



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

SCARLETT SIQUEIRA DO VALLE

**ANÁLISE CRÍTICA DO JOGO DOS MINISTROS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA *THEATRE*
GAMES THEORY.**

Brasília
2017

SCARLETT SIQUEIRA DO VALLE

**ANÁLISE CRÍTICA DO JOGO DOS MINISTROS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA *THEATRE*
GAMES THEORY.**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Edson Ferreira

Brasília

2017

DO VALLE, Scarlett Siqueira.

ANÁLISE CRÍTICA DO JOGO DOS MINISTROS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA *THEATRE GAMES THEORY*.

78 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Edson Ferreira

DEDICATÓRIA

*Dedico esta monografia à minha mãe, a
pessoa mais importante da minha vida e que
eu amo muito! Eu sei que ela estará sempre
ao meu lado.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus & Cia. pela maravilhosa vida que eu tenho. Quero também agradecer mais uma vez à minha mãe e o seu amor incondicional e à minha avó (*in memoriam*), que foi uma segunda mãe para mim e sei que deve estar torcendo por mim num lugar onde todos gostariam de estar!

Agradeço muito ao meu orientador, o professor Edson Ferreira, que acreditou no desenvolvimento deste projeto e assim ter apontado bases e iluminado meu caminho neste trabalho. Agradeço pela sua incansável paciência, atenção, objetividade e entusiasmo contagiante. Agradeço de coração toda a ajuda e o apoio!

Um agradecimento especial para professores Dr. Roberto Krauspenhar por ter apoiado e compreendido este trabalho.

Agradeço aos professores Dr. Dimitri Graco (Uniceub), Dra Bete Dorgam (ECA/USP), Dr. Siddharta Legale (UFJF), Dra. Giuliana Simões (USP) e Dr. Daves Otani (Unicamp) que muito me ajudaram e auxiliaram neste trabalho.

Agradeço aos Professores Dr. Jefferson Carús Guedes e Dr. Thiago Aguiar de Pádua, que fizeram parte da minha banca examinadora.

Agradeço a todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta monografia.

E, por último, mas não menos importantes, agradeço ao Kim (*in memoriam*) e ao Beethoven (*in memoriam*), pela lealdade, amizade e companheirismo que nunca vou esquecer.

Obrigada, sinceramente, a todos!

“Quem só direito sabe, nem direito sabe”

(Pontes de Miranda)

RESUMO

A pesquisa que consubstancia este trabalho caracteriza-se em um estudo onde se pretende analisar o processo decisório ou a atuação decisória dos ministros do Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Jogos Teatrais (*Theatre Games Theory*), cujo método foi desenvolvido pela pesquisadora, professora e diretora norte-americana Viola Spolin. A aplicabilidade desta Teoria ao *modus operandi* das decisões da Corte é tarefa inusitada e o objetivo é demonstrar que há semelhanças procedimentais entre as propostas cênicas e as deliberações daquela Casa. Para tanto, procurou-se apresentar os elementos constitutivos da Teoria dos Jogos Teatrais, suas ferramentas e, em seguida, é feita uma abordagem de algumas das diferentes posturas dos julgadores, a exemplo do Juiz Hércules de Ronald Dworkin e dos perfis propostos, entre outros, por Richard Posner e Erving Goffman. Para avançar na tentativa de demonstrar as correlações mencionadas, foram destacados dois julgamentos de grande repercussão, ou seja, as decisões no HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau e no HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, ambos formadores de posições diametralmente opostas em termos de reconhecimento, ou não, da presunção de inocência com comentários sobre a evidência, nestes julgados, do aparecimento dos elementos da teoria dos Jogos Teatrais. Embora seja uma ferramenta com certo grau de complexidade, foi possível indicar na conclusão a existência de caminhos para pesquisas futuras no mundo jurídico com base nestes elementos.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos Teatrais, Viola Spolin, Supremo Tribunal Federal, *hard cases* e *Theatre Games Theory*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 – THEATRE GAMES – Caracterização de uma teoria de interpretação	4
1.1 Viola Spolin – Criadora do Sistema.....	4
1.2 Breve descrição do Sistema - <i>Theatre Games Theory</i>	6
2 – JOGO JURÍDICO	13
2.1 Quem: Supremo Tribunal Federal.....	13
2.1.1 Corte Constitucional Brasileira.....	14
2.1.1.1 “Corte Victor Nunes Leal” – Período 1960 a 1969.....	14
2.1.1.2 “Corte Moreira Alves” – Período 1985 a 1987.....	15
2.1.1.3 “Corte Gilmar Mendes” – Período 2008 a 2010.....	16
2.1.2 Composição Atual do STF.....	18
2.2 Onde: Plenário e Turmas.....	23
2.3 O quê: Técnicas jurídicas para o jogo jurídico.....	24
2.3.1 O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner.....	24
2.3.2 O Juiz Hércules na visão de Ronald Dworkin.....	27
2.3.3 A Interação estratégica de Erving Goffman.....	30
2.3.4 Modelos de decisão colegiada.....	32
2.3.5 Controle de Constitucionalidade.....	34
2.3.6 Regime interpretativo máximo x mínimo.....	36
2.3.7 Ativismo Judicial e a Supremocracia.....	37
2.3.8 Efeitos do Televisionamento do Plenário.....	41
3 – ESTUDO DE CASOS	44
3.1 Jogos dos ministros do Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Jogos Teatrais.....	44
3.1.1 Primeiro Caso – Julgamento do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau.....	44
3.1.2 Segundo Caso – Julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, da relatoria do Ministro Teori Zavascki.....	56
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

No presente estudo pretende-se analisar o processo decisório ou a atuação decisória dos ministros do Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Jogos Teatrais (*Theatre Games Theory*), cujo método desenvolvido pela pesquisadora, professora e diretora norte-americana Viola Spolin, que, de sua parte, traduz em jogos teatrais ferramentas desenvolvidas pelo diretor de teatro russo Constantin Stanislavski e pelo encenador e dramaturgo alemão Bertolt Brecht. Como se verá ao longo do trabalho, Spolin acrescentou uma abordagem não-verbal e não-psicológica através do treinamento com jogos, principal instrumento de expressão artística e criativa.

Theatre games (jogos teatrais) são desenvolvidos para a preparação, ensino e encenação da prática da arte cênica. Sua estrutura é montada com base em três variáveis: O QUÊ está ligado diretamente à atividades mútuas (ações) entre atores (jogadores) com objetivos dentro de um determinado lugar; QUEM diz respeito a uma pessoa ou personagem se relacionando com um acontecimento e ONDE é o ambiente dentro de uma cena (cenário) ou um ambiente geral sem estrutura definida.

Sem qualquer demérito para o relevante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, estudar a estrutura da Corte – o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete ser o guardião da Constituição Federal é composto de 11 ministros nomeados pelo Presidente da República conforme o Art. 12, § 3o, IV, da CF/88 – à luz da Teoria dos Jogos Teatrais permite identificar a atuação verdadeiramente encenada na produção das complexas decisões de maior interesse nacional, como é o caso, por exemplo, na conclusão dos entendimentos sobre o uso de células tronco, objeto da ADI 3.510-0, entre tantos outros.

Embora constitua estruturalmente um colegiado, o Supremo Tribunal Federal não tem uma unidade interpretativa, ou seja, cada ministro tem sua interpretação, obviamente sustentada em sua concepção da melhor solução para os conflitos, a partir de uma visão pessoal, seu próprio universo empírico, sua base intelectual, suas circunstâncias psicológicas, as influências que recebe do meio ambiente, sobretudo da mídia, tudo isto fica visível quando se interpreta as decisões com a lupa da Teoria dos Jogos Teatrais.

Os ministros são jogadores, sobretudo nos casos difíceis (problemas), e precisam delimitar sua concentração (foco), influenciados pelos outros ministros, imprensa, ideologia, questões sociais e políticas, além de confrontar ou aliar-se a outros ministros e/ou com a opinião pública (plateia, na linguagem da Teoria dos Jogos Teatrais) para tentar convencer os jogadores e a plateia sobre o acerto de sua decisão. A metáfora da encenação alimentou a ideia de estudar o jogo

dos ministros observando as estruturas dos jogos teatrais aplicados pela pesquisadora Viola Spolin.

Os jogos dos ministros foram estruturados com base em decisões de natureza política, ideológica, midiática, voto da maioria e convicções pessoais, tendo sido destacadas duas destas decisões, tomando como fatores relevantes alguns aspectos individuais da atuação dos ministros. De modo geral, as decisões são compostas de problemas no qual cada ministro tem que se posicionar no caso concreto, inclusive em situações novas ou inusitadas que o ensino ou a tradição jurídica não evidência existir solução.

Algumas regras do jogo foram desenvolvidas pela falta e/ou falha de representatividade de jogadores dos outros poderes e de sua incapacidade de cumprir deveres ao ideal do Estado Democrático, sobretudo no caso do ator representado pelo Poder Legislativo. Neste momento o judiciário entra como jogador principal, desenvolvendo o que vem se convencido denominar supremocracia, termo referente à expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos outros poderes e, também, o criticado ativismo judicial caracterizado na conduta do Supremo como jogador principal para implementação de políticas públicas, princípios e valores constitucionais. Neste caso se sobrepondo ao papel do Poder Executivo. Até que ponto as regras podem tornar o jogo do Supremo Tribunal Federal um monólogo? Ou onze monólogos, é uma questão que o estudo desperta e questiona.

Dito de outra maneira, com os jogadores do Supremo ocupando cada vez mais o palco e autoadmitindo novas atribuições, expandindo o domínio do Supremo Tribunal Federal como fica o jogo, ou a encenação dos outros poderes? Será que não se está caminhando para um protagonismo exacerbado. *Theatre Games Theory* desenvolve a relação social uma vez que, precisa-se do outro para fazer-se completo.

A sincronia do jogo cênico não admite a atuação individual dispersa do conjunto, sob pena de não se produzir a peça que se pretendia apresentar. Não é pois, sem razão que outros trabalhos recentes abordam a questão dos Onze Supremos – O Supremo em 2016, publicação da FGV Direito Rio, organizadores Joaquim Falcão; Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo.

Para demonstrar a correlação e a aplicação da Teoria dos Jogos Teatrais, foram destacadas duas decisões, Julgamento do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau, em seu voto o relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da República e Julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o

STF deu nova guinada em sua jurisprudência e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

O trabalho está dividido em três capítulos, sendo primeiro dedicado à delinear um recorte histórico e conceitual dos jogos teatrais desenvolvido pela diretora Viola Spolin. Além de estudar o método desenvolvido *Theatre games*, importante referência pedagógica para o treinamento de jogadores-atores nas artes cênicas.

No segundo capítulo, serão introduzidos, de maneira breve, através da estrutura organizacional do *Theatre games*, os elementos estruturais que são manipulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para seus jogos jurídicos, como por exemplo as ferramentas interpretativas para solucionar *hard cases*. No terceiro capítulo serão analisados os Julgamentos do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau e do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, da relatoria do Ministro Teori Zavascki através da aplicação da Teoria dos Jogos Teatrais.

1 – THEATRE GAMES – Caracterização de uma teoria de interpretação

1.1 Viola Spolin – Criadora do Sistema

Viola Spolin era filha de imigrantes judeus-russos que chegaram nos Estados Unidos na década de trinta, criada em uma família alegre que se reunia para cantar, tocar jogos de salão, e montar peças. Começou estudar e trabalhar como assistente social no centro de assistência de refugiados comandado por sua professora e socióloga da Universidade de Northwestern Neva L. Boyd, foi uma pioneira e fundou o *Recreational Training School*, em Hull House na cidade de Chicago, entre 1924 a 1927. Boyd inspirou e fomentou o desenvolvimento de Spolin na prática dos jogos teatrais. Spolin no seu livro *Improvisação para o teatro* agradece a Boyd por ter sido sua aluna e ter recebido ensinamentos, que modificaram toda a sua vida. Sobre o uso de jogos e *story-telling*¹, *folk dance*², diz que foram os primeiros instrumentos para desenvolvimento da sua metodologia de ensino, e estímulos que desenvolvem a expressão criativa através do autoconhecimento.³

Em Chicago foi supervisora e professora do *creative dramatics*⁴ por três anos, ela precisava diminuir as barreiras étnicas, sociais e culturais da maioria dos seus alunos que tinham pouca ou nenhuma formação teatral. O *WPA – Works Progress Administration Recreational Project* foi o lugar no qual Spolin explorou os jogos apreendidos com Neva Boyd e desenvolveu novos jogos que focavam o desenvolvimento individual através da criatividade, adaptação e foco com uma nova abordagem não-verbal e não-psicológica. Este momento foi o período de alto crescimento e imensos desafios que amadureceram sua metodologia.⁵

O sistema de ensino proposto por Viola Spolin recebeu grande influência das obras de Konstantin Stanislavski⁶, principalmente a obra *“A Criação de um Papel”*⁷, que é composto de notas e partes do mesmo pensamento incluso nos

¹ Story Telling: *Contar histórias ou contador de histórias*. Tradução livre.

² Dance Folk: *Danças folclóricas ou danças populares*. Tradução livre.

³ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010.p.XXV.

⁴ Creative dramatics (dramas criativos) são processos criados para desenvolver a imaginação através da expressão criativa da criança/adulto. Através do uso de movimentos, pantomimas, dramatização de histórias e interação com grupo, os jogadores adquirem diversas habilidades para melhorar seu autoconceito e sua compreensão do teatro. Tradução livre.

⁵ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010.p.XXV.

⁶ Konstantin Sergueievitch Aleksêiev, pseudônimo Stanislavski, nasceu na Rússia em 1863. Fundou o Teatro de Arte de Moscou junto com o dramaturgo e diretor Vladímir Ivánovitch Nemiróvitch-Dânchenko. Stanislavski foi diretor, preparador, pesquisador e ator, escreveu *“Minha Vida na Arte”* em 1924, obra autobiográfica, e três obras fundamentais sobre o método de interpretação que desenvolveu ao longo da sua vida, *“A Preparação do Ator”*, *“A Criação de um Papel”* e *“A Construção do Personagem”*. Morreu em Moscou, no dia 7 de agosto de 1938, porém sua obra e seu método ainda são seguidos e adaptados para preparação de atores no mundo todo. STANISLAVSKI, Constantin. *Minha vida na Arte*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1989.p.17.

⁷ O método de Konstantin Stanislavski está dividido nos seus três livros mais importantes. *“A Preparação do Ator”*, *“A Construção da Personagem”* e *“A Criação de um Papel”*. É interessante

outros livros e publicada em 1961, nela contêm os últimos ensinamentos do mestre russo que intitularam de método das ações físicas ou análise ativa é um trabalho desenvolvido pelo Stanislavski, no qual o diretor ou preparador conduz os atores à compreender o texto cênico ou dramaturgicamente, instigando-os através de improvisações, imaginações e jogos que os ajudam a conhecer as personagens e suas ações sem necessidade de ensaios de mesa ou decorar falas, ideias ou movimentos do dramaturgo no começo do trabalho. Uma das qualidades desse método é o desenvolvimento de atores que não ficam presos na letra fria do texto, portanto o diretor poderá trabalhar com seus potenciais de improvisação, imaginação e foco ideais para uma ótima interpretação, será uma das inspirações para o desenvolvimento da sua metodologia.

Outro grande mestre para sua formação foi o dramaturgo e encenador Bertholt Brecht⁸ com o desenvolvimento de sua teoria, que propunha uma representação épica, Brecht queria opor-se ao “teatro dramático”, que conduziria o espectador a uma ilusão da realidade, reduzindo-lhe a percepção crítica. O “efeito de estranhamento”, sugerido por Brecht, visava estimular o senso crítico, tornando claros os artifícios da representação cênica e destacando os valores ideológicos do texto. Segundo os preceitos do Pequeno Organon de Brecht, os elementos de distanciamento conferem ao espetáculo um caráter histórico e dialético, através da fábula, inter-relacionando o indivíduo com o meio sócio-cultural e político o qual pertence. Nisso “o homem tem de ser encarado não só como é, mas também como poderia ser”⁹. O processo de *gestus* é um exercício predominantemente físico do trabalho do ator, indicando suas atitudes e expressões faciais e corporais. Pontuando palavras e entonações, marcando ritmos e variações com quebras na fala e nos movimentos. Ao eliminar a quarta parede¹⁰ os atores brechtianos mostravam e sugeriam que as personagens nunca “viviam” as mesmas.¹¹

ressaltar que a primeira edição do primeiro livro “A Preparação do Ator” foi lançada nos Estados Unidos entre 1929 e 1930. Stanislavski trabalhava na França e na Alemanha para a elaboração de “A Preparação do Ator” e “A Construção da Personagem” para os quais ele tinha um contrato nos Estados Unidos, porém com a Segunda Guerra Mundial não conseguiu mais contato com os editores. STANISLAVSKI, Constantin. Minha vida na Arte. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1989, p.475.

⁸ Eugen Bertholt Friedrich Brecht, nasceu na Alemanha em 1898. Fundou Berliner Ensemble junto com a atriz Helene Weigel. Brecht foi responsável por aprofundar o método de interpretação do teatro épico, importante para a encenação de seus textos. Sua primeira peça “Os tambores da noite”, “Ópera dos Três Vinténs”, “Mãe Coragem e seus filhos”, “Terror e Miséria do Terceiro Reich”, “A Vida de Galileu” e “Mahagonny”, entre outras.

⁹ BRECHT, Bertolt. *Estudos sobre o teatro*. Rio de Janeiro: Ed.Nova Fronteira, 2005, p.147.

¹⁰ Quarta parede é o termo utilizado uma divisão imaginária entre o palco e a platéia. No teatro épico de Brecht, uma personagem dirige-se a sua atenção para a platéia. O ato de olhar para o espectador e conversar com ele quebra toda magia do teatro tradicional e causa “o efeito de estranhamento” que significa tornar claro para platéia que o teatro é uma ilusão, Brecht queria assistissem de forma crítica. Brecht, Bertolt. *Estudos sobre o teatro*. Rio de Janeiro: Ed.Nova Fronteira, 2005, p.121.

¹¹ BRECHT, Bertolt. *Estudos sobre o teatro*. Rio de Janeiro: Ed.Nova Fronteira, 2005, p.162.

Em 1948, Spolin cria a Companhia *Young Actors* em Hollywood, uma escola-teatro com repertório profissional para atores infantis. Nessa escola ela continuou criando e desenvolvendo o seu método *Theatre Games*. Em 1960, volta para Chicago e começa a trabalhar com seu filho Paul Sills na *Company Second City*. Durante este tempo, inspirada pelo seu trabalho com os atores do grupo *Second City*, ela começa a recolher seus textos, diários, anotações sobre o método desenvolvido e escreve o que se tornaria o seu primeiro livro “Improvisação para o Teatro” (1963), publicado pela *Northwestern University Press*.

Em 1975, Spolin funda *The Spolin Center* em Los Angeles, uma escola que oferece formação aprofundada em seu sistema. Até meados de 1990, continuava dando aula. Depois de sua morte, em 1994, seu filho Paul Sills continua o seu legado.

No Brasil, o livro “Improvisação para o Teatro” foi traduzido pela pesquisadora Ingrid Dormien Koudela, da Escola de Comunicação e Artes da Universidade do Estado de São Paulo – ECA USP, especialista em Teatro-Educação apenas em 1979 pela Editora Perspectiva. A metodologia do *Theatre Games* desenvolvida por Viola Spolin, desde a década de setenta até hoje, seus estudos causam um profundo impacto nos estudos e investigações a respeito da inter-relação entre Teatro e Educação e a principal expoente no Brasil é a Ingrid Koudela.

1.2 Breve descrição do Sistema - *Theatre Games Theory*

Theatre Games (jogos teatrais) metodologia criada por Viola Spolin a partir de estruturas bem simples utilizando com base o foco do jogador¹² num problema específico. Qualquer jogo por mais infantil ou simples poderá servir como um mecanismo libertador de tensões tanto sociais, pessoais, profissionais dos jogadores. Os jogos são utilizados como forma de autoconhecimento e/ou interação social desenvolvimento técnicas e habilidades pessoais sem a consciência do jogador com passar do tempo o ato de jogar passará a ser um hábito¹³.

Um jogo tem uma estrutura básica que propõe um problema a ser solucionado. A capacidade pessoal de um jogador poderá no início do jogo ser tímida, mas o jogo tem o potencial de envolver e estimular seus potências para a

¹² Viola Spolin no livro improvisação para o teatro cria uma definição sobre o termo jogador que é aquele que joga; uma pessoa treinada para criar a realidade teatral; (...) aquele que joga com objetos; em lugar de jogar consigo mesmo; ator; um ator que representa. (SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010.p.342). Será utilizado este termo em relação ao termo ator que poderia ser compreendendo “apenas” como aquele que representa ou interpreta um texto, muito limitado para o estudo.

¹³ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p.4

concretização do objetivo. Viola explica como a espontaneidade desenvolverá no jogador-ator:

“O crescimento ocorrerá sem dificuldade no aluno-autor porque o próprio jogo o ajudará. O objetivo no qual o jogador deve constantemente concentrar e para o qual toda ação deve ser dirigida provoca espontaneidade. Nessa espontaneidade, a liberdade pessoal é liberada, e a pessoa como um todo é física, intelectual e intuitivamente despertada. Isto causa estimulação suficiente para que o aluno transcenda a si mesmo — ele é libertado para penetrar no ambiente, explorar, aventurar e enfrentar sem medo todos os perigos. A energia liberada para resolver o problema, sendo restringida pelas regras do jogo e estabelecida pela decisão grupal, cria uma explosão — ou espontaneidade — e, como é comum nas explosões, tudo é destruído, rearranjado, desbloqueado. O ouvido alerta os pés, e o olho atira a bola”.¹⁴

Todas as pessoas têm a capacidade de atuar, de improvisar e conseqüentemente de jogar no palco. Porém, quando não se conhece um ambiente precisa penetrar nele, utilizando todos os sentidos para compreendê-lo com uma profundidade sensorial, psicológica e intelectual envolvendo-se organicamente com ele. O jogador deve comprometer-se em altos níveis físicos e intuitivos. A intuição é uma ferramenta muito importante para o ser humano, mas negligenciada na educação ocidental, para Spolin quanto mais desenvolvido o nível intuitivo de uma pessoa mais respostas certas e espontâneas em momentos decisivos. Além de trabalhar o seu psicofísico além do plano intelectual desse jogador, dando capacidade de atuar envolvendo-se com o mundo em constante transformação.¹⁵

Através da espontaneidade um jogador poderá ter uma reação que cria uma explosão no qual libera janelas de referências, imagens, memórias, informações e teorias algumas digeridas, outras não, que deverão ser trabalhadas através dos jogos. Cada pessoa tem seu próprio jeito (liberdade pessoal), o seu auto-conhecimento é uma ferramenta importante para desenvolver um compreensão psicofísica imprecindível para colocar-se defronte com a realidade e realmente agir explorando-a organicamente.¹⁶

A liberdade é o primeiro passo para o conhecimento do seu verdadeiro potencial de jogo, sem ela o jogador não conseguirá ser parte do ambiente que o envolve. Quando uma pessoa desenvolve a liberdade pessoal consegue investigar, questionar e experimentar a sua autoconsciência e poderá expressar-se em qualquer lugar. O ser humano vive em busca de aprovação, o seu comportamento social é regido pela necessidade dessa aceitação por uma certa autoridade estabelecida, na infância são os pais, mas depois é a sociedade que ordenará: onde estará, quem são e o que podem fazer, ser e sentir. Nessa cultura de aprovação e

¹⁴ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p.5.

¹⁵ Idem, p.4

¹⁶ Ibidem, p.4-6

desaprovação muitos esquecem quem são. Os jogos teatrais (*Theatre Games*) ajudam a reconstruir a autoestima e desenvolvem a opinião, desejos e sentimentos daqueles que perderam, porque para solucionarem um problema seu verdadeiro “Eu” (auto-identidade) será acionado.¹⁷

Viola explica como a cultura da autoaprovação destrói o autoconhecimento:

“Ao tentarmos nos salvar de ataques, construímos uma fortaleza poderosa e nos tornamos tímidos, ou então lutamos cada vez que nos aventuramos sair de nós mesmos. Alguns, nesta luta com a aprovação/desaprovação, desenvolvem egocentrismo e exibicionismo; outros desistem e simplesmente seguem vivendo. Outros ainda, como Elsa no conto de fada, estão eternamente batendo nas janelas, tocando campainhas e lamentando “Quem sou eu?” O contato com o ambiente é distorcido. Autodescoberta e outros traços exploratórios tendem a ser atrofiados. Ser “bom” ou ser “mau” torna-se um modo de vida para aqueles que precisam da aprovação/desaprovação de uma autoridade — a investigação, assim como a solução dos problemas, tornam-se de importância secundária”.¹⁸

O teatro exige que o jogador desenvolva um gama de materiais artísticos e pessoais para a preparação e interpretação de uma peça. A interrelação entre os jogadores será a peça principal para o trabalho do ator em cena. O teatro improvisacional, sem texto, requer uma relação de confiança entre o grupo para que desenvolva o material ideal para as peças. Um dos materiais utilizados pelos jogadores nessa interrelação é a energia que deve ser manipulada para ser irradiada de maneira correta e sem excessos para que os jogos sejam prazerosos e produtivos. Quando estas pessoas estão solucionando um problema podem concentrar altos níveis de energia, o que pode gerar uma cegueira ou uma autoconfiança excessiva que não irá ajudar a solucionar o problema porque num jogo também existem outros jogadores que poderão ajudar a finalizar o problema.¹⁹

Olhar do outro como plateia é importante para o crescimento da sua auto-estima, saber jogar com a plateia é uma ferramenta importante para o seu fortalecimento como artista e pessoal. A plateia é a parte concreta do treinamento teatral, infelizmente ignorada pelos preparadores de atores que utilizam frases como “ignore a plateia” criando a famosa quarta parede, mas para Viola a plateia é um membro importante para o teatro. O diretor e/ou preparador tem que ensinar ao jogador técnicas para ajuda-lo a criar relações ainda que subjetivas, como a *catarse*, com o espectador. Mesmo que o jogador não fale nada e esteja de costas, se ele dominar estas ferramentas poderá dominar o público, sua “presença” será tão forte que o público não conseguirá prestar atenção em mais nada apenas nele. Saber conduzir o seu jogo através de pessoas que podem aceitar ou não o seu

¹⁷ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 6-7.

¹⁸ Idem, p.7.

¹⁹ Ibidem, p.8-10.

posicionamento e mesmo assim conseguir colocar o seu entendimento aumenta o crescimento intelectual, psicológico e pessoal²⁰.

O jogador não deve ficar apenas nos livros de preparação de atores ou imaginando caracterizações²¹ passadas pelo dramaturgo, tem que observar a realidade que o cerca, o seu mundo pessoal. Perceber quais são as situações que aquela personagem irá viver, como ela é, quais seus anseios e objetivos, onde ela vive, quais as cores que colore seu mundo. Deve detectar quais matérias existem em seu mundo e quais ele terá que buscar através de vivências artísticas, laboratórios, percepções do mundo e mesmo dentro dele. O ator deve constantemente observar o seres humanos, porque através dessa análise que o ator terá um leque de novas maneiras de composição da personagem quanto várias ferramentas para solução de problemas nas improvisações e nos jogos. O jogador deve trabalhar diariamente com a personagem que estará sendo construída, adquirindo seus hábitos, desenvolvendo externo e interno sua realidade, mas nunca esquecendo que aquele trabalho termina e não “se leve” a personagem para casa.²²

A pessoa apenas conseguirá um canal sensorial com o espectador se seus sentimentos, ações e sensações forem verdadeiras, como se ele doar-se para aquela experiência pura e direta de uma forma além do texto livrando-se de preconceitos e barreiras. Quando o jogador acredita no seu jogo e ele solucionará de todas as formas o problema, nesse momento a plateia agirá junto com ele, como se ela também estivesse neste mesmo jogo. Será neste instante que o jogador poderá conduzir a plateia para qualquer experiência, ele conseguiu inspirar e conquistar a ela.²³ Viola ensina como o jogador-ator deve comunicar-se com a plateia:

“Quando o ator aprende a comunicar-se diretamente com a platéia através da linguagem física do palco, seu organismo como um todo é alertado. Empresta-se ao trabalho e deixa sua expressão física levá-lo para onde quiser. No teatro de improvisação, por exemplo, onde pouco ou quase nenhum material de cena, figurino ou cenário são usados, o ator aprende que a realidade do palco deve ter espaço, textura, profundidade e substância – isto é, realidade física. É a criação dessa realidade a partir do nada, por assim dizer, que torna possível dar o primeiro passo, em direção aquilo que está mais além. O ator cria a realidade teatral tornando-a física”.²⁴

No livro prático “O jogo teatral no livro do diretor”, Viola Spolin explica para o diretor como utilizar o seu sistema, o jogo deve ser regido por regras, mas com a cooperação de todos só terá resultado se a decisão livre for consensual

²⁰ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p.11.

²¹ Caracterizações são a descrição das aparências escritas pelo dramaturgo ou roteirista para a personagem no qual o ator interpretará. Tradução livre.

²² SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p.13.

²³ Idem, p.14.

²⁴ Ibidem, 2010, p.15.

entre todos. O respeito e o equilíbrio são chaves fundamentais para que pessoas participem dos jogos. Outro ponto importante, jogadores devem ter toda liberdade pessoal dentro de um contexto para que os jogadores tenham sua criatividade, conhecimento e intuições aumentadas para a solução dos problemas²⁵

Viola explica como sua metodologia dos jogos teatrais ajuda a desenvolver habilidades importantes para os jogadores:

“Nas oficinas de jogos teatrais, através do envolvimento do grupo, os atores/jogadores irão desenvolver liberdade pessoal dentro de regras estabelecidas, habilidades pessoais necessárias para jogar o jogo e irão internalizar essas habilidades e esta liberdade ou espontaneidade. Os jogos são baseados em problemas a serem solucionados. O problema a ser resolvida é o objeto do jogo que proporciona o “Foco”. As regras do jogo teatral incluem a estrutura dramática (Onde, Quem, O Quê) para ajudar os jogadores a alcançar uma solução focalizada para o problema, Spolin emprega a técnica de “instrução, através da qual encoraja o jogador a conservar a atenção no Foco. Dessa forma, estrutura o jogo intervindo com comentários que constantemente mantém o jogador em contato com a realidade objetiva”²⁶.

O jogador começa desenvolver-se no trabalho o ator quando começa a entender que seu crescimento na cena está relacionado a sua ação em cena, corporificando uma emoção ou uma situação relacionando-se com seus parceiros, plateia e ambiente. Professores e preparadores de atores adotam a seguinte frase: “*Tire da sua mente e coloque no palco/jogo*”. Quando o jogador está em ação o seu estado é sempre presente, aqui e agora, poderá estar orgânico e relacionando com o seu parceiro produzindo um ambiente de fácil regeneração. No estado de “presença” o ator poderá em qualquer momento agir consertando algo que não estava no *script*. Quando o jogador está presente, atento e realmente entendendo todo o conjunto do jogo. Ele não apenas olha, mas vê com o espelho da alma e ativa todos os seus sentidos para o jogo²⁷

Os jogos teatrais são técnicas de comunicação, o jogador deve estar presente para conseguir esta percepção, no foco, sentindo na “carne” que há muitas maneiras de fazer e dizer um texto ou uma improvisação. Quando uma instrução é bem dada pelo diretor, ela produzirá uma espécie de espaço real de jogo como uma imaginação ativa, não fica apenas dentro da mente do jogador, ele deve abordar aquela experiência no seu nível físico, como por exemplo, se o jogo for uma partida de futebol com uma bola imaginária, esta mesma bola será “real”, toda a concentração e energia trocada serão transformadas em imaginação ativa da bola. Spolin escreve que o jogador mais novo deve desenvolver os seus sentidos para transformar esta bola imaginária em real, porém o jogador mais antigo deve estar sempre se policiando em

²⁵ SPOLIN, Viola. *O jogo teatral no livro do diretor*. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 11.

²⁶ SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 11-12.

²⁷ SPOLIN, Viola. *O jogo teatral no livro do diretor*. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 13-34.

limpar a mente, evitando respostas preconcebidas e análises mentais²⁸.

No livro “jogos teatrais” da professora Ingrid Dormien Koudela, ela explica como aplicar o jogo teatral de Spolin no contexto brasileiro e numa forma mais pedagógica. A primeira parte do livro é um estudo sobre os conceitos teatrais, como por exemplo, a origem da palavra drama que vêm da palavra grega *dromenon* significa ação, e quer dizer que a interpretação deve ser espontânea. Em muitos cursos de teatro, o ator aprende apenas a decorar um texto ou algumas marcações, mas a preparação de atores vai além de uma preocupação sobre a base interpretativa, mas como aquele jogador aprenderá a arte como um amplo conhecimento. Os jogos teatrais podem ser utilizados para desenvolvimento da criatividade humana, do psicofísico além de ser uma ferramenta poderosa para a educação tanto nas escolas quanto nas universidades, como escreve Koudela, a arte não imita a vida mas podemos através dela compreender melhor a realidade e nos colocar no lugar do outro²⁹. Koudela explica o que é o gesto nos jogos teatrais:

“Nesse sentido, a arte não é um prolongamento da vida mas significa uma compreensão qualitativamente diferente da realidade. Segundo Langer, assim que um ato é executado sem momentânea compulsão interna, não é o signo da emoção que transmite, porém um símbolo dela; em vez de completar a estória natural de um sentimento, denota o sentimento e pode apenas trazê-lo à mente para o protagonista. Quando uma ação assume esse significado, torna-se gesto”.³⁰

Para Ingrid Koudela os jogos teatrais são jogos retirados e apresentados com objetivos educacionais acrescidos de estruturas dramáticas: um lugar (ONDE), uma personagem (QUEM) e uma atividade (O QUE). O objeto do jogo é o problema que será solucionado pelo grupo desenvolvendo as habilidades pessoais de cada um dos integrantes. Existem outros processos de atuação e preparação de atores, mas Spolin utiliza os jogos teatrais para trazer mais frescor, improvisação e imaginação ativa para seus alunos-jogadores.³¹

Koudela analisa que a improvisação é uma ferramenta muito importante para o treinamento do ator, porque o coloca em estado de atenção e “presença” no qual nenhum exercício consegue desenvolver. Além de resolver de forma lúdica os problemas impostos pelos jogos, libertando sua criatividade e intuição. Segundo Spolin através do foco que é como uma “bola” com a qual todos participam, os jogadores aprendem a decodificar as linguagens corporal, energética e psicológica do seu parceiro aumentando a sua sensibilidade para com o outro.³²

Os jogos teatrais trabalham com o conflito (problema), os jogadores

²⁸ SPOLIN, Viola. *O jogo teatral no livro do diretor*. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 93.

²⁹ KOUDELA, Ingrid Dormien. *Jogos teatrais*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 25-28.

³⁰ Idem, p. 33.

³¹ Ibidem, p.41-43.

³² Ibidem, p. 45-46.

devem estar concentrados para solucionar o problema, utilizando toda sua experiência sensorial, psicológica, pessoal e intelectual. Na preparação com o método Stanislavski é desenvolvido o mesmo raciocínio, a personagem tem um conflito e passará toda a peça tentando resolvê-lo. Na vida é a mesma coisa³³.

As regras dos jogos incluem uma estrutura dramática que será analisada a seguir. Essas regras servem para desenvolver caminhos e ferramentas para que o jogador possa continuar no jogo e resolver o problema.

a) O quê

O QUÊ substitui o termo ação de cena e está ligado diretamente à atividades mútuas (ações) entre atores (jogadores) com objetivos dentro de um determinado lugar. Um jogador tem que ter uma razão para estar naquele ambiente e com quem ele está jogando, muitas vezes essa relação não é dada inicialmente e deverá ser construída no desenrolar do jogo.³⁴

b) Quem

QUEM é usado para substituir personagem. Esta ferramenta diz respeito a uma pessoa ou personagem se relacionando com um acontecimento ou outra pessoa. Através dessa ferramenta o jogador desenvolve o interesse em estabelecer relações com outros jogadores chegando a trabalhar mutuamente.³⁵

c) Onde

ONDE colocado no lugar de cenário, pois é um significado mais amplo englobando o ambiente dentro de uma cena ou um ambiente geral sem estrutura definida. O jogador deve reconhecer o campo que irá agir, para isso ele deve reconhecer, penetrar, movimentar e trabalhar organicamente sem memorização³⁶.

³³KOUDELA, Ingrid Dormien. *Jogos teatrais*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 61

³⁴SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p.344

³⁵Idem, p.346.

³⁶Ibidem, p.82.

2 – JOGO JURÍDICO

2.1 Quem: Supremo Tribunal Federal

Para estudar o jogo jurídico é fundamental analisar estrutura do Supremo Tribunal Federal, seus jogadores e algumas das suas ferramentas mais utilizadas. Conforme a estrutura desenvolvida por Viola Spolin no capítulo anterior.

Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, acumula competências típicas de tribunal de última instância recursal e também de guardião da Constituição Federal, julgando questões constitucionais, conforme o Art. 102 daquela Carta. O Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, brasileiros natos, entre 35 até 65 anos de idade, de notório saber jurídico e reputação ilibada, e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme o Art. 101, da Constituição Federal de 1988.³⁷

O Supremo Tribunal Federal tem dentro de suas competências promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o modelo híbrido é utilizado no Brasil. Este tipo de modelo engloba o controle de constitucionalidade difuso realizado por todo o poder judiciário e o controle constitucional na maioria das vezes realizado apenas por um órgão, como a Suprema Corte, julgando através de ações específicas:

a) Ação de direta de inconstitucionalidade (ADI), fundamentada no artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988 esta ação tem finalidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Sua eficácia possui efeitos *erga omnes*. A decisão do Supremo Tribunal Federal tem efeito imediato, salvo disposição em contrário do tribunal. A Constituição federal estabelece legitimidade ativa aos elencados no Art. 103 da Constituição Federal de 1988.³⁸

b) Ação declaratória de constitucionalidade (ADC), fundamentada no Art. 102, I, “a” da Constituição Federal de 1988 esta ação tem como objetivo a confirmação da constitucionalidade de uma lei federal. A legitimidade ativa é a mesma da ADI.³⁹

c) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), fundamentada no Art. 102, §1 da Constituição Federal de 1988 e disciplinada pela lei federal 9.882/99. Esta ação é utilizada para evitar e reparar danos

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Institucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 9 jan. 2017.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Glossário jurídico*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³⁹ *Idem*.

a preceitos fundamentais resultantes de atos do poder público. A legitimidade ativa é a mesma da ADI. Supremo Tribunal Federal tem competência exclusiva para julgar.⁴⁰

Compete ao Supremo Tribunal Federal, em sede recursal, julgar Recursos Extraordinários contra decisões de outros tribunais, em única ou última instância, nos termos do Art. 102, III, da Constituição Federal de 1988. Este recurso não analisa matérias de fato, mas apenas matérias de direito portanto seu objetivo é dar uniformidade a interpretação das normas constitucionais⁴¹:

2.1.1 Corte Constitucional Brasileira

Os Professores Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore Fernandes no artigo *O STF nas “Cortes” Victor Nunes, Moreira Alves e Gilmar Mendes*, apresenta um perspectiva do Supremo Tribunal Federal, através da passagem de alguns presidentes em momentos importantes na história do Brasil. Eles utilizaram uma espécie de metonímia que através da parte pretende traçar um perfil do todo. O propósito do artigo, porém, pretendeu abordar o tema de uma forma que não é comum na literatura jurídica brasileira, organizando estudos jurisprudenciais por meio de um critério que toma como referencial a figura de um ministro com o intuito de ser capaz sintetizar muitos anos de jurisdição constitucional em poucas páginas. Por meio de três recortes históricos, centralizados nas figuras de três ministros: Victor Nunes Leal, José Carlos Moreira Alves e Gilmar Ferreira Mendes. Por certo, não apenas os ministros elencados, mas diversos outros que passaram pela Corte foram fundamentais para construção da jurisdição constitucional que se apresenta hoje no Brasil⁴². Este estudo utilizará a metodologia desenvolvida por Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore:

2.1.1.1 “Corte Victor Nunes Leal” – Período 1960 a 1969

O Período da “Corte Victor Nunes Leal” foi marcado pelos anos de ditadura militar, no qual o poder judiciário brasileiro lutou para desenvolver ferramentas jurídicas, como as súmulas criada pelo Ministro Victor Nunes Leal, para defender a democracia contra a repressão do Executivo⁴³.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Glossário jurídico*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>. Acesso em: 10 jan. 2017..

⁴¹ Idem.

⁴² FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Legal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. In: *Revista de Direito GV*, vol. 9, no 1, São Paulo, jan/jun de 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/02_rev17_023-046_-_siddharta_legale_ferreira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2016. p.42

⁴³ Idem, p.23-25.

Uma das marcas do Ministro Victor Nunes Leal, foi sua coragem demonstrada no julgamento histórico no qual se discutia se o Supremo Tribunal Federal era competente para julgar o ex-Presidente da República João Goulart, acusado pelo Regime Militar no Inquérito Policial Militar n. 2 fundamentado pelo Ato Institucional 2 (AI-2), pela prática de crimes comuns quando era Presidente. Goulart teve seus direitos políticos suspensos pelo governo do Presidente Castelo Branco. Com o AI-2, aumentou-se o número de ministros do Supremo Tribunal Federal de onze para dezesseis, fazendo com que o governo tivesse maioria no Supremo Tribunal Federal e permitindo que civis fossem presos e processados por crimes contra a segurança nacional. Nesse cenário, mesmo sendo foto vencido, o Ministro Leal reiteirou a sua insatisfação diante do alto controle jurisdicional do Executivo (Militares). Seu voto representou a sua batalha a favor do Estado Democrático de Direito para a construção de uma democracia forte, um Judiciário independente, a idéia de separação de poderes para evitar a concentração absoluta de poderes nas mãos de um estado autoritário⁴⁴. A finalização da sua luta no Supremo Tribunal Federal foi com a aposentadoria compulsória:

“Em 16 de janeiro de 1969, Victor Nunes foi aposentado compulsoriamente do Supremo Tribunal Federal por decreto baseado no Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. A vaga por ele deixada não foi preenchida em razão da superveniência do Ato Institucional n. 6, de 1o de fevereiro de 1969, que reduziu de 16 para 11 o número de Ministros do STF, aposentando compulsoriamente também os ministros Antônio Carlos Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira, que haviam se manifestado contra a cassação de outros ministros do tribunal: além de Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.”⁴⁵.

Importante compreender as posições de Victor Nunes Leal em defesa do Estado Democrático de Direito visto que, representava um perigo ao regime ditatorial da época. Este jurista apresentava-se determinado a lutar pela democracia no momento em que o País vivia complexa fragilidade das instituições democráticas.⁴⁶

2.1.1.2 “Corte Moreira Alves” – Período 1985 a 1987.

Depois do período turbulento enfrentado pelo Ministro Victor Nunes Leal, um conservador e progressista indicado por um Presidente do regime militar, o civilista Ministro José Carlos Moreira Alves impõe no Supremo Tribunal Federal sua força como uma Corte tendo sua jurisdição constitucional sem interferências de outros poderes, logo após a promulgação da Constituição de 1988. O

⁴⁴ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. In: *Revista de Direito GV*, vol. 9, no 1, São Paulo, jan/jun de 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/02_rev17_023-046_-_siddharta_legale_ferreira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2016, p.23-26

⁴⁵ Idem, p.26.

⁴⁶ Ibidem, p.26.

Ministro Moreira Alves trabalhou ativamente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, para que o Supremo Tribunal Federal se transformasse em Corte Constitucional igual aos modelos europeus. Neste período de transição, definiu-se o controle de constitucionalidade com parâmetros normativos⁴⁷:

“É possível organizar em três eixos a jurisprudência da época em que o Ministro Moreira Alves atuou decisivamente no STF que podem até não ser uma completa novidade, mas, no mínimo, ganharam novas luzes: (i) a definição e caracterização de certas formas de controle como processo objetivo, bem como a aplicação de duas técnicas interpretativas, quais sejam, interpretação conforme e o princípio da proporcionalidade; (ii) os efeitos da decisão em cautelar ou da ação em si, se poderiam ser considerados ainda constitucionais apelando ao legislador, bem como se seriam *ex tunc*, *ex nunc*, *inter partes* ou *erga omnes*; e (iii) o controle da inconstitucionalidade por omissão”⁴⁸.

O Ministro, em particular, foi experimentando ao longo dos anos, o formato de controle de constitucionalidade concentrado, sob a forma de processo sem partes ou interesses subjetivos, este legado se mostra presente na jurisdição brasileira.

As contribuições da Corte Moreira Alves sobre os efeitos de controle constitucionalidades foram a eficácia *erga omnes*, o efeito *ex tunc* da decisão e a possibilidade de cautelar numa Ação Direta de Inconstitucionalidade com efeitos, em regra, efeito *ex nunc*.⁴⁹

2.1.1.3 “Corte Gilmar Mendes” – Período 2008 a 2010

O Ministro Gilmar Mendes com sua extensa carreira acadêmica e prática, começa a desenvolver importantes transformações sobre o controle de constitucionalidade, em alguns casos com instrumentos como ADI, ADC, ADPF, ADI por omissão e mandado de injunção, recurso extraordinário, repercussão geral⁵⁰, súmula vinculante e audiências públicas fortalecendo a judicialização da sociedade⁵¹.

A “Corte Gilmar Mendes” contribuiu para imprimir o Judiciário como peça fundamental para política nacional aumentando o ativismo judicial. Este momento representou o Supremo Tribunal Federal encontro entre o *civil law* e o *common law*. Percorrem a direção de uma jurisprudência que não aceita o papel de apenas dizer o direito, mas de criá-lo e realizá-lo. O aumento de súmulas vinculantes

⁴⁷ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Legal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. In: *Revista de Direito GV*, vol. 9, no 1, São Paulo, jan/jun de 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/02_rev17_023-046_-_siddharta_legale_ferreira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2016, p.30-31.

⁴⁸ *Idem*, p.31.

⁴⁹ *Ibidem*, p.33-36.

⁵⁰ *Ibidem*, p.39-40.

⁵¹ *Ibidem*, p.36-37.

na presidência do Ministro foi crescente depois do estabelecimento de prazos para o legislativo sanar a omissão da regra do Art 18, § 4 da Constituição Federal de 1988 e as principais leis de controle de constitucionalidade foram algumas de suas medidas (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99).⁵²

Na presidência, o Ministro Gilmar Mendes ampliou a importância das audiências públicas, principalmente em *hard cases*, construindo uma ponte entre o judiciário e sociedade. Esta prática vem sendo bastante utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em temas polêmicos e de grande relevância social, pelos quais participam especialistas, grupos contrários e favoráveis no intuito de auxiliar os ministros a decidir⁵³:

“Um exemplo foi a audiência pública foi promovida pelo STF, cujo intuito era debater a política de cotas como meio de ingresso ao ensino superior. Participaram grupos contrários e favoráveis a esta política pública, trazendo elementos importantes para auxiliar os Ministros quanto ao tema. O grupo contrário afirmou que a cota exclusivamente racial seria inconstitucional, pois a utilização de critérios étnicos contribuiria para o racismo, defendendo, porém, as cotas com base em critérios econômicos. Já os favoráveis defendem se tratar de políticas públicas tipicamente inclusivas e que almejam a diminuição das desigualdades raciais e sociais. É um meio eficiente de real inclusão”.⁵⁴

A “Corte” do Ministro Gilmar Mendes teve importantes jurisprudências e diversos casos complexos que geraram várias discussões doutrinárias sobre novas ferramentas desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, exemplo, o ativismo judicial que será analisado neste capítulo.⁵⁵

⁵² FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Legal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. In: *Revista de Direito GV*, vol. 9, no 1, São Paulo, jan/jun de 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao- revista/02_rev17_023-046_-_siddharta_legale_ferreira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2016, p.39-40, p.24-25.

⁵³ Idem, p.41.

⁵⁴ Ibidem, p.41.

⁵⁵ Ibidem, p.43.

2.1.2 Composição Atual do STF

Apresentação da relação dos Ministros que compõem atual estrutura observando a ordem de antiguidade do Supremo Tribunal Federal:

NOME DOS MINISTROS DATA DE NASCIMENTO E ESTADO DE ORIGEM	INDICAÇÃO	FUNÇÃO ANTERIOR	ÁREA DE ESTUDO NO DIREITO.
	DATA INICIAL		
	DATA LIMITE		
José Celso de Mello Filho – Decano ⁵⁶ 01 de novembro de 1945. Natural de São Paulo.	José Sarney	Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1970 até 1989. Secretário Geral da Consultoria-Geral da República (1986/1989). Cargo de Consultor-Geral da República, em caráter interino, mediante nomeação presidencial, nos anos de 1986, 1987 e 1988.	Professor de Direito Civil.
	1989		
	2020		
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello ⁵⁷ 12 de julho de 1946. Natural do Rio de Janeiro.	Fernando Collor de Mello ⁵⁸	Advogado no foro do Estado do Rio de Janeiro. Ministério Público junto à Justiça do Trabalho da Primeira Região, no período de 1975 a 1978. Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, no período de 1978 a 1981. Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho, no período de setembro de 1981 a junho de 1990.	Professor de Direito Privado, Direito do Trabalho e Direito Processual Civil.
	1990		
	2021		

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministros*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ CANÁRIO, Pedro. Em 25 anos de STF, Marco Aurélio capitaneou a modernização da corte. *Conjur*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-15/25-anos-stf-marco-aurelio-capitaneou-modernizacao-corte#author>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

NOME DOS MINISTROS DATA DE NASCIMENTO E ESTADO DE ORIGEM	INDICAÇÃO	FUNÇÃO ANTERIOR	ÁREA DE ESTUDO NO DIREITO.
	DATA INICIAL		
	DATA LIMITE		
<p>Gilmar Ferreira Mendes⁵⁹</p> <p>30 de dezembro de 1955. Natural do Mato Grosso.</p>	Fernando Henrique Cardoso	<p>Procurador da República com atuação em processos do Supremo Tribunal Federal (outubro de 1985 a março de 1988) e Advogado-Geral da União, de janeiro de 2000 a junho de 2002.</p>	<p>Professor de Direito Constitucional, Direito Público e Direitos Fundamentais.</p>
	2002		
	2030		
<p>Enrique Ricardo Lewandowski</p> <p>11 de maio de 1948. Natural do Rio de Janeiro.</p>	Luiz Inácio Lula da Silva.	<p>Advogado (1974 a 1990), tendo sido Conselheiro da Ordem dos Advogados - Seção de São Paulo (1989 a 1990). Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, pelo Quinto Constitucional da classe dos advogados escolhido pelo Governador Orestes Quércia (1990 a 1997). Desembargador do Tribunal de Justiça paulista, na Seção de Direito Privado, na Seção de Direito Público e no Órgão Especial (1997 a 2006).</p>	<p>Professor de Direitos Humanos e Teoria Geral do Estado</p>
	2006		
	2023		
<p>Cármen Lúcia Antunes da Rocha – Presidente⁶⁰</p> <p>19 de abril de 1954. Natural de Minas Gerais.</p>	Luiz Inácio Lula da Silva.	<p>Advogada. Procuradora do Estado de Minas Gerais de 1983 até 2006.</p>	<p>Professora de Direito Constitucional e Direito Empresarial.</p>
	2006		
	2029		

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministros*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=36>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁶⁰ Idem.

NOME DOS MINISTROS DATA DE NASCIMENTO E ESTADO DE ORIGEM	INDICAÇÃO	FUNÇÃO ANTERIOR	ÁREA DE ESTUDO NO DIREITO.
	DATA INICIAL		
	DATA LIMITE		
<p>José Antonio Dias Toffoli – Vice Presidente⁶¹</p> <p>15 de novembro de 1967. Natural de São Paulo.</p>	Luiz Inácio Lula da Silva.	<p>Advogado do PT nas campanhas do presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 1998, 2002 e 2006. Assessor Jurídico da Liderança do PT na Câmara dos Deputados 1995 a 2000. Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República durante a gestão do ministro da casa civil José Dirceu. Janeiro de 2003 a julho de 2005. Exonerado pela ministra Dilma Rousseff.</p> <p>Advogado – Geral da União março de 2007 a outubro de 2009.</p>	<p>Professor de Direito Constitucional e Direito de Família.</p>
	2009		
	2042		
<p>Luiz Fux⁶²</p> <p>26 de abril de 1953. Natural do Rio de Janeiro.</p>	Dilma Rousseff.	<p>Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. De 1979 a 1982.</p> <p>Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. De 1983 a 1997. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. De 1997 a 2001.</p> <p>Ministro do Superior Tribunal de Justiça. De 2001 a 2011. Escolhido pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso.</p>	<p>Professor de Direito Processual Civil.</p>
	2011		
	2028		

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pastas dos Ministros*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/cv_diastoffoli_09dez2016.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2017

⁶² Idem.

NOME DOS MINISTROS DATA DE NASCIMENTO E ESTADO DE ORIGEM	INDICAÇÃO	FUNÇÃO ANTERIOR	ÁREA DE ESTUDO NO DIREITO.
	DATA INICIAL		
	DATA LIMITE		
Rosa Maria Weber Candiota da Rosa ⁶³ 02 de outubro de 1948. Natural do Rio Grande do Sul.	Dilma Rousseff.	Juíza do Trabalho Substituta. De 1976 a 1981. Juíza do Trabalho Presidente de Junta de conciliação e julgamento. De 1981 a 1991. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região – Desembargadora do Trabalho. De 1991 a 2006. Ministra do Tribunal Superior do Trabalho – TST. De 2005 a 2011. Indicada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva.	Professora de Direto do Trabalho e Direito Processo do Trabalho.
	2011		
	2023		
Luís Roberto Barroso ⁶⁴ 11 de março de 1958. Natural do Rio de Janeiro.	Dilma Rousseff.	Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Assessor Jurídico da Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na gestão de Eduardo Seabra Fagundes, durante o primeiro Governo Leonel Brizola. De 1985 a 2013. Advogado responsável pela defesa no Supremo Tribunal Federal, em caráter <i>pro bono</i> . Também foi advogado do militante da esquerda Cesare Battisti, condenado por assassinato e terrorismo na Itália, num caso de grande projeção internacional De 1989 a 2013.	Professor de Direito Constituci onal
	2013		
	2033		

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Composição Atual*. Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/cv_roseweber_060212.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2017

⁶⁴ Idem.

NOME DOS MINISTROS DATA DE NASCIMENTO E ESTADO DE ORIGEM	INDICAÇÃO	FUNÇÃO ANTERIOR	ÁREA DE ESTUDO NO DIREITO.
	DATA INICIAL		
	DATA LIMITE		
Luiz Edson Fachin ⁶⁵ 08 de fevereiro de 1958. Natural do Rio Grande do Sul.	Dilma Rousseff.	Advogado desde 1980 até 2015. Fundou o escritório Fachin Advogados Associados, atuando em casos de conflitos empresariais, sucessórios, ambientais, agrários e imobiliários. Procurador jurídico do Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Estado do Paraná. De 1982-1987. Procurador geral do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Em 1985. Procurador do Estado do Paraná. De 1990- 2006 ⁶⁶ .	Professor de Direito Civil e Direto de Família.
	2015		
	2033		
Alexandre de Moraes ⁶⁷ 13 de dezembro de 1968. Natural do São Paulo.	Michel Temer ⁶⁸ .	Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. De 1991-2002; Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. De 2015-2016 e Ministro da Justiça. De 2016- 2017 ⁶⁹ .	Professor de Direito Constituci onal, Direitos Humanos e Direito penal ⁷⁰ .
	2017		
	2043		

⁶⁵ MIGALHAS. *Luis Edson Fachin é indicado novo ministro do STF*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217869,11049Luiz+Edson+Fachin+e+indicado+novo+ministro+do+STF>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁶⁶ ÉPOCA. *Luis Edson Fachin*. Disponível em <http://epoca.globo.com/tudo-sobre/noticia/2017/02/edson-fachin.html>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁶⁷ BBC. *Quem é Alexandre de Moraes, o novo ministro do STF*. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38884511>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁶⁸ Idem.

2.2 Onde: Plenário e Turmas

Para estudar os ambientes à luz da Teoria dos Jogos Teatrais do Supremo Tribunal Federal estruturado pelos seus jogadores, deve-se explorar a sua estrutura decisória que é composta pelo Plenário, as duas Turmas e o Presidente, conforme Art. 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) de 1980.

O Plenário é composto pelos onze Ministros e presidido pelo Presidente do Tribunal. Conforme Art 5º à 8º do RISTF/80 compete ao Plenário julgar. O quorum mínimo exigido são oito ministros. A questão constitucional será decidida se houver pelo menos seis votos no sentido da procedência ou da improcedência da ação.

O Plenário virtual trata-se de um órgão colegiado virtual e competente para julgar questões constitucionais, repercussão geral e reafirmação jurisprudencial⁷¹.

As Turmas são constituídas, cada uma, de cinco ministros. O ministro mais antigo preside a Turma. Neste colegiado são julgados apenas processos que não demandam a declaração de inconstitucionalidade de leis e área recursal apreciam decisões monocráticas dos ministros que as integram, além de revisar decisões de instâncias singulares conforme Arts. 8º e 9º, do RISTF/80.⁷²

Os ministros se reúnem três vezes durante a semana para o julgamento de processos. Às terças-feiras, ocorrem as sessões das duas Turmas de julgamento, compostas por cinco ministros cada, excluído o Presidente do Tribunal. Às quartas e quintas-feiras, os onze ministros reúnem-se nas sessões do Tribunal Pleno⁷³. Após a distribuição aleatória do processo, o ministro relator pode decidir monocraticamente e negar admissibilidade do recurso, improcedente ou contrário às súmulas do Supremo Tribunal Federal conforme Art. 21 do RISTF/80.⁷⁴

O Presidente do Supremo Tribunal Federal⁷⁵ é eleito, por voto secreto, pelos próprios ministros, e seu mandato tem a duração de dois anos, vedada a reeleição. Dentre as atribuições do Presidente estão: identificar processos múltiplos ou que tratem de repercussão geral; velar pelas prerrogativas do Tribunal; representar o

⁶⁹ BBC. *Quem é Alexandre de Moraes, o novo ministro do STF*. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38884511>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo esclarece regras dos julgamentos por meio virtual*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185234>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁷² Idem, p.3.

⁷³ Ibidem, p.4.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem, p.7.

Supremo Tribunal Federal perante os demais poderes; dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias; executar e fazer executar as ordens e decisões do Tribunal; decidir monocraticamente, nos períodos de recesso ou de férias, as questões de urgência; dar posse aos ministros conforme Art. 13 ° do RISTF/80⁷⁶.

As sessões do Plenário são conduzidas pelo Presidente do Tribunal. O ministro relator do processo faz a leitura do relatório descritivo da controvérsia constitucional, logo após são realizadas as sustentações orais dos advogados e do Ministério Público, abre-se a oportunidade para que cada ministro profira seu voto que são revelados apenas na sessão de julgamento. É facultado aos ministros pedirem vistas dos processos, quando precisam refletir e argumentar melhor sobre o caso debatido. Finalizado o julgamento, cabe ao relator do processo, ou ao condutor do voto vencedor, redigir o acórdão, que será publicado no Diário da Justiça, publicação diária, de circulação nacional, da imprensa oficial brasileira⁷⁷.

2.3 O quê: Técnicas jurídicas para o jogo jurídico

O processo de decisão do Supremo Tribunal Federal em casos difíceis tem sido objeto de vários estudos acadêmicos que questionam quais critérios jurídicos, interpretações, parâmetros legais que cada ministro utiliza para julgar. No próximos subtítulos serão pontuadas e resumidas as principais teses apresentadas pelos ministros.

2.3.1 O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner

Richard Allen Posner, em 1973, produz a *Análise Econômica do Direito – AED* uma guinada na visão pragmática do direito, implementando uma ampla abordagem sobre justiça com base nas decisões judiciais norte-americanas⁷⁸. Para Posner o pragmatismo compreende e interessa-se pelos problemas de modo prático e instrumental, sem imaginações, com plena consciência das limitações humanas, culturais, intelectuais, financeiras e sociais. O direito é pensado além de um raciocínio jurídico, mas como uma prática social e política⁷⁹. Para o pragmatismo jurídico de Posner a teoria do direito deve ser mais flexível e ser feita pelas decisões

⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF Brasil Estrutura*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/STF__Brasil__Estrutura_e_Atribuicoes.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁷⁸ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.72.

⁷⁹ Idem, p.16.

dos juízes no caso concreto e não por um conjunto de escolas filosóficas e dogmáticas.

Para Posner não existe direito independente de um processo, portanto, o direito seria a resolução do conflito pelos juízes no caso concreto, encontrando soluções imediatas, usando quaisquer informações que lhes sejam passadas pelo Ministério Público, advogados, memória, leitura de doutrinas, teorias e jurisprudências e suas experiências como magistrados. O juiz usando esse processo terá uma forma iluminadora de resolver litígios e atender às necessidades da sociedade⁸⁰.

O pragmatismo de Posner defende a possibilidade de contestar, revisar e mudar constantemente normas jurídicas, pois as mesmas não são sólidas e devem ser adaptadas para as necessidades humanas⁸¹. O direito tem natureza indeterminada, dependendo da interpretação jurídica, e a verdade é o teste do tempo no qual as verdadeiras crenças sobrevivem no tempo, logo para Posner, verdades não podem ser provadas⁸².

Outro questionamento frequente é a relação entre moral e direito, para Posner o direito não garante a moralidade, pois esta é relativa ao código moral, cultura particular de cada ser humano. Na maioria das vezes o direito é desinteressado em quebras de acordos, como exemplo dado por Thais Nunes de Arruda, no qual mentir não é um crime ou um dever jurídico, a não ser sob juramento, mas na sociedade brasileira é moralmente inaceitável⁸³. Posner pontua que falar de justiça, igualdade e liberdade numa decisão judicial é um retórica, está no campo da metafísica e são palavras abstratas que tendem a ser bordões como “ninguém está acima da lei”⁸⁴.

Pragmatismo justifica a ideia que os magistrados fundamentam suas decisões a partir de pensamento e experiência, elementos e condições jurídicas e não jurídicas, objetivas e subjetivas, conscientes, intuitivas e estratégicas. Portanto, a razão prática é uma ferramenta para o saber jurídico, conseqüentemente o processo experimental de tentativa e erro⁸⁵.

Para Posner um juiz pragmático argumenta uma decisão judicial embasado em julgamentos de políticas públicas, considerando tudo até a

⁸⁰ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis?* A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.85.

⁸¹ Idem, p.87-89.

⁸² Ibidem.p.94.

⁸³ Ibidem.p.105.

⁸⁴ Ibidem.p.135.

⁸⁵ Ibidem.p.125.

consequência para que conduza a melhores resultados no futuro de cada caso concreto. No pragmatismo jurídico as consequências se classificam em duas⁸⁶:

a) Consequências sistêmicas

É uma decisão que reflete valores sociais e políticos da sociedade e que estabelece uma justiça que preserva e interpreta as leis para o benefício de uma população. Exemplo a Ação Penal (AP) 470, caso que ficou conhecido como “mensalão” julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

b) Consequências específicas

São decisões que apenas interessam às partes da lide e o magistrado deve decidir em favor de um dos lados sem repercussão na sociedade em geral.

Para Posner as decisões pragmáticas devem encontrar uma harmonia entre a sociedade e as consequências específicas, fornecendo critérios com base em diferentes preferências morais e políticas para cada caso, podendo gerar decisões mais razoáveis considerando não só as consequências concretas, como também matérias jurídicas e a necessidade de preservar os valores do Estado de Direito⁸⁷. Posner reconhece em *How Judges Think* que uma decisão deve produzir um benefício social. E salienta que o pragmatismo não deve ser supervalorizado, porque ele não tem respostas corretas para todas as questões jurídicas, pois muitos juízes decidirão de forma diferente conforme sua experiência profissional, ideologias, preconceitos e passado. Alguns magistrados não conseguiram se transformar em experts do direito e analisar o caso concreto pelo custo e benefício.⁸⁸

Segundo Posner, um juiz utilizará sua capacidade crítica e lógica de maneira coerente e empregará os reais fundamentos de sua decisão extraíndo conceitos e concepções sociais da história e de textos legislativos importantes para servir de guia, examinar, além de precedentes significativos, outras fontes e por fim equilibrar um juízo sobre políticas públicas⁸⁹. Porém, o magistrado não está livre para exercer sua discricionariedade na hipótese de indeterminação do direito, limitado pelas regras institucionais e limitações materiais e psicológicas, por isso Posner escreve que o juiz pragmático deve jogar o “jogo judicial”, formulando regras que permitem apreciar o julgamento de casos, dispondo de um processo, que inclui resumos e argumentos orais, trocando com outros juízes. Posner acredita que haja

⁸⁶ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.132-133.

⁸⁷ Idem, p.137.

⁸⁸ Ibidem, p.138.

⁸⁹ Ibidem, p.140-141.

constrições de duas ordens: as externas, como a opinião pública que influencia os juízes, questão da não vitaliciedade do cargo em relação ao modelo judiciário americano, congelamento de salário; quantidade excessiva de trabalho e a dificuldade de promoção e estrutura hierárquica, o respeito ao texto constitucional e o sistema de precedentes, a retaliação política de decisões impopulares, decisões judiciais sem a falta de apoio pelo sistema legislativo e a nomeação de outros juízes para fazer oposição ao entendimento das decisões da corte; as internas são os comportamentos pessoais dos juízes, como traços de personalidade, temperamento, educação, orientação sexual e sexo, experiência profissional, aversão à discordância, ideologia política, valores religiosos e morais.⁹⁰

A lacuna do sistema representativo, preenchida por juízes, aumenta a possibilidade de decisões com caráter político, ideológico e vinculadas a preconceitos que afetam a sua imparcialidade. No entanto, para o pragmatismo, julgar é algo pessoal e político. Posner está convencido que o judiciário não é um poder para elaboração de lei e que sua função, dentro de uma área aberta, é melhorar uma determinação legislativa no caso concreto⁹¹.

Um juiz pragmático joga o “jogo judicial” improvisando nas argumentações para decisões de um processo. A improvisação na Teoria dos Jogos Teatrais consiste na capacidade do jogador-ator interpretar com a capacidade de raciocínio rápido sem texto no calor do momento, jogando, seja com outros jogadores, seja sozinho ou com a plateia, de forma a convencer e encantar pela sua atuação.

2.3.2 O Juiz Hércules na visão de Dworkin

Ronald Myles Dworkin é conhecido como o principal expoente contemporâneo da natureza do direito, cuja contribuição está no desenvolvimento de uma teoria consistente, que permite que o juiz intérprete suas próprias responsabilidades morais e éticas de um modo liberal⁹². Durante seu trabalho, o foco hermenêutico e na teoria da decisão, destaca-se entre suas ideias a que corresponde à definição de princípios jurídicos, à forma de resolução de casos difíceis, a relevância do escopo jurídico e do direito como integridade⁹³.

⁹⁰ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.153.

⁹¹ Idem, p.160.

⁹² Ibidem, 2011.p.177

⁹³ PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446. Acesso em 6 fev 2017.

Para Dworkin, o direito seria uma teoria jurídica interpretativa, do qual o juiz deveria decidir com as melhores argumentações justificativas e normativas, construídas a partir de estudos de diversas práticas literárias, normas éticas e políticas inseridas no texto constitucional, ao contrário de Posner estudado anteriormente, a caracterização do direito como simples caso concreto, poderia torná-lo um dogmatismo político dissimulado⁹⁴. O direito é profundamente político num sentido amplo, mas não pode se tornar matéria de política pessoal ou partidária⁹⁵.

Os princípios são conjuntos de elementos principais do processo judicial e para Dworkin a liga do seu sistema, de modo que o direito é construído tal qual um romance em cadeia, em que cada juiz representado pela figura de Hércules⁹⁶ também incide no autor que decidirá conforme a teoria do direito conexa à história de sua sociedade também será responsável por dar continuidade e coerência à história do direito⁹⁷.

Para Dworkin, cada magistrado deveria ser um juiz Hércules, criterioso, metódico, tendo paciência para distinguir diversas conjecturas para melhor interpretar os casos, aplicando princípios em cada questão e aceitando o direito com integridade⁹⁸. Conforme entendimento de Dworkin:

“Hércules verifica se há amparo em um princípio de justiça em cada questão, dessa feita, rechaçando prévia e justificadamente cada hipótese que não se coaduna com essa premissa. Pois, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.⁹⁹

Este juiz Hércules põe a prova sua interpretação, avaliando a partir de uma série de pontos, elaborando sua própria interpretação em conexão às estruturas

⁹⁴ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis?* A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.178

⁹⁵ Idem, p.184.

⁹⁶ Na mitologia grega, Hércules era um herói dotado de grande força e coragem. Os romanos antigos o chamavam de Hércules. Para se vingar de Hércules, Hera provocou nele um acesso de loucura. Fora de si, Hércules matou a esposa e o filho. Quando voltou ao normal, ele ficou horrorizado e deprimido com seu ato. Consultou então uma sacerdotisa para saber como poderia se redimir. Ela o aconselhou a procurar o rei Euristeu e fazer o que ele lhe ordenasse. Hércules seguiu o conselho e foi encarregado pelo rei de realizar doze missões ou trabalhos aparentemente impossíveis.

HÉRACLES. In Britannica Escola Online. *Enciclopédia Escolar Britannica*, 2017. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/article/481485/Heracles>>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

⁹⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis?* A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.180.

⁹⁸ PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446. Acesso em 6 fev 2017.

⁹⁹ Idem.

de decisões e prioridades da sociedade local, mas quando há divisões em várias áreas jurídicas, o magistrado deve enquadrar qualquer escolha ou decisão nos princípios jurídicos. Dworkin explica porque nomear este juiz de Hércules¹⁰⁰:

“Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobrehumanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto.” (2007, p. 294).¹⁰¹

Dworkin através da metáfora do romance em cadeia, no qual descreve que o ofício do romance em cadeia pressupõe que cada escritor que pretenda criar apenas uma obra, a partir do material que recebeu, ele deve tentar criar o melhor documento possível como se fosse obra de um único autor, isso exige uma avaliação geral de sua parte¹⁰². O direito é igual ao romance que exige uma avaliação geral pela parte do juiz e não uma reflexão abstrata. Quem interpreta uma obra vai buscar na sua estrutura a intenção do escritor, pois pretende revelar as várias dimensões de valor de uma obra literária¹⁰³. Para Dworkin a resolução dos *hard cases* deve seguir a literatura:

“Qualquer juiz obrigado a decidir um processo judicial encontrará sem dúvida, ao olhar nos livros apropriados, os registros de muitos casos semelhantes, decididos ao longo de décadas ou mesmo séculos passados por muitos outros juízes de diferentes estilos e filosofia. Ele deve interpretar o que o antecedeu porque tem a responsabilidade de avançar no empreendimento, ao invés de abandoná-lo ou mudá-lo de direção por conta própria. Em todo caso, será, no entanto, verdadeiro, para todos os romancistas após o primeiro, que a atribuição de encontrar (o que eles acreditam ser) a resposta correta para a interpretação do texto presente é uma atribuição diferente daquela de começar um romance próprio”.¹⁰⁴

Com isso Dworkin julga que em casos difíceis, o magistrado que está procurando a resposta certa deve ter em mente que não existe resposta, porque o direito são suposições. De acordo com Thais Nunes de Arruda uma das afirmações jurídicas é que não há razões jurídicas que torne o argumento de um (autor) melhor do que do outro (réu). Então o juiz deve fundamentar sua decisão numa teoria e nos princípios do direito para sua prática jurídica¹⁰⁵.

¹⁰⁰ PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446. Acesso em 6 fev 2017.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.184.

¹⁰⁴ Idem, p.188.

¹⁰⁵ Ibidem, p.203.

O Juiz Hércules dotado de um habilidade de interpretação incomum para elaborar suas argumentações em conexão com os princípios jurídicos como se fosse o protagonista de uma peça teatral. Para a Teoria dos Jogos Teatrais, o protagonista é aquele ator que terá o papel principal da peça, correrá riscos, ajudará seus amigos, terá sua vida ceifada pelo vilão, mas no fim vencerá a tudo e a todos e, como recompensa, terá a mais linda donzela como sua amada esposa.

2.3.3 A Interação estratégica de Erving Goffman

Em sua obra “A representação do eu na vida cotidiana”, Erving Goffman parte do entendimento que a vida tem princípios dramáticos parecidos com a representação teatral: o papel de um ator ou indivíduo é destinado de acordo com desempenhado por outros atores e pela plateia, bem parecido com o jogo teatral estudado no capítulo anterior¹⁰⁶.

A expressão de uma pessoa deve envolver a expressão que ele quer transmitir como símbolos verbais que é utilizado para transmitir uma informação, conectando-se aos outros interessados e a expressão que emite são uma série de ações que são levadas por razões diversas a informação transmitida¹⁰⁷. Quando uma pessoa influencia outra pessoa em determinada situação de forma completamente calculada, expressando-se de maneira definida, dando a impressão que o indivíduo raciocinou certa resposta por si mesmo¹⁰⁸.

Conforme Goffman, este tipo pessoa que joga com a informação, tentando esconder, ludibriar, manipular e controlar situações e pessoas, inúmeras vezes se apresenta diante de outros com técnicas comuns ou estratégias táticas apreendidas para manter boa impressão, diplomacia, práticas protetoras cultivadas muitas vezes para sobreviver em ambientes competitivos, hostis e atividades laborais¹⁰⁹.

O autor utiliza o conceito “fachada” para designar uma ferramenta expressiva utilizada intencionalmente ou inconscientemente durante sua representação. Esta pessoa não interpretará apenas um certo “tipo” de pessoa no seu interior, mas também utilizará de jeitos, maneiras e aparência para dar convencimento para seu círculo social¹¹⁰. Como exemplo, o indivíduo quer pertencer ao círculo social dos velejadores, deve adquirir um veleiro, ter conhecimento dos diversos tipos de nós de corda, gírias de velejadores, modo como vestir, entre outros.

¹⁰⁶ GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 2002, p.9.

¹⁰⁷ Idem, p.12.

¹⁰⁸ Ibidem, p.15.

¹⁰⁹ Ibidem, p.22-23.

¹¹⁰ Ibidem, p.29-33.

Para Goffman a interação recíproca dos indivíduos em convivência, é estabelecida de acordo com uma definição organização, papéis e probabilidades envolvidas em cada encontro. Todos têm interesse que podem ser bons ou ruins, mas ninguém faz nada por puro altruísmo, algo em troca deve ser oferecido e recebido consciente ou inconscientemente. Uma vez negociado e captado o que está em jogo no convívio, a pessoa passa a gerir o formato do seu “Eu” em relação às impressões observadas anteriormente, formulando estratégias para que seus objetivos sejam conquistados, de maneira consciente ou não. Desse modo, cada interação social se estabelece de acordo com as pessoas como atores (juntas em grupos ou separadas), com a plateia, e com as expectativas estabelecidas entre eles¹¹¹.

Em algumas situações, estes indivíduos são colocados pelo trabalho, círculo social ou familiar parte integrante de uma equipe ou grupo. Frequentemente membro de grupos heterogêneos com indivíduos, com aspectos diferentes entre si, irão trabalhar como representações individuais ou representações diferentes que se fixam num todo. Este diálogo social acarreta a produção de um acordo comum operacional arquitetado pelos indivíduos envolvido por meio da estratégia da diplomacia, por meio de evitar assuntos polêmicos e divergentes que comprometeria a sustentação do conjunto¹¹². Como explica Goffman:

“Uma vez que todos nós participamos de equipes, devemos carregar no nosso íntimo algo da doce culpa dos conspiradores. E desde que cada equipe está empenhada em manter a estabilidade de algumas definições da situação, escondendo ou depreciando certos fatos a fim de consegui-lo, pode-se esperar que o ator continue vivendo sua carreira de conspirador com certa dissimulação”.¹¹³

O objetivo principal de um grupo é manter-se sólido, o que implicará em ser capaz de guardar segredos e em fazer com que eles sejam guardados. Goffman divide os segredos em: segredos indevassáveis, no qual o grupo esconde fatos que se forem revelados, mostrarão sua real imagem; segredos estratégicos são planejamentos de ações futuras; segredos íntimos que possam prejudicar algum membro da equipe individualmente¹¹⁴.

O juiz que interpreta a representação do eu como Goffman escreve, será aquele que envolverá, manipulará, controlará situações e pessoas para sobreviver no ambiente competitivo de um plenário. Na Teoria dos Jogos Teatrais, o ator deve aprender a convencer, seduzir e manipular a plateia, utilizando técnicas de interpretação, ferramentas de expressividade, conectando com o outro para emitir sua informação de forma convincente. Como se pode observar, o jogo jurídico tem princípios idênticos aos dos Jogos Teatrais.

¹¹¹ GOFFMAN, Erving. A representação do eu na vida cotidiana. Petrópolis: Vozes, 2002, p.230-231.

¹¹² Idem, p.76-79.

¹¹³ Ibidem, p.100.

¹¹⁴ Ibidem, p.132-135.

2.3.4 Modelos de decisão colegiada

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são processos colegiados de decisões. Esta estrutura pode afetar a argumentação e comportamento de juízes com propensões ideológicas, estratégicas e políticas. Patrícia Perrone Campos Mello pontua que existem estudos sobre o funcionamento dos tribunais comprovando que o modelo de decisão colegiada adotado pode ser gerador ou restritivo entre seus ministros¹¹⁵.

Modelos de decisões colegiadas podem ser¹¹⁶:

a) modelo deliberativo

Decisão uniforme produzindo um julgamento que todos ministros buscam argumentar em seus votos um único entendimento sobre determinada posição. Não existindo uma postura de debates sobre vários entendimentos e opiniões, tornando a decisão um resultado coletivo¹¹⁷.

b) modelo agregativo

Decisão colegiada que não busca o consenso, mas a somatória de argumentações jurídicas individuais de cada ministro. Este modelo é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no qual a melhor decisão será o entendimento majoritário da questão em pauta. De acordo com Patrícia Mello *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal pode causar uma indefinição da sua decisão:

Não é incomum, ademais, que a ementa do julgado e o voto proferido pelo relator não representem, com exatidão os argumentos adotados pelo colegiado como um todo, uma vez que, pelos motivos já expostos, os ministros, em suas manifestações, falam por si mesmos individualmente, e não pelo Supremo Tribunal Federal como instituição. Assim, aqueles que procuram compreender os precedentes do STF a partir da ementa e do voto do relator muitas vezes são induzidos em erro.¹¹⁸

c) modelo interno

Confronto de ideias, teses, opiniões e mudança de entendimento entre os ministros ocorrem sem acesso ao público, reservado apenas a membros da corte¹¹⁹. Este modelo é utilizado pela Suprema Corte

¹¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.171.

¹¹⁶ Idem, p.172-174.

¹¹⁷ Ibidem, p.173.

¹¹⁸ Ibidem, p.202.

¹¹⁹ Ibidem, p.172.

Norte-Americana, em que são públicos apenas os argumentos orais e o resumo da deliberação¹²⁰.

d) modelo externo

Debate de opiniões e votos são apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal publicamente e durante as sessões de julgamento serão registrados e disponibilizados na internet. Depois ementa e conclusão de julgamento são publicadas no Diário de Justiça. Este modelo tem aspecto positivo de aproximar o poder judiciário da população. Com advento da TV Justiça, o plenário do Supremo Tribunal Federal é transmitido ao vivo para sociedade¹²¹. No entanto, a exibição do processo decisório e dos ministros pode ter aspectos negativo, como analisa Patrícia Perrone:

Por outro lado, maior exposição dos magistrados ao público torna-os mais preocupados com seu próprio desempenho. É que, no modelo externo de decisão, os juízes não se dirigem apenas a seus colegas ao expressar seus entendimentos. Eles se dirigem também a todos os eventuais grupos de identificação que possa vir a avaliar ou a reprovar a sua atuação no caso, pois o conhecimento de sua posição individual chegará até eles. Essas circunstâncias podem dificultar mudanças de opinião, limitar o poder persuasivo da argumentação e favorecer uma lógica do “culto à personalidade” dos juízes¹²².

e) modelo de votação institucional (“*per curiam*”)

A corte como instituição decide um único resultado para matéria debatida. Ainda que existam votos contrários àquela decisão, o entendimento é por um consenso generalizado como se todos os ministros fossem um todo¹²³.

f) modelo de votação em série (“*seriatim*”)

Apesar de ser uma decisão colegiada cada ministro elabora sua argumentação para a matéria em debate, então ocorre a somatória dos votos no plenário do Supremo Tribunal Federal, vence o entendimento majoritário que será utilizado para solucionar o caso concreto¹²⁴.

¹²⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.173.

¹²¹ Idem, p.204.

¹²² Ibidem, p.173.

¹²³ Ibidem, p.174.

¹²⁴ Ibidem, p.174.

Conforme Patrícia Perrone, a composição das cortes judiciais pode gerar a polarização de juízes com mesma tendência política, adotando entendimentos extremos e/ou a neutralização alguns seus magistrados, transformando-os em “lobos solitários”, não contrapondo argumentos dominantes no Supremo e tendo seus votos vencidos, mas obtendo apoio de setores e pessoas favoráveis a seu posicionamento¹²⁵. De acordo com o pensamento da autora a heterogeneidade ideológica é uma saída para o equilíbrio das cortes:

A polarização ideológica em colegiados homogêneos e a moderação ideológica em órgãos heterogêneos podem resultar da interação sincera entre seus membros e do encontro de pontos de vista convergentes, no primeiro caso, e divergentes, no segundo caso. Em razão disso, alguns autores chegam a sugerir a importância de preservar uma heterogeneidade ideológica nos órgãos judiciais colegiados, de forma a possibilitar uma decisão mais informada e refletida sobre as questões analisadas¹²⁶.

Os ministros nas Cortes, como no Supremo Tribunal Federal, são como atores que atuam num grupo de teatro fechado. Na Teoria dos Jogos Teatrais, o ator deve jogar com outros atores para ter uma sintonia fina na hora do espetáculo. Como todo grupo humano, num grupo de teatro existem a reunião de pessoas que tem certa tendência política, metodológica, religiosa, entre outros e que poderão ou não afetar o estilo de interpretação e dramaturgia do grupo teatral.

2.3.5 Controle de Constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 regula o modo de produção de leis e também disciplina competências e procedimentos para sua criação¹²⁷. O controle de constitucionalidade possui contornos diversos como:

a) Controle formal

Esse controle destina a sua competência ao poder judiciário para ser um órgão controlador que examinará se as leis elaboradas pelo sistema representativo (executivo e legislativo) estão em compatibilidade com a Constituição¹²⁸.

b) Controle material

E esse controle reflete sobre o conteúdo da norma está inconstitucionalidade significa uma incompatibilidade entre lei e a

¹²⁵ MELLO, Patrícia Perrone *Campos. Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 202.

¹²⁶ Idem, p. 177.

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.48.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 304.

Constituição Federal 1988. Segundo Paulo Bonavides, o controle material é uma ferramenta muito delicada por seu conteúdo político, vetando os exageros do poder legislativo caracterizado por normas abusivas¹²⁹.

O controle jurisdicional constitucional pode ser de duas formas:

a) Controle difuso

Este tipo de controle tem como competente o próprio poder judiciário portanto, é permitido para todo e qualquer juiz reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei e sua aplicação no caso concreto¹³⁰ por via incidental apreciado no caso concreto, sujeito a função jurisdicional¹³¹.

b) Controle concentrado

Esse modelo é executado por um único órgão específico criado para esta função, natureza e alcance de um tribunal constitucional este controle por via principal ou ação direta, fora do caso concreto, tendo propósito a respeito da validade da norma.¹³²

O sistema de controle judicial de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988 sustenta um sistema híbrido combinando o controle difuso por via incidental, feita por todos juizes e tribunais com o controle concentrado por via principal de competência no Supremo Tribunal Federal¹³³.

O controle de constitucionalidade na Teoria dos Jogos Teatrais seria o controle do diretor sobre a interpretação dos atores, dirigindo-os para que seus jogos fiquem nas regras impostas pelo dramaturgo no texto da peça.

2.3.6 Regime interpretativo máximo x mínimo

Conforme a estratégia adotada, os magistrados poderão utilizar ferramentas como os regimes interpretativos máximo e mínimo que são elementos

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 306.

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.69

¹³¹ Idem, p.72.

¹³² Ibidem, p.71-73.

¹³³ Ibidem, p.87.

institucionais internos que relacionam as normas que subjagam as condutas dos juízes¹³⁴.

De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello, o regime estudado e utilizado por ela é o regime interpretativo mínimo no qual fundamentam decisões com base apenas em argumentações jurídicas, sem alternativas políticas mesmo que os *hard cases* tenham tendências ideológicas, juízes dessa linha justificam sobre a base de normas constitucionais. Decisões minimalistas examinam questões necessárias para fundamentar no caso concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem.¹³⁵

Porém, o regime adotado pelas cortes judiciais é o regime interpretativo máximo, com ampla abordagem para justificar as argumentações dos juízes com estas decisões maximalistas. Magistrados desse estilo recorrem a fundamentos amplos, profundos que poderão definir julgamentos futuros¹³⁶. Como expõe Patrícia Perrone Campos Mello:

“Já a atitude judicial maximalista possibilita a consolidação pelas cortes de entendimentos amplos sobre as matérias que lhes são submetidas, abre caminho à sistematização de seus julgados anteriores sobre determinado tema e constitui um recurso estratégico para influenciar o conteúdo do direito e antecipar as respostas que a corte daria a demandas ainda não ajuizadas, de forma a provocar a sua propositura ou a contê-la. Acredita-se também que a postura maximalista favorece uma maior previsibilidade do direito porque proporciona a definição de regras gerais (desde que, obviamente, as cortes não alterem seus entendimentos com frequência). Segundo a doutrina, o maximalismo pode promover a redução da litigiosidade pelas mesmas razões. Pode gerar maior limitação da discricção judicial em virtude da amplitude dos precedentes. E pode promover a isonomia entre os jurisdicionados. Constata-se, portanto, que a adoção do estilo maximalista ou minimalista é influenciada por aspectos institucionais internos ao Poder Judiciário, de caráter cultural e estratégico”.¹³⁷

Segundo Patrícia Mello, a tendência dos ministros do Supremo Tribunal Federal especialmente nos *hard cases* é a utilização de decisões maximalistas com base em amplas referências acadêmicas, teóricas e doutrinárias combinada com princípios gerais e condicionantes institucionais como a estrutura do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro (controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade) estudados neste capítulo¹³⁸.

¹³⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 167.

¹³⁵ Idem, p.167-169.

¹³⁶ Ibidem, p. 167-169.

¹³⁷ Ibidem, p.171.

¹³⁸ Ibidem, p. 192-193.

O regime interpretativo máximo ou mínimo dos ministros do Supremo Tribunal Federal é parecido com o modo de interpretação de alguns atores jogadores na Teoria dos Jogos Teatrais. Muitos atores aumentam a interpretação de alguma cena ou até colocam palavras no texto escrito pelo dramaturgo, uma tendência aproximada com o regime interpretativo máximo. Porém, existem atores que têm sua interpretação e falas pautadas apenas pelo texto escrito pelo dramaturgo, idêntica ao regime de interpretativo mínimo dos ministros.

2.3.7 Ativismo Judicial e a Supremocracia

O Supremo Tribunal Federal buscou, no Ativismo Judicial, ser o protagonista dos *hard cases*, procurando a implementação de políticas públicas equilibrando princípios constitucionais para a inclusão social e respeito ao livre mercado. Porém, deve existir uma ponderação do nível de interferência judiciária, evitando decisões superficiais e apressadas, além da garantia da separação dos poderes¹³⁹.

Algumas decisões de juízes estão invadindo de modo desproporcional os outros poderes (legislativo e executivo) utilizando o ativismo judicial como ferramenta para estes abusos. O ativismo judicial é uma arma complexa e poderá ser utilizada de forma cabível no Estado Democrático de Direito, mas com cautela¹⁴⁰.

De acordo com Antonio Celso Baeta Minhoto existem dois episódios distintos, mas que podem levar ao ativismo judicial que interfere no desempenho dos juízes são a judicialização da política e à politização do Judiciário. A judicialização, quando analisada uma gama de temas diversos encaminhados ao Judiciário; e a politização, quando a política, e principalmente a partidária, contamina o julgamento judicial¹⁴¹. A força política partidária tem uma participação muito além do que a separação dos três poderes, sua atuação na nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal é envolvida no processo de escolha.¹⁴²

No Estado Democrático de Direito, o juiz deve ser o atuante, criativo e consciente das necessidades da sociedade, decidindo *hard cases* de modo significativo. Nos tempos atuais, ser um juiz neutro apenas decidindo conforme a letra fria da lei, não estará evoluindo em conjunto com as necessidades da sociedade e do

¹³⁹ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Ativismo judicial em foco: O Supremo Tribunal Federal na busca do equilíbrio entre inclusão social e respeito ao livre mercado. In: *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17 n. 113, Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1175> Acesso em: 21 mar. 2016, p.632-633.

¹⁴⁰ Idem, p.635-636.

¹⁴¹ Ibidem, p.637-638.

¹⁴² Ibidem, p.640.

próprio poder Judiciário.¹⁴³

O ativismo judicial pode ser uma ferramenta positiva como se pode observar nas análises acima, mas poderá tornar-se uma perigosa arma para um juiz autoritário atuando de forma insignificante, ainda com melhores intenções, sente-se protagonista de um projeto mais relevante sem limites jurisdicionais. Conforme Minhoto, o juiz difere do político eleito pelo voto popular, portanto não tem compromisso popular. O magistrado quando decide, na maioria das vezes, não julga de forma mecânica, mas também com sua interpretação que irá além da sua atividade intelectual e judicial, entretanto com sua experiência de vida. Por isso é importante traçar limites para prática jurisdicional e respeitar a divisão dos três poderes.¹⁴⁴

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal vem atuando com uma postura ativista, normatizadora, em *hard cases*, como protagonista principal na tomada de decisões polêmicas e relevantes em relação a certos valores e princípios amparados pelo Estado. O juiz deve decidir dentro do limite constitucional democrático e das normas infraconstitucionais, nunca deixando de lado a harmonia da social e política¹⁴⁵.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal são criticadas por juristas, pois deparam com a falta de legitimidade democrática do poder judiciário e ajusta-se perfeitamente com o autoritarismo dos juízes¹⁴⁶. Como escreve Minhoto:

“Um dos mais respeitados pesquisadores da atualidade, Daniel Sarmiento, chama a atenção para os riscos de um ativismo judicial sem limites. Elogiando a atividade jurisdicional que se propõe mais ampla, Sarmiento contra-argumenta que há a “outra face da moeda” e essa é a de que muitos juízes “deslumbrados diante dos princípios se da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos”.¹⁴⁷

Oscar Vilhena Vieira escreveu vários trabalhos determinados a estudar aspectos da atuação do Supremo Tribunal Federal sobre temas referente a interpretação constitucional, ponderação de valores, princípios ou moralidade proliferam no meio acadêmico. O autor aponta a importância das decisões do Supremo Tribunal Federal no dia-a-dia de pessoas comuns, mesmo com o vocabulário jurídico de difícil compreensão, este novo hábito brasileiro vem sendo alimentado pelas principais mídias nacionais. Porém este fenômeno não tem origens brasileiras,

¹⁴³ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Ativismo judicial em foco: O Supremo Tribunal Federal na busca do equilíbrio entre inclusão social e respeito ao livre mercado. In: *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17 n. 113, Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1175> Acesso em: 21 mar. 2016, p.640-641.

¹⁴⁴ Idem, p.642-643.

¹⁴⁵ Ibidem, p.644-651.

¹⁴⁶ Ibidem, p.652.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 652-653.

para alguns estudiosos a ampliação do poder judiciário em desvantagem dos outros poderes é a consequência da expansão do mercado global que visa investir num país que garantir segurança jurídica, estabilidade e política mais confiável.¹⁴⁸

No Brasil, o processo de crescimento do poder judiciário teve maiores proporções no ambicioso texto constitucional de 1988, no qual o Supremo Tribunal Federal concentrou as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, e como acentuou Vieira, teve seu papel político reforçado com as emendas de nº. 3/93, nº. 45/05 e pelas leis nº. 9.868/99 e nº. 9.882/99, este arranjo institucional brasileiro que transfere autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias do judiciário através da adoção da súmula vinculante, completando o controle concentrado de constitucionalidade, recuperando sua capacidade de alinhar juízes e tribunais resistentes às suas decisões e dos outros poderes (executivo e legislativo), depois da Constituição de 1988 no qual deslocou o Supremo para ser seu guardião, ampliando seu poder jurisdicional igualando a um poder moderador sendo responsável por expressar a última palavra sobre inúmeras questões substantiva, autenticando decisões dos outros poderes, recebe o nome de Supremocracia¹⁴⁹.

Como tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem obrigação de julgar por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI estudada neste capítulo, leis e atos normativos federais e estaduais além da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO que assegura imediata e direta implementação de direitos fundamentais. Controle concentrado de constitucionalidade das leis, confere ao STF a proferir a última palavra em temas constitucionais dos poderes legislativo e executivo. Vieira observa que a abertura para novos atores políticos e sociais (Art. 103 da Constituição Federal de 1988) para a legitimidade, para a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, transformou o Supremo em revisor majoritário de decisões importantes para o País¹⁵⁰.

O Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição 1988, é foro especializado em julgar criminalmente autoridades públicas (presidente, vice-presidente, procurador geral da república, ministros e membros do Congresso Nacional), com foro especial por prerrogativa de função. Além de servir como a última instância judicial de apelação, revisando decisões judiciais, Vieira observa a coexistência do sistema difuso de controle de constitucionalidade e o sistema concentrado de controle constitucional estudado neste capítulo.¹⁵¹

Trata-se de um dos instrumentos processuais do Supremo Tribunal

¹⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista de Direito GV*, vol. 4, no 2, São Paulo, jul/dez de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016, p.442.

¹⁴⁹ Idem, p. 444-445.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 447.

¹⁵¹ Ibidem, p.448-449.

Federal que reforça a sua autoridade, inserido na Constituição de 1988, pela Reforma do Judiciário (emenda constitucional 45), seu objetivo é a seleção dos Recursos Extraordinários, pelo filtro de relevância jurídica, política, social ou econômica, aumentando a concentração de poderes nas mãos do Supremo. Como o exemplo selecionado pelo jurista Oscar Vilhena Vieira¹⁵²:

“O julgamento da lei de biossegurança¹⁵³, que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas, é significativo deste novo patamar de visibilidade pública que vem sendo alcançado pelo Supremo. Para além da própria importância do tema, que tinha como pano de fundo a questão sobre a proteção jurídico constitucional das etapas de desenvolvimento da vida, da vasta cobertura da mídia e da intensa romaria de diversos grupos contrários e favoráveis à liberação da pesquisa com células-tronco para apresentar seus argumentos aos membros do Tribunal, quatro fatos parecem indicar que o Supremo passou a ocupar um novo papel no sistema político brasileiro. O primeiro fato a ser destacado aqui se refere à naturalidade com que o Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário. (...) O fato de que o Supremo delibera em público, com televisionamento de suas audiências, também diferencia o Tribunal da quase totalidade das cortes constitucionais ao redor do mundo. Até o presente momento, não surgiu, salvo melhor juízo, nenhum estudo buscando compreender o impacto da publicidade sobre a atuação dos Ministros”¹⁵⁴.

Enquanto as forças políticas do país (Executivo e Legislativo) não se consolidarem como potências seguras para o cidadão brasileiro, o judiciário nas mãos do Supremo Tribunal Federal, independentemente de estar certo ou errado continuará ganhando força e confiança da população para decidir casos complexos e promovendo alterações no texto constitucional. Resolvendo matérias de cunho relevante, o Supremo Tribunal Federal fortalece o Estado Democrático de Direito, porém emite sinal de alerta para a fragilidade do sistema representativo nacional¹⁵⁵.

O Ativismo judicial se aproxima do hibridismo na Teoria dos Jogos Teatrais, no qual uma peça de teatro pode ter elementos da dança, artes plásticas, música, artes visuais, cinema, entre outros. O ator-jogador deverá saber jogar com esses elementos independentemente do seu grau de conhecimento nessas áreas. As fronteiras das artes estão desaparecendo e para alguns estudiosos, já não se pode mais dizer que é teatro ou é dança ou é teatro-dança.

¹⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista de Direito GV*, vol. 4, no 2, São Paulo, jul/dez de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016, p. 450.

¹⁵³ ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510).

¹⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista de Direito GV*, vol. 4, no 2, São Paulo, jul/dez de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016, p. 452-454.

¹⁵⁵ Idem, p. 456-457.

2.4.8 Efeitos do Televisonamento do Plenário

O televisionamento do Supremo Tribunal Federal foi iniciado no dia 11 de agosto de 2002, pela TV Justiça, criada pela lei 10. 461/02, ratificada pelo Presidente Ministro Marco Aurélio de Mello como Presidente da República. Criação inédita e brasileira sintonizada em um canal de televisão a cabo. Este veículo de comunicação divulga atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais da Justiça, como pontua Carlos Bastide Horbach, e se configura, atualmente, um importante veículo de afirmação e de legitimação da autoridade jurisdição constitucional brasileira¹⁵⁶. Além de influenciar a opinião pública, a TV tem uma programação variada como divulgação das atividades dos ministros, explica questões dos processos em pauta, “tradução” de conceitos jurídicos, aulas de direito para estudantes de direito, leigos e concursandos. A produção midiática do Supremo Tribunal Federal não se fixa apenas na TV, sua produção atinge Rádio Justiça, *Twitter*, redes sociais, comunicados na imprensa, página eletrônica sempre atualizada, sua preocupação é que a sociedade esteja sempre informada¹⁵⁷.

A TV Justiça, para alguns estudiosos, teria com as suas transmissões alterações do caso concreto muito além dos entendimento técnico-jurídico, diminuindo a produtividade do Supremo porém para outros é um importante mecanismo de democratização do acesso ao Judiciário, reforçando e mesmo aumentando para a sociedade a importância do conhecimento jurídico principalmente da Constituição¹⁵⁸. O Ministro Gilmar Mendes complementa que este canal trata da aproximação do cidadão comum à Justiça, com a função de ensinar à sociedade como defender os seus direitos¹⁵⁹. Como explica Carlos Bastide Horbach, com as transmissões da TV Justiça, a partir de 2002, extinguiu o advogado especialista no Supremo Tribunal Federal, pois morando em Brasília, ele poderia ciceronear os advogados de outros estados sobre o que ocorria ou deixava de ocorrer no Supremo.

¹⁵⁶ HORBACH, Carlos Bastide. TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario>. Acesso em: 12.fev.2017.

¹⁵⁷ FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?*. Lua Nova, São Paulo, n. 88, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452013000100013&lng=en&nrm=i. Acesso em: 12 fev. 2017. p. 439-442.

¹⁵⁸ HORBACH, Carlos Bastide. TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario>. Acesso em: 12.fev.2017.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acesso em: 12. fev. 2017. p.10.

Com a TV, qualquer pessoa, de qualquer lugar do país, poderá acompanhar em tempo real as sessões.¹⁶⁰

Os julgamentos alcançam alta audiência, através da transmissão ao vivo pela TV Justiça, portanto, consciente ou inconsciente alguns ministros não se concentram ou dirigem para as partes e seus advogados, mas para os telespectadores que estão assistindo ao seus argumentos. Com o número de pessoas assistindo é de leigos, os ministros têm o cuidado de explicar de uma forma mais didática seu voto¹⁶¹.

Com o acesso fácil aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal para qualquer cidadão, a TV Justiça derruba a regra geral que uma pessoa comum teria que ter um intermediário, como por exemplo advogado, para interpretar uma decisão ou assunto especialmente jurídico por causa do uso de uma linguagem técnica jurídica¹⁶². Os ministros estão preocupados com a opinião pública, como um exemplo dado por Felipe Fonte:

“No julgamento da ADI nº 3.510 – o maior acórdão da história das ações diretas –, o Ministro Cezar Peluso afirmou que a imprensa havia interpretado incorretamente o voto que proferira em assentada anterior. Disse ele: “Eu li - entre envergonhado e, de certo modo, entristecido -, nos jornais da minha terra, dos quais sou assinante há muitos anos, notícias sobre o julgamento e, em particular, sobre o meu voto, as quais me justificaram fundado temor de haverem induzido a opinião pública em erro grave. (...) De modo que, Sr. Presidente, gostaria ficasse constando esse registro por não subsistir dúvidas a respeito do conteúdo e da extensão de meu voto”. (negrito acrescentado)”¹⁶³.

Uma problemática é o receio de que as transmissões ao vivo ou até gravadas reduzam ministros e advogados a representar e não atuam de forma natural por ficarem inseguros diante das câmeras. De acordo com Horbach, alguns críticos da transmissão televisiva apontam a hipótese de a edição da imagem, manipulando o conteúdo dos julgamentos¹⁶⁴. Como complementa Felipe de Melo Fonte, a

¹⁶⁰ HORBACH, Carlos Bastide. TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario>. Acesso em: 12.fev.2017.

¹⁶¹ SANTOS, Daniele Martins. TV Justiça: STF em cena, 2015, Rio de Janeiro. Anais VI Simpósio Nacional de Ciência, Tecnologia e Sociedade, 2015. Disponível em: http://www.rio2015.esocite.org/resources/anais/5/1441981858_ARQUIVO_DanieleSantos.pdf. Acesso em: 12.fev.2017. p. 8-10.

¹⁶² FONTE, Felipe de Melo. O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>. Acesso em: 12.fev.2017. p.11.

¹⁶³ Idem, p.12.

¹⁶⁴ HORBACH, Carlos Bastide. TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario>. Acesso em: 12.fev.2017.p.5.

transmissão corrente dos julgamentos, trouxe à luz a realidade diária do Supremo Tribunal Federal, brigas intensas entre ministros.¹⁶⁵

A atuação da TV Justiça, nesses últimos anos, contribuiu de uma certa forma para a abertura do Poder Judiciário para a sociedade brasileira. O Supremo Tribunal Federal, na visão do Ministro Gilmar Mendes, tende a adaptar-se a novas formas de aproximação e evoluir com novos meios¹⁶⁶. Um dos caminhos seria aprimorar a TV Justiça com formato para a população, mas com medidas que restringem a simples opinião dos ministros em suas argumentações, debates e votos e uma construção de uma dinâmica nos julgamentos com base na missão constitucional do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁷.

Com o advento da televisão, a Teoria dos Jogos Teatrais teve que modificar para ficar mais interessante para a população, novas formas de interpretação, ferramentas de produção, formatos de dramaturgia foram surgindo em sentido oposto ao sistema de teledramaturgia. Porém, pode-se observar que, mesmo com toda a revolução na área teatral, a mídia está absorvida na vida da sociedade atual, ela é imprescindível para divulgação até para algumas estruturas de produção e cenografia de peças teatrais.

Verifica-se que objetivo deste capítulo foi o estudo das ferramentas utilizadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos seus jogos, com base na estrutura das três variáveis da Teoria dos Jogos Teatrais criada pela pesquisadora Viola Spolin analisadas no primeiro capítulo. No próximo capítulo será analisado o estudo desenvolvido em dois casos concretos: HC n.º 84.078/MG e HC n.º 126.292/SP.

¹⁶⁵ FONTE, Felipe de Melo . O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>. Acesso em: 12.fev.2017. p.3.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acesso em: 12. fev. 2017. p.12.

¹⁶⁷ HORBACH, Carlos Bastide. TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario>. Acesso em: 12.fev.2017. p.7.

3 – ESTUDO DE CASOS

3.1 Jogos dos ministros do Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Jogos Teatrais

Neste capítulo serão analisados os jogos dos ministros do Supremo Tribunal Federal à luz da *Theatre Games Theory* nos casos concretos: Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG e Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP. Este estudo utilizará a estrutura criada por Viola Spolin, ONDE é o ambiente dentro de uma cena (cenário) ou um ambiente geral sem estrutura definida; QUEM diz respeito a um ministro se relacionando com um acontecimento; O QUÊ esta ligado diretamente à atividades mútuas (ferramentas, doutrinas e estudos) entre ministros (jogadores) com objetivos dentro de um determinado lugar, para melhor compreensão da análise. Neste ambiente competitivo de disputas e interações entre ministros do Supremo Tribunal Federal, o jogador que souber utilizar as ferramentas certas, negociação efetiva, com o uso estratégico da boa argumentação poderá conquistar os seus objetivos, como estudado no segundo capítulo com Erving Goffman.¹⁶⁸

3.1.1 Primeiro Caso – Julgamento do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau.

ONDE: Plenário do Supremo Tribunal Federal. Dia 05 de fevereiro de 2009.

O QUÊ: Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau.

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1 O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2 Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

¹⁶⁸ GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 2002.p.68.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2o da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5o da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer

circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida”.¹⁶⁹

Situação do País: Nos principais jornais do Brasil noticiava-se a crise que chegaria ao Brasil como uma “marolinha” e que provocou recessão e demandou uma série de medidas de estímulo para desafogar a economia. Como disse a retrospectiva da revista Abril, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva usou este termo para classificar o efeito do colapso financeiro global no país e foi alvo de intensas críticas. O Brasil começara a ter sinais de recuperação¹⁷⁰. Na política, o então Presidente Lula deixou clara sua intenção de ter a ministra da Casa Civil, Dilma Rousseff, como candidata à presidência em 2010¹⁷¹.

Caso: O Relator Ministro Eros Grau descreve o caso de um *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ que indeferiu um pedido de liminar. O acusado teria cometido do crime dos artigos 121, §2º, I e IV c/c artigo 14, II do Código Penal. Competência do Tribunal do Júri da Comarca de Passos – Minas Gerais, que acolheu a tese de homicídio privilegiado. Condenado em 3 anos e 6 meses de reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, posteriormente corrigido para o inicialmente fechado pelo Tribunal de Justiça de MG, no julgamento da apelação da defesa. O Ministério Público pediu a prisão preventiva por entender que o acusado é um renomado produtor de leite e estava defazendo de sua propriedade. A prisão preventiva foi decretada¹⁷².

Tese vencedora: Tese central sobre o princípio da presunção de inocência, um direito fundamental alicerce da Constituição do Brasil de 1988 que definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁷³. Com o apontamento do Ministro Eros Grau no seu voto sobre a Lei de Execução Penal:

“A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu

¹⁶⁹ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau.p.1048-1049.

¹⁷⁰ ABRIL. *Da “marolinha” à salvação pelos pobres: a crise no Brasil* Disponível em: <http://www.abril.com.br/noticias/economia/marolinha-salvacao-pelo-pobres-crise-brasil-498420.shtml>. Acesso em: 4 mar. 2017.

¹⁷¹ ABRIL. *Lula encaminha Dilma à candidatura à Presidência*. Disponível em: <http://www.abril.com.br/noticias/brasil/lula-encaminha-dilma-candidatura-presidencia-520243.shtml>. Acesso em: 4 mar. 2017.

¹⁷² Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1051-1053.

¹⁷³ Idem, p.1080.

artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial".¹⁷⁴

A prisão antes do trânsito em julgado só poderia ser a prisão cautelar, pois dessa forma, como disciplina o Ministro Eros Grau, não haveria defesa ampla¹⁷⁵. O Ministro Celso de Mello adverte em seu voto a diferença entre, a prisão cautelar como uma ferramenta processual penal que não aplica nenhum tipo de punição, mas apenas assegura o desenvolvimento do processo e a prisão penal cujo objetivo é infligir um sanção penal ao réu¹⁷⁶. E que ninguém poderá ser preso que ninguém independente de posição social, pessoal, política, econômica ou funcional, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado, como vem julgando o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷.

Tese perdedora: A tese perdedora entende que é viável a execução da pena privativa de liberdade para não causar um aumento de processos recursais que traria a impunidade, conforme voto do Ministro Joaquim Barbosa.¹⁷⁸ Reconhecendo à prisão para interposição de recurso. Conforme voto da Ministra Ellen Grace, preocupação dos ministros perdedores sobre a alteração de uma jurisprudência de vinte anos em respeito a direitos fundamentais e à liberdade humana, em que a sentença condenatória em segundo grau deveria ser confirmada, e a prisão preventiva pode ser garantia da ordem pública¹⁷⁹.

QUEM: Ministros que participaram do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG.

Ministro Eros Grau - Relator

O Ministro Eros Grau em sua estratégia de defesa utilizou um regime interpretativo máximo com ampla abordagem no seu argumentos. Observa-se que o Ministro traz em seu voto referências acadêmicas de Antônio Magalhães Gomes Filho sobre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 que garante a presunção de inocência como sua base contra a base repressiva do Estado¹⁸⁰; teóricas e doutrinárias com Fernando da Costa Coutinho sobre a sentença condenatória só poderá ser executada quando há o transito em julgado¹⁸¹, combinada com princípios

¹⁷⁴ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1080.

¹⁷⁵ Idem, p.1083.

¹⁷⁶ Ibidem, p.1108.

¹⁷⁷ Ibidem, p.1111.

¹⁷⁸ Ibidem, p.1124.

¹⁷⁹ Ibidem, p.1167.

¹⁸⁰ Ibidem, p.1087-1088.

¹⁸¹ Ibidem, p.1088.

gerais e condicionantes institucionais como estrutura, conforme disciplinado por Patrícia Perrone¹⁸²:

“A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: “... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) É antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação. Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da “antecipação provisória do cumprimento da pena”. Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição”.¹⁸³

Sobre como os meios de comunicação podem influenciar a elaboração de leis, como por exemplo a Lei de Crimes Hediondos - Lei 8.072/90 que ocorreu depois do sequestro do empresário Abílio Diniz em São Paulo¹⁸⁴:

“[...]”E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90”. A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao “*olho por olho, dente por dente*”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos”.¹⁸⁵

O Ministro Eros Grau em seu voto aponta a preocupação ameaça das garantias constitucionais por um pensamento vingativo estatal no lugar da justiça humanista, a sua argumentação será a base para a tese de outros ministros,

¹⁸² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

¹⁸³ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1086-1087.

¹⁸⁴ Idem, p.1085.

¹⁸⁵ Ibidem, p.1085-1086.

reafirmando sua opinião na tese vencedora, no sentido da prevalência do postulado que execução de uma sentença condenatória antes, até o trânsito em julgado, é incompatível com o texto do Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ministro Menezes Direito

Antes de argumentar o seu voto, o ministro pediu vistas para refletir melhor¹⁸⁶, pois o voto dele como relator de um *Habeas Corpus* anterior¹⁸⁷, foi contrário ao voto proferido pelo Ministro Eros Grau. Apesar de sinalizar nos debates com o Ministro Carlos Ayres Britto que iria repensar e mudar o seu voto. O ministro argumentou contra o pensamento do Ministro Relator Eros Grau.

Sua decisão minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar no caso concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem¹⁸⁸. Utilizando pensador Ronald Dworkin para argumentar de que os princípios não seguem a ordem do tudo ou nada, no qual ora a privação de liberdade, antes do trânsito em julgado, ora viola o princípio da inocência. O ministro segue fundamentando com ideias do jurista alemão Robert Alexy desenvolvendo a argumentação de não observar a diferença entre uma prisão decorrente de uma faculdade processual e a aplicada na lei penal, pois todas envolveriam a privação da liberdade do acusado, ambas violariam a presunção de inocência¹⁸⁹.

Seu voto é baseado em vários estudos feitos pelo Ministério Público, como, por exemplo, o estudo sobre execução provisória da pena feito pelas procuradoras da república Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e o procurador Fábio Gusman que posicionam que a prisão provisória é uma forma de proteção para vítima¹⁹⁰.

O voto do Ministro Menezes Direito foi um voto contra as argumentações da tese vencedora do Ministro Eros Grau – Ministro Relator.

Ministro Celso de Mello

No seu voto, Ministro Celso de Mello em sua estratégia de defesa utilizou um regime interpretativo máximo com ampla abordagem nos seus

¹⁸⁶ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1092.

¹⁸⁷ Idem, p.1093-1095.

¹⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167-169.

¹⁸⁹ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1103.

¹⁹⁰ Idem, p.1103.

argumentos. Observa-se que o Ministro traz em seu voto referências acadêmicas, teóricas e doutrinárias processuais penais como Julio Fabrini Mirabete, Vicente Greco Filho e o jurista Basileu Garcia no qual a prisão cautelar é apenas um instrumento destinado ao desenvolvimento da atividade penal diferente da prisão penal no qual o seu objetivo é destinar uma sanção¹⁹¹, combinada com princípios gerais e condicionantes institucionais como estrutura, conforme disciplinado por Patrícia Perrone¹⁹²:

“A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

- A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.” (RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”¹⁹³.

Outra questão apontada pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto, é a de que ninguém poderá ser incriminado independentemente da sua situação pessoal, social, política, econômica ou funcional, deve ter todas as condições jurídicas pessoais quando submetida a uma persecução penal, não podendo ser suprimida suas garantias e direitos indisponíveis e a intangibilidade de ser preservada pelos juízes, tribunais e principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme trecho do seu voto¹⁹⁴:

“É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte”¹⁹⁵.

Outro aspecto importante do voto do Ministro Celso de Mello é argumentação de que o princípio de presunção de inocência não é passageiro à medida que os graus de jurisdição vão subindo, portanto, mesmo que confirmada a condenação por um Tribunal de segunda instância ou até o Supremo Tribunal Federal,

¹⁹¹ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1108.

¹⁹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

¹⁹³ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1109.

¹⁹⁴ Idem, p.1111.

¹⁹⁵ Ibidem, p.1111.

em favor do acusado deve prevalecer, o princípio regido pelo direito fundamental na Constituição Federal de 1988¹⁹⁶.

O Voto do Ministro Celso de Mello foi um dos votos mais longos e profundos da tese vencedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa fez uma argumentação sucinta e defesa mínima, pela falta de conhecimento tão profundo da tese debatida¹⁹⁷, tendo como ponto principal a antiga corrente do Supremo Tribunal Federal que entendia viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotada as duas instâncias ordinárias (juízo de primeiro e juízo de segundo graus)¹⁹⁸. Adotar a tese vencedora seria aumentar a impunidade com o excesso de processos recursais sobrecarregando o Poder Judiciário¹⁹⁹.

Para o Ministro Joaquim Barbosa não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição²⁰⁰, conforme trecho do seu voto:

“Noutras palavras: o princípio constitucional da não culpabilidade, pelo menos no que diz respeito ao recurso extraordinário da competência deste Corte, há de ser agora conciliado (e ponderado) com a regra constitucional segundo a qual o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões jurídicas que transcendem o interesse subjetivo do recorrente”²⁰¹.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa foi um dos votos contra as argumentações da tese vencedora do Ministro Eros Grau – Ministro Relator.

Ministro Carlos Ayres Britto

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto seguiu a linha minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar no caso concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem²⁰², pautada apenas na análise do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, seria a regra matriz da liberdade de

¹⁹⁶ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1120.

¹⁹⁷ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.55.

¹⁹⁸ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1124.

¹⁹⁹ Idem, p.1143.

²⁰⁰ Ibidem, p.1144.

²⁰¹ Ibidem, p.1145.

²⁰² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167-169.

locomoção²⁰³ que no seu entendimento poderia ser uma garantia de um direito subjetivo tutelado pela Constituição Federal. Portanto, a pessoa que não tivesse uma sentença condenatória transitada em julgado estaria resguardada pelo direito material à presunção de não culpabilidade²⁰⁴. Porém, com a relativização da regra quando aquele indivíduo fosse preso em flagrante delito, uma circunstância relativizada, sofreria a privação de sua liberdade física²⁰⁵. Complementa citando o Ministro Cezar Peluso:

“O Ministro Cezar Peluso vem colocando, de longa data, ênfase nesse aspecto da gravidade ímpar da prisão corporal do indivíduo, em homenagem à irreparabilidade do dano daí resultante; da gravidade e da irreparabilidade desse dano. Porque, de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso”.²⁰⁶

Outro artigo estudado pelo Ministro Britto será o artigo 312, do Código de Processo Penal, quando decreta a prisão cautelar, fazendo com base em quatro pressupostos: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, necessidade de aplicação da lei penal e garantia da instrução criminal²⁰⁷. O Ministro Ayres Britto no seu voto pergunta-se o que significa ordem pública? A partir do artigo 144 da Constituição Federal 1988 analisa em seu voto:

“O artigo 144 nos dá alguns indicadores: ordem pública é objeto da segurança pública. Mas não significa incolumidade de bens nem incolumidade das pessoas, porque a Constituição diz que a segurança pública se destina à garantia da ordem pública e da incolumidade dos bens e das pessoas. Então são três coisas diferentes: incolumidade dos bens, incolumidade das pessoas, ordem pública. Sabemos o que não seja ordem pública. Mas o que é efetivamente ordem pública? E avançamos um pouquinho na apropriação conceitual do tema, na Primeira Turma, chegamos mais ou menos a um consenso: ordem pública é categoria jurídica que pode ser associada a acautelamento do meio social, podemos dizer que o bem jurídico da ordem pública está presente”.²⁰⁸

O Voto do Ministro Ayres Britto foi um dos votos mais explicativos dos artigos em questão e contribuiu para a tese vencedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ministro Cezar Peluso

No seu voto, Ministro Cezar Peluso em sua estratégia de defesa utilizou um regime interpretativo máximo com ampla abordagem no seu argumentos.

²⁰³ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1150.

²⁰⁴ Idem, p.1150.

²⁰⁵ Ibidem, p.1152.

²⁰⁶ Ibidem, p.1153.

²⁰⁷ Ibidem, p.1154.

²⁰⁸ Ibidem, p.1155.

Observa-se que o Ministro traz em seu voto referências acadêmicas combinada com princípios gerais e condicionantes institucionais, teóricas sobre Constituição Italiana de 1948, onde discutiram os fins do processo²⁰⁹, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, regular o ônus da prova processual²¹⁰ e doutrinárias principalmente do jurista italiano Beccaria de 1764 que sustentava a tese de que todos os cidadãos que depositam nas mãos do Estado abdicam a sua liberdade²¹¹, conforme disciplinado por Patrícia Perrone²¹².

O Ministro Peluso termina seu voto perguntando sobre o efeito suspensivo do processo. No qual responde:

“Diante de tudo isso, Senhor Presidente, pergunto-me: e a questão da falta de efeito suspensivo do recurso? Ela, evidentemente, não pode ter nenhuma força contra o princípio constitucional. É de todo em todo inaplicável, não tem eficácia, não incide nesta matéria, sob pena de ofensa à garantia constitucional.

Outra inteligência, com devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta incoerência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito!”²¹³

O Voto do Ministro Cezar Peluso foi um dos votos que contribuíram para a tese vencedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ministra Ellen Gracie

No início do seu voto a Ministra Ellen Grace começa com uma preocupação sobre a alteração de uma jurisprudência de vinte anos em respeito a direitos fundamentais e à liberdade humana, no qual a sentença condenatória em segundo grau deveria ser confirmada, e a prisão preventiva pode ser garantia da ordem pública²¹⁴.

No seu voto, Ministra Ellen Grace, em sua estratégia de defesa utilizou um regime interpretativo máximo com ampla abordagem nos seus argumentos. Observa-se que a Ministra traz para sua argumentação referências

²⁰⁹ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1160.

²¹⁰ Idem, p.1161.

²¹¹ Ibidem, p.1159.

²¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

²¹³ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1165.

²¹⁴ Idem, p.1167.

acadêmicas, teóricas francesas revolucionárias e uma observação sobre a antiga URSS, além do Professor Francisco Rezek sobre a fase recursal brasileira comparada ao Reino Unido²¹⁵ e do Pacto de San José da Costa Rica que, pela interpretação do Professor José Frederico Marques, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional, portanto não garante o acusado recorrer em liberdade²¹⁶, combinada com princípios gerais como o princípio da proporcionalidade que é um via de mão dupla, de um lado proíbe excesso e de outro proíbe insuficiência²¹⁷ e condicionantes institucionais, conforme instruído por Patrícia Perrone²¹⁸.

O voto da Ministra Ellen Grace foi um dos votos contra as argumentações da tese vencedora do Ministro Eros Grau – Ministro Relator.

Ministro Marco Aurélio

Sua decisão minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar no caso concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem²¹⁹. Apenas frisou que, estava em jogo naquele processo, era a liberdade de uma pessoa²²⁰. Conforme trecho do seu voto:

“Indago: presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica”.²²¹

O voto Ministro Marco Aurélio foi um dos votos que contribuíram para a tese vencedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto, começa com a estratégia de defesa de sua posição, no qual utiliza o regime interpretativo máximo com ampla abordagem nos seus argumentos. Observa-se que o Ministro traz em seu voto referências acadêmicas do jurista Odone Sanguiné da Universidade Autônoma de Barcelona que disciplina a impossibilidade de prisão provisória como finalidade

²¹⁵ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1172.

²¹⁶ Idem, p.1173.

²¹⁷ Ibidem.p.1175.

²¹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

²¹⁹ Idem, p.167-169.

²²⁰ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1178.

²²¹ Idem, p.1179.

antecipatória da pena, portanto a presunção de não-culpabilidade seria um limite²²²; referências teóricas em que a Corte Constitucional alemã segue que qualquer cumprimento antecipado da pena não é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência²²³ e doutrinárias principalmente do jurista Peter Häberle, combinadas com princípios gerais e condicionantes institucionais anteriores àquele julgamento que reconhecia a prisão para interposição de recurso, questão debatida pelo *Habeas Corpus* 72.366 da Rel. Min. Néri da Silveira²²⁴ e a necessidade de revisão da jurisprudência antiga, pelo fato que jurisprudências são passíveis de mutação constitucional²²⁵ com base nos juristas Perez Luño e Reale explica que uma norma jurídica é o resultado de uma interpretação²²⁶, conforme disciplinado por Patrícia Perrone²²⁷:

“O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados”²²⁸.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes esclarece que não teria diferença entre o princípio da dignidade humana alemão e o brasileiro, um erro a execução antecipada da pena, pois seria um atentado à ideia de dignidade humana²²⁹. Como exemplifica no seu voto:

“Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação à garantias constitucionais específicas do processo”²³⁰.

O Ministro Gilmar Mendes explica como princípio da proporcionalidade será imprescindível para a compreensão do devido processo legal:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade

²²² Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1193.

²²³ Idem, p.1195.

²²⁴ Ibidem, p.1188.

²²⁵ Ibidem, p.1201.

²²⁶ Ibidem, p.1203.

²²⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

²²⁸ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1185.

²²⁹ Idem, p.1196.

²³⁰ Ibidem, p.1198.

determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental²³¹.

O Voto do Ministro Gilmar Mendes foi um dos votos mais longos e profundos da tese vencedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

3.1.2 Segundo Caso - Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, da relatoria do Ministro Teori Zavascki.

ONDE: Plenário do Supremo Tribunal Federal. Dia 17 de fevereiro de 2016.

O QUÊ: Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP da relatoria do Ministro Teori Zavascki.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado²³²”.

Situação do País: A situação do País é de crise, como sublinha Ministro Marco Aurélio de Mello em seu voto:

“Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”²³³.

A crise política e econômica além do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, que atingiu o ano de 2016, foi matéria de economia, política e capa dos principais jornais brasileiros e internacionais²³⁴.

Caso: O Relator Ministro Teori Zavascki descreve o caso de um *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ que indeferiu um pedido de liminar. O acusado foi condenado pela prática de roubo

²³¹ Brasil. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau, p.1199.

²³² Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.1.

²³³ Idem, p.77.

²³⁴ VEJA. *Crise no Brasil é um dos maiores riscos internacionais em 2016*, diz Eurásia. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/economia/crise-no-brasil-e-um-dos-maiores-riscos-internacionais-em-2016-diz-eurasia>. Acesso em: 2 mar. 2017.

majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (art. 157, 2º, I e II do CP), teria subtraído da vítima a quantia de R\$ 2.600,00, juntamente com um cúmplice, foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão no regime inicial fechado, com direito de recorrer em liberdade²³⁵.

Tese vencedora: A tese central é a tentativa de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência na busca da efetividade jurisdicional penal. O apelo da sociedade, da opinião pública e da ordem pública impera em detrimento ao acusado que utiliza recurso para manter-se impune²³⁶. O princípio da presunção de inocência e a ausência de trânsito em julgado não afasta a prisão²³⁷. Uma das teses secundárias é a mutação constitucional, em seu voto o Ministro Roberto Barroso explica:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente”²³⁸.

Portanto, aplicando a mutação para o Ministro Barroso para realidade brasileira atual, não se justifica uma releitura mais conservadora e extrema do princípio da presunção de inocência²³⁹ e sua interpretação deve garantir a efetividade da lei penal em prol da vida e da propriedade.

O relator Ministro Teori Zavascki reafirma que antes do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era da possibilidade de execução de pena privativa de liberdade:

“A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

“*Habeas corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e

²³⁵ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.2-3.

²³⁶ Idem, p.47.

²³⁷ Ibidem, p.37.

²³⁸ Ibidem, p.32.

²³⁹ Ibidem, p.34.

concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei no 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido”.²⁴⁰

Para esta corrente, como refere o Ministro Relator que a execução da pena na ocorrência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual²⁴¹.

Outra subtese é a de que em outros países depois de observado o duplo grau de jurisdição a execução da pena do acusado é quase imediata, para basear essa subtese trazem como referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman²⁴². E por fim a subtese que a morosidade do judiciário em julgar os recursos deixaria o acusado impune da sua prestação de contas com a justiça não será realizada. Como exemplifica o Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

“O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves.

Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade”.²⁴³

Estas foram as principais questões argumentadas de que a execução provisória da pena privativa de liberdade não afetaria o princípio da presunção de inocência.

²⁴⁰ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.5.

²⁴¹ Idem, p.11.

²⁴² Ibidem, p.12-15.

²⁴³ Ibidem, p.12-15.

Tese perdedora: A tese central é contra efetividade jurisdicional penal de um Estado-Juiz em favor dos princípios da presunção de inocência e da liberdade.

Ministro Celso de Mello em seu voto traz a luta do cidadão para ter o seu direito fundamental e principalmente o princípio da presunção de inocência que garante limitações constitucionais ao *jus puniendi* do Estado, recaindo para o mesmo Estado o ônus da prova²⁴⁴:

“Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966”²⁴⁵.

Para esta corrente o princípio da presunção de inocência é uma vitória social inscrita na Constituição Federal Brasileira de 1988 no rol dos direitos fundamentais, no qual qualquer cidadão numa persecução penal ou processo penal será considerado inocente até que se prove o contrário e terá seus direitos garantidos, como a sua liberdade, até o trânsito em julgado de sua sentença condenatória.²⁴⁶ O Ministro Celso de Mello explica o que é transitado em julgado:

“Daí a regra inscrita no art. 105 do referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva

²⁴⁴ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.91.

²⁴⁵ Idem, p.81.

²⁴⁶ Ibidem, p.84.

de direitos, o Juiz da Execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.²⁴⁷

Outra questão importante no qual a presunção de inocência não inviabiliza prisões cautelares, como, por exemplo, a prisão temporária, pois este tipo prisões são medidas temporárias para proteger interesses na persecução penal²⁴⁸. Como disciplina o Ministro Celso de Mello em seu voto:

“O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular”.²⁴⁹

O Ministro Ricardo Lewandowski aponta o problema, o número alarmante de pessoas presas preventivamente que passam anos na escola do crime que é a prisão. E na maioria das vezes são soltas. Ministro Lewandowski aponta em seu voto²⁵⁰:

“Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo”.²⁵¹

Estas foram as principais questões argumentadas para que a execução prematura da sentença penal condenatória sem o trânsito em julgado prejudicaria um direito fundamental que é um dos alicerces da Constituição Federal: o princípio da presunção de inocência.

²⁴⁷ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.95.

²⁴⁸ Idem, p.89.

²⁴⁹ Ibidem, p.89.

²⁵⁰ Ibidem, p.101.

²⁵¹ Ibidem, p.101.

QUEM: Ministros que participaram do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP.

Ministro Teori Zavascki – Relator

O Ministro Relator trouxe no seu voto uma estratégia maximalista, conforme estudos do segundo capítulo com Patrícia Perrone²⁵², utiliza-se de julgados anteriores para reforçar a sua tese argumentativa. Como, por exemplo, neste trecho no qual Ministro Zavascki utiliza um *Habeas Corpus* n.º 68.726, Relator Ministro Néri da Silveira, realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão²⁵³ e observação que o Plenário do Supremo Tribunal Federal teria julgado a condenação de um réu e decretado a prisão preventiva utilizando o *Habeas Corpus* n.º 74.983, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997.

O Ministro Zavascki utilizou de maneira ampla referências acadêmicas, teóricas e doutrinárias²⁵⁴, como por exemplo, o constitucionalista e Ministro Gilmar Mendes sobre estabelecer limites ao princípio da presunção de inocência²⁵⁵ e o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman sobre como é utilizado a presunção de inocência em outros países²⁵⁶.

O Voto do Ministro Teori Zavascki – Ministro Relator foi um dos votos longos da tese vencedora, examinando minuciosamente os pontos que poderiam ser debatidos, foi a favor da pena privativa de liberdade ser executada provisoriamente, portanto, este entendimento não afetaria o princípio da presunção de inocência.

Ministro Edson Fachin

O Ministro Fachin votou conforme argumentos mínimos²⁵⁷ atento às questões necessárias o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais, a questão das instâncias recursais.²⁵⁸ Seu voto foi em comum acordo com o Ministro Teori Zavascki, conforme esse trecho do seu voto:

“Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5o, LVII, da Constituição da

²⁵² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167-169.

²⁵³ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.5.

²⁵⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

²⁵⁵ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.10.

²⁵⁶ Idem, p.12.

²⁵⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167.

²⁵⁸ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.22.

República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu”.²⁵⁹

O voto do Ministro Edson Fachin foi um voto para acompanhar a argumentação da tese vencedora do Ministro Teori Zavascki – Ministro Relator.

Ministro Roberto Barroso

O Ministro Barroso é um juiz de fundamentos pragmáticos, seus métodos e argumentações são construídos pelo estudo do pragmatismo jurídico de Posner, no qual o direito é pensado, além de um raciocínio jurídico, mas como uma prática social e política. Para o pragmatismo jurídico de Posner a teoria do direito deve ser mais flexível e ser feita pelas decisões dos juízes no caso concreto e não por um conjunto de escolas filosóficas e dogmáticas²⁶⁰, estudadas no segundo capítulo. No seu voto afirma que o pragmatismo deve ser uma das ferramentas em operação no Supremo Tribunal Federal :

“O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”.²⁶¹

No seu voto, Ministro Roberto Barroso, em sua estratégia de defesa utilizou, um regime interpretativo máximo com ampla abordagem no seu argumentos. Observa-se que o Ministro traz em seu voto referências acadêmicas, teóricas e doutrinárias combinada com princípios gerais e condicionantes institucionais como a estrutura, conforme disciplinado por Patrícia Perrone²⁶²:

“O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade. Na linha do que escrevi em trabalho doutrinário: A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como

²⁵⁹ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.21.

²⁶⁰ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis?* A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011, p.16

²⁶¹ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.50.

²⁶² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.192-193.

só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente (...).²⁶³

A mutação constitucional pode ser interpretada como um ativismo judicial, como escreve Antonio Celso Baeta Minhoto no segundo capítulo, o Supremo Tribunal Federal vem atuando com uma postura ativista, normatizadora, em *hard cases*, como protagonista principal na tomada de decisões polêmicas e relevantes em relação a certos valores e princípios adotado pelo Estado²⁶⁴. Pode-se, assim, observar no voto do Ministro Barroso:

“Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a demonstrar²⁶⁵.”

O Voto do Ministro Roberto Barroso foi um dos votos mais longos da tese vencedora a favor da execução provisória da pena privativa de liberdade não afetaria o princípio da presunção de inocência.

Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber foi a primeira da tese perdedora a argumentar, porém fez uma defesa mínima, pela falta de conhecimento tão profundo da tese debatida²⁶⁶, tendo como base o voto do Ministro Eros Grau e do Ministro Marco Aurélio, proferidos no *Habeas Corpus* 84.078²⁶⁷ no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória²⁶⁸.

²⁶³ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.31-32.

²⁶⁴ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Ativismo judicial em foco: O Supremo Tribunal Federal na busca do equilíbrio entre inclusão social e respeito ao livre mercado. In: *Revista Jurídica da Presidência*, v.17 n. 113, Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1175> Acesso em: 21 mar. 2016, p.642-643.

²⁶⁵ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.35.

²⁶⁶ Idem, p.55.

²⁶⁷ Ibidem, p.55.

²⁶⁸ Ibidem, p.57.

Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux com algumas argumentações com referências acadêmicas, teóricas e doutrinárias, como a obra da Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes; Konrad Hesse, na sua obra sobre “A Força Normativa da Constituição”, com tradução do Ministro Gilmar Mendes²⁶⁹, porém sem aprofundar nas explicações dos temas, como no exemplo:

“É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena”²⁷⁰.

Sua decisão minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar no caso concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem²⁷¹. E suas argumentações para tese vencedora serão em favor da execução provisória da pena privativa de liberdade para o Ministro não afetaria o princípio da presunção de inocência.

Ministra Cármen Lúcia

O Voto da Ministra Cármen Lúcia segue a segurança jurídica de decisões que não se alteram em razão das mudanças de cadeira no Supremo Tribunal Federal no qual afetam o seu entendimento. A Ministra começa afirmando que continua com a mesma argumentação do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da Relatoria do Ministro Eros Grau²⁷². Portanto sua decisão minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar no caso concreto evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem²⁷³. E suas argumentações para tese vencedora serão, a favor da execução provisória da pena privativa de liberdade, pois na visão da Ministra, tal decisão não afetaria o princípio da presunção de inocência.

Ministro Gilmar Mendes

²⁶⁹Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.60.

²⁷⁰Idem, p.59.

²⁷¹MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167-169.

²⁷²Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki.p.61.

²⁷³MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.167-169.

O Ministro Gilmar Mendes no seu voto emprega uma estratégia de defesa, em que utiliza um regime interpretativo máximo com ampla abordagem no seu argumentos, incorporando seus estudos sobre o direito alemão. As referências aprofundadas dos direitos comparados como direito italiano, português, americano e de outros países são suas ferramentas mais utilizadas para argumentações de *hard cases*²⁷⁴. Pode-se observar seu voto:

“O direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*) afirma que as “sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado” (§449: “*Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*”). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (“*dringen verdächtig*”) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão – §§ 112 e 112a do *Strafprozeßordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht*, 19, 342)”.²⁷⁵

Observa-se que o Ministro traz em seu voto referências acadêmicas, teóricas e doutrinárias, como o jurista Carlos Bastide Horbach²⁷⁶ sobre os textos constitucionais de língua portuguesa e o Eduardo Espínola Filho²⁷⁷ sobre o processo penal brasileiro e a presunção de inocência, combinadas com princípios gerais e condicionantes institucionais como estrutura, conforme instruído por Patrícia Perrone²⁷⁸.

O ativismo judicial, como escreve Antonio Celso Baeta Minhoto no segundo capítulo, o Supremo Tribunal Federal vem atuando com uma postura ativista, normatizadora, em *hard cases*, como protagonista principal na tomada de decisões polêmicas e relevantes em relação a certos valores e princípios, adotado pelo Estado²⁷⁹. Como podemos observar no voto do Ministro Gilmar Mendes:

“Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do

²⁷⁴ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki.p.71.

²⁷⁵ Idem, p.70.

²⁷⁶ Ibidem,p.70.

²⁷⁷ Ibidem, p.67.

²⁷⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.192-193.

²⁷⁹ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Ativismo judicial em foco: O Supremo Tribunal Federal na busca do equilíbrio entre inclusão social e respeito ao livre mercado. In: *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17 n. 113, Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/artic le/view/1175>. Acesso em: 21 mar. 2016, p.642-643.

réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerado alguém culpado.

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável”.²⁸⁰

A judicialização ocorre quando analisada uma gama de temas diversos encaminhados ao Judiciário e a politização quando a política, principalmente a partidária, contamina o julgamento judicial²⁸¹. A judicialização dos seus votos, como exemplo:

“E é verdade, o governador Eduardo Campos acompanhava essa questão, diretamente, me mostrou o sistema de acompanhamento no Palácio, em Pernambuco, e ele ficava um tanto chocado, não era da área jurídica, com esse fenômeno; travava um combate muito intenso contra o crime organizado, especialmente, esse crime de mando em Pernambuco, e, depois de dois ou três anos da prisão de autores de crimes graves, ele dizia "a Justiça acaba decidindo pela soltura", porque vinha a questão do tempo de prisão, crimes complexos em que não havia a possibilidade de fazer um julgamento rápido e, claro, essas pessoas voltariam a cometer crimes, porque pertenciam a organizações criminosas. Nós sabemos que, em alguns parlamentos, de alguns Estados, há, inclusive, algumas figuras importantes que estão associadas – certamente Vossa Excelência deve ter visto isso na comissão – a esses crimes extremamente graves; a questão da pistolagem, em alguns Estados, é extremamente grave”.²⁸²

Os ministros estão preocupados com a opinião pública, com a mídia, e outros meios de comunicação. No estudo feito no segundo capítulo, pode-se analisar que a sociedade, através da opinião pública, tem o poder de transformar uma decisão

²⁸⁰ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki.p.67.

²⁸¹ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Ativismo judicial em foco: O Supremo Tribunal Federal na busca do equilíbrio entre inclusão social e respeito ao livre mercado. In: *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17 n. 113, Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/artic le/view/1175>. Acesso em: 21 mar. 2016. p.637-638.

²⁸² Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.74-75.

de algum ministro²⁸³. Como podemos observar no voto do Ministro Gilmar Mendes no qual o Ministro Barroso complementa:

“Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o *The Economist* fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e só nessa linha, ratificando, porque me esqueci, e acho que parte do número excessivo de prisões provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final. Portanto, uma inversão lógica que hoje nós talvez estejamos ajudando a combater.

Já que Vossa Excelência citou o *The Economist*, o desta semana tem uma matéria muito interessante pela descriminalização da maconha.

MINISTRO GILMAR MENDES - Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um habeas corpus, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite.

Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça”²⁸⁴.

O Voto do Ministro Gilmar Mendes foi um dos votos mais longos e complexos, pois do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da Relatoria do Ministro Eros Grau sua tese foi totalmente contrária a prisão provisória, uma insegurança jurídica. Seu voto nesse julgamento foi na tese vencedora, além de ter interferências de alguns ministros a favor do seu voto, sua argumentação, que foi interrompida por improvisos, que ajudaram a formular sua opinião a favor da execução provisória da pena privativa de liberdade, não afetaria o princípio da presunção de inocência.

Ministro Marco Aurélio

A decisão do Ministro Marco Aurélio segue a segurança jurídica de decisões e confirma o seu entendimento do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da Relatoria do Ministro Eros Grau. Portanto, sua decisão minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar, no caso

²⁸³ FONTE, Felipe de Melo. O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>, Acesso em: 12.fev.2017, p.11.

²⁸⁴ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.64.

concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem²⁸⁵. O ministro como argumenta no seu voto já sabia que sua tese seria vencida:

“Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto²⁸⁶”.

As argumentações do Ministro para a tese perdedora foi no sentido da prevalência do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória²⁸⁷.

Ministro Celso de Mello – Decano

O Ministro Celso de Mello, um dos mais antigos ministros do Supremo Tribunal Federal seria um Juiz Hércules na visão de Ronald Dworkin, conforme estudos do segundo capítulo, para Dworkin, cada magistrado deveria ser um juiz Hércules, criterioso, metódico, tendo paciência para distinguir diversas conjecturas para melhor interpretar os casos, aplicando princípios em cada questão e aceitando o direito com integridade²⁸⁸. Como pode-se confirmar com este argumento do seu voto:

“O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação, ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado”²⁸⁹.

No seu voto, Ministro Celso de Mello em sua estratégia de defesa, utilizou um regime interpretativo máximo com ampla abordagem nos seus argumentos. Observa-se que o ministro traz em seu voto referências acadêmicas aos

²⁸⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167-169.

²⁸⁶ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.77.

²⁸⁷ Idem, p.76.

²⁸⁸ PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446. Acesso em 6 fev 2017.

²⁸⁹ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.91.

juristas Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli sobre o direito penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica²⁹⁰, teorias antigas positivistas facistas italianas que foram moldes para o código processual penal de 1941²⁹¹ e sua incompatibilidade com a Constituição Federal Brasileira 1988 sustentada em direitos fundamentais com chancela internacional²⁹² e doutrinárias combinada com princípios gerais e condicionantes institucionais como estrutura, conforme disciplinado por Patrícia Perrone²⁹³. Em seu voto pode-se observar:

“É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O postulado constitucional da Presunção de Inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecurável”.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecurável, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”²⁹⁴.

Neste voto pode-se estudar a história da presunção de inocência como base para a sua argumentação, o ministro começa da Magna Carta inglesa (1215)²⁹⁵, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º

²⁹⁰ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.83.

²⁹¹ Idem, p.82.

²⁹² Ibidem, p.83.

²⁹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.192-193.

²⁹⁴ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.85.

²⁹⁵ Idem, p.80.

proclamava a presunção de inocência²⁹⁶, ao desrespeito da dignidade da pessoa humana pelos regimes totalitários, como nazismo, até chegar a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela Terceira Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas²⁹⁷, e outras declarações de caráter regional Americano.²⁹⁸

O Voto do Ministro Celso de Mello foi um dos votos mais longos e profundos da tese perdedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ministro Ricardo Lewandowski

A decisão do Ministro Ricardo Lewandowski segue a segurança jurídica de decisões e confirma o seu entendimento do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau. Portanto sua decisão minimalista utiliza questões necessárias para fundamentar, no caso concreto, evitando teorias e doutrinas com ampla abordagem²⁹⁹, como por exemplo no seu voto, o Código Civil Napoleônico, de 1804³⁰⁰. O ministro argumenta porque não vai fazer um voto mais abrangente:

“Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho: Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)”³⁰¹.

O Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto faz a citação literária da “Divina Comédia” de Dante Alighieri, ao referir-se à situação atual dos presídios brasileiros³⁰²:

“Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário

²⁹⁶ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.80.

²⁹⁷ Idem, p.81.

²⁹⁸ Ibidem, p.81.

²⁹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.167-169.

³⁰⁰ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.98.

³⁰¹ Idem, p.97-98.

³⁰² Ibidem, p.98.

brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza”.³⁰³

O Ministro Lewandowski termina seu voto debatendo o sistema prisional com Ministro Luiz Fux, num tom de interferências de alguns ministros a favor e contra o seu voto, entretanto sua argumentação foi interrompida por improvisos que ajudaram a reafirmar sua opinião na tese perdedora no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

³⁰³ Brasil. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, p.98.

CONCLUSÃO

Na atual conjuntura do País, o Supremo Tribunal Federal vem protagonizando decisões polêmicas e importantes ampliando significativamente seu manto de proteção utilizando os poderes dados pela Constituição de 1988 que colocou o Supremo como seu guardião igualando a um poder moderador, apoiado pela opinião pública descontente com as forças políticas, transformando os ministros em heróis sendo os únicos responsáveis por expressarem a palavra final de questões subjetivas. Neste contexto novas formas de pensar, estudar e analisar o Supremo deve ser desenvolvida para auxiliar advogados em plenário, incrementar pesquisas sobre novos tipos de ferramentas jurídicas para estudiosos, desenvolver novas formas de pesquisa, entre outros.

Os jogos dos ministros do Supremo Tribunal Federal foram analisados à luz da *Theatre Games Theory* de Viola Spolin nos casos do Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, da relatoria do Ministro Eros Grau, em seu voto o relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 e Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal deu nova guinada em sua jurisprudência e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Utilizando a estrutura da *Theatre Games Theory* de Viola Spolin: O QUÊ esta ligado diretamente à atividades mútuas (ações) entre atores (jogadores) com objetivos dentro de um determinado lugar; QUEM diz respeito a uma pessoa ou personagem se relacionando com um acontecimento e ONDE é o ambiente dentro de uma cena (cenário) ou um ambiente geral sem estrutura definida. Trás uma nova forma de estudar o Supremo: Como um jogo teatral.

Este estudo procurou quebrar e repensar alguns preconceitos relacionados ao estudo do direito com outras áreas que, a princípio, poderia parecer antagônicas, como o teatro, no entanto, transformou-se em uma análise significativa impulsionando o desenvolvimento de novas linguagens, técnicas e estudos. Cabe ressaltar que a utilização da *Theatre Games Theory* de Viola Spolin para descrever o jogo dos ministros do Supremo Tribunal Federal foi um grande avanço, tanto na área judicial, quanto na área teatral, uma inovação acadêmica tanto jurídica quanto teatral. A academia deve insistir em pesquisas interdisciplinares de diferentes abordagem complementando questões jurídicas complexas fortalecendo novos meios para grandes descobertas. O jurista Pontes de Miranda dizia quem só sabe direito, nem direito sabe.

Uma das dificuldades para um estudo mais aprofundado foi a ausência de estudos sobre teatro e direito, pouco estudo sobre os jogos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e algum material sobre o impacto da mídia sobre suas decisões. Portanto, o pioneirismo deste estudo, no qual utiliza-se a estrutura da *Theatre Games Theory* de Viola Spolin: O QUÊ; QUEM e ONDE, em proporção com os assuntos do qual tratou cada votos, de quem votou, das ferramentas utilizadas pelos ministros e sobre a situação do país naquele momento dos julgamentos.

Nessa análise, chega-se à conclusão de que os julgamentos dos casos estudados, são decisões agregativas externas de modelo de votação em série, entretanto todos os ministros, antes da sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, têm sua opinião pronta desenvolvendo seu voto para defendê-la e deverá argumentar a sua tese através de diversas ferramentas estudadas e analisadas neste trabalho de conclusão de curso. Observa-se que o jogo começa antes do plenário, alguns utilizando estratégias de interação estudadas em Erving Goffman, outros sendo influenciados pela opinião pública feita pelas pessoas comuns ou pela mídia e na sessão todos de uma maneira sutil sabem a posição uns dos outros. No decorrer da sessão plenária, ocorre muito pouco improvisado por parte dos ministros, toda representação é marcada, todos os atos são calculados para que a melhor argumentação seja a vitoriosa, como um folhetim de telenovela. Conforme estudos dessa monografia, Muitos estudiosos estão preocupados com a utilização de forma descontroladas de ferramentas jurídicas, para mudança de uma norma jurídica ou um princípio sem a devida segurança jurídica, em virtude da opinião pública ou da mídia, pode-se observar neste estudo, no qual, em alguns votos, ministros preocupados com esta questão, como por exemplo a utilização da mutação constitucional para modificação da interpretação de uma norma no caso concreto sem alteração da lei.

Conclui-se que a questão sobre as argumentações dos ministros devem ser vistas como roteiros individuais no qual consiste a peça teatral a decisão final e toda quarta e quinta temos *Games Theory* no Supremo Tribunal Federal. Algumas regras dos jogos foram descritas nos capítulos dessa monografia, porém não são apenas doutrinas, jurisprudências, conjuntos de elementos principais de processos judiciais como disciplina Dworkin, mas os ministros vão além e decidem conforme pensamentos e experiências que não são apenas jurídicos mas pessoais, como justifica Posner. Temos o crescimento ambicioso do Poder Judiciário, para cima de outros Poderes, capitaniado pelo Supremo Tribunal Federal ampliando suas atribuições de jogador pela falta e/ou falha de representatividade de jogadores dos outros poderes e de sua incapacidade de cumprir deveres ao ideal do Estado Democrático. Neste momento o judiciário entra como o protagonista, desenvolvendo supremocracia, termo referente à expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos outros poderes e o ativismo judicial caracterizado na conduta do Supremo como jogador principal para implementação de políticas públicas, princípios e valores

constitucionais. Por isso, o Supremo Tribunal Federal como um grupo tem como o objetivo manter-se sólido como instituição sem corrupção e detentora de valores morais, portanto, a maioria dos ministros seguiram punindo os “criminosos” com mãos de ferro mesmo que dessa forma direitos e garantias constitucionais sejam feridas, como nos casos analisados no capítulo anterior.

Por fim, espera-se que este estudo possa ser utilizado para ajudar, não apenas estudantes, pesquisadores, mas também profissionais do direito que atuem diretamente com o Supremo Tribunal Federal e que possa ajudar a ter ferramenta e estratégias para enfrentar as argumentações bem formuladas e decisões já tomadas dos ministros. Os ministros são jogadores natos, muito inteligentes e ágeis interpretam muito bem seu papel. Cabe-lhes influenciarem outros ministros ou a população com técnicas jurídicas ou estratégias bem simples, mantendo a diplomacia para sobreviverem ao ambiente do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ABRIL. Da “marolinha” à salvação pelos pobres: a crise no Brasil Disponível em: <http://www.abril.com.br/noticias/economia/marolinha-salvacao-pelo-pobres-crise-brasil-498420.shtml>.

ABRIL. Lula encaminha Dilma à candidatura à Presidência. Disponível em: <http://www.abril.com.br/noticias/brasil/lula-encaminha-dilma-candidatura-presidencia-520243.shtml>.

ARRUDA, Thais Nunes de. Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, 2012.

BBC. Quem é Alexandre de Moraes, o novo ministro do STF. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38884511>.

BERTHOLD, Margot. *História mundial do teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau.

BRECHT, Bertolt. *Estudos sobre o teatro*. Rio de Janeiro: Ed.Nova Fronteira, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARLSON, Marvin. *Teorias do teatro: estudo histórico-crítico, dos gregos à atualidade*. São Paulo: Unesp, 1995.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo: Instituto de Estudos Jurídicos e Econômicos, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452013000100013&lng=en&nrm=iso.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O STF nas "Cortes" Victor Nunes Legal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. In: *Revista de Direito GV*, vol. 9, nº 1, São Paulo, jan/jun de 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/02_rev17_023-046_-_siddharta_legale_ferreira.pdf.

FONTE, Felipe de Melo. O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>.

GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?* In: *Revista eletrônica Universo Jurídico*. Disponível em: www.uj.com.br.

HORBACH, Carlos Bastide. TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario>.

KNÉBEL, Maria Osipovna. *El último stanislavsky*. Madrid: Fundamentos, 1996.
_____. *La palabra en la creación actoral*. Madrid: Fundamentos, 2000.
_____. *Poética de la pedagogia teatral*. México: Siglo Veintiuno, 1991.

KOUDELA, Ingrid Dormien. *Jogos teatrais*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

KUSNET, Eugênio. *Ator e Método*. Rio de Janeiro: Coleção Ensaios – MEC – Serviço Nacional de Teatro, 1975.

LECOQ, Jacques. *O corpo poético – uma pedagogia da criação teatral*. São Paulo: Senac, 2010.

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

MENDES, Gilmar Mendes. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Estado de direito e jurisdição constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Ativismo judicial em foco: O Supremo Tribunal Federal na busca do equilíbrio entre inclusão social e respeito ao livre mercado*. In: Revista Jurídica da Presidência, v. 17 n. 113, Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1175>.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *O ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coords.). *O novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PAVIS, Patrice. *Dicionário de teatro*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo IV. Volume 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Daniele Martins. TV Justiça: STF em cena. In: VI ESOCITE.BR/TECSOC, 2015, Rio de Janeiro. Anais VI Simpósio Nacional de Ciência, Tecnologia e Sociedade, 2015. Disponível em: http://www.rio2015.esocite.org/resources/anais/5/1441981858_ARQUIVO_DanieleSantos.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.

SPOLIN, Viola. *Improvisação para o teatro*. São Paulo: Perspectiva, 2010.384p.

_____. *O jogo teatral no livro do diretor*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. *Jogos teatrais – o fichário de Viola Spolin*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

STANISLAVSKI, Constantin. *A Construção do Personagem*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

_____. *A Criação de um Papel*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

_____. *A Preparação do Ator*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

_____. *El trabajo del actor sobre si mismo en el proceso creador de la vivencia*. Barcelona: Artes Escenicas, 2007.

_____. *Minha vida na arte*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Institucional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>.

_____. Glossário jurídico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>.

_____. STF Brasil Estrutura. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/STF__Brasil__Estrutura_e_Atribuicoes.pdf.

_____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista de Direito GV, vol. 4, nº 2, São Paulo, jul/dez de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>.