Há repercussão geral RE nº _____

Não há repercussão RE nº _____

Pendente de análise RE nº _____

Analisado por _____ Data: _____

ANEXO III

Ficha para análise do processamento inicial do Recurso Extraordinário

Núcleo de Análise Processual

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REQUISITOS FORMAIS

Protocolo/STF nº _____

PARTES RECORRENTES E RECORRIDOS DO RE CONFEREM COM REGISTRO DO PROTOCOLO/STF: () SIM () NÃO

TEM RECURSO ESPECIAL: () SIM () NÃO

RESP PROVIDO	
RESP PARCIALMENTE PROVIDO	
RESP NEGADO	
RESP DETERMINA NOVO JULGAMENTO DO ACÓRDÃO	

RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO: () SIM () NÃO

PROCURAÇÕES

I- Procuração do Recorrente/subscritor do RE	Fls.
II- Substabelecimento do Recorrente	Fls.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

I- Acórdão Recorrido	Fls.
II- Certidão de Publicação do Acórdão Recorrido	Fls.
III- Embargos de Declaração: () SIM () NÃO	Fls.
IV- Acórdão dos Embargos	Fls.
V- Certidão de Publicação do Acórdão dos Embargos de Declaração	Fls.
I- Petição de Recurso Extraordinário	Fls.

ANÁLISE DA TEMPESTIVIDADE

RE	Publicação do Acórdão recorrido	Interposição do RE	Prazo: ____ dias	Tempestividade
	___/___/___ -feira		___/___/___ -feira	

REPERCUSSÃO GERAL: () Anterior a 03/05/2007 () SIM () NÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANALISADO POR: _____
Revisado por Data: ___/___/___

Obs.: _____

Núcleo de Classificação de Assuntos

Existência no Plenário Virtual - Lançado () Não-lançado ()
 Há repercussão geral RE nº _____
 Não há repercussão RE nº _____
 Pendente de análise RE nº _____
 Analisado por _____ Data: _____

ANEXO IV

Formulário de Acompanhamento Processual

FORMULÁRIO DE ACOMPANHAMENTO PROCESSUAL

Data...../...../.....

Servidor(a)/Estagiário(a):.....

ITEM	Nº DO PROTOCOLO	INTEMPESTIVO	FALTAM PEÇAS	SEM REPERCUSSÃO	APTOS
1					
2					
3					
4					
5					
6					
7					
8					
9					
10					
11					
12					
13					
14					
15					
16					
17					
18					
19					
20					
21					
22					
23					
24					
25					
26					
27					
28					