



Marina Silva Meira

**SOBRE O TEMPO DE PERMANÊNCIA DOS MINISTROS
NO STF E SEU IMPACTO EM SUAS DECISÕES: um
estudo sobre os votos do decano Sepúlveda
Pertence em decisões acirradas de controle
concentrado de constitucionalidade**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
Professor Saylor Alves
Pereira.**

SÃO PAULO

2015

Resumo: Esta monografia se insere no âmbito de discussão sobre o tempo de permanência de ministros no Supremo Tribunal Federal. Nela, pretendo, a partir da averiguação da maneira como votava o Ministro Sepúlveda Pertence enquanto decano do STF, contribuir para a discussão sobre a instituição de mandatos aos ministros da corte.

Nessa linha, o trabalho explora a hipótese aventada no debate público de que o decano, enquanto ministro mais antigo no STF, tende a votar de maneira tradicional em relação aos acontecimentos externos ao tribunal e, ainda, a se opor aos ministros recém-chegados ao Supremo, votando conforme aqueles que ocupam a corte há bastante tempo.

Os resultados colhidos a partir do meu estudo dos votos do decano Pertence em decisões acirradas tomadas em controle concentrado de constitucionalidade, contudo, indicaram não ser determinante para o voto de um ministro o tempo há que ele está no STF, e, ainda, que Sepúlveda Pertence, enquanto decano, nas decisões analisadas, pareceu não ter uma preferência por tipos de argumentos, optando por valer-se de técnicas tradicionais ou argumentos contextuais de acordo com o caso com que se deparava.

Acórdãos citados: ADI 2581; ADI 3026; ADI 3289; ADI 2587; ADI 2925.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; decano; Sepúlveda Pertence.

Agradecimentos

Este trabalho não teria acontecido sem o apoio, compreensão e carinho de algumas pessoas. Assim, em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Vitor e Roseane, por apoiarem minhas escolhas e por serem grandes exemplos de dedicação e carinho constantes. Agradeço também imensamente à Gabi, minha irmã e para sempre companheira, que, apesar de por vezes não entender minha ausência, nunca deixou de ser um colo cheio de alívio e risadas.

Ao meu avô Joaquim, minha grande inspiração, agradeço pelo incessante incentivo, pelas zelosas críticas e pela torcida pelo sucesso.

A todos os amigos que fiz na EF, fico curta em palavras para agradecer-lhes. Gostaria apenas de dizer que esta monografia certamente não seria a mesma se não fosse uma experiência vivida e compartilhada com outros 24 queridos desequilibrados, tão constantemente dispostos a amparar uns aos outros.

Agradeço também aos meus amigos, principalmente à Marina e à Juliana, pelo ombro sempre oferecido, pela torcida diária e por não se cansarem de minhas conversas monotêmicas ao longo deste ano. À Julia, além de todo o companheirismo, agradeço pela compreensão ao ver a porta do quarto ao lado fechada e o pó de café sempre acabando.

Impossível deixar de agradecer, ainda, ao Saylor, meu orientador, e agora também querido amigo. Sua paciência, prontidão e constante amparo foram cruciais para a realização deste trabalho – que, na realidade, é tão seu quanto meu – e para minha formação como pesquisadora.

Por fim, ao Lucas, meu revisor, companheiro e cúmplice de todas as horas: por seu aconchego diário, ouvidos dispostos a todo tipo de assunto e desabafo e vibração orgulhosa a cada conquista minha, toda a minha gratidão.

Glossário

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BC – Banco Central do Brasil

CB – Carlos Britto

CE – Constituição Estadual

CF – Constituição Federal

CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

CL – Cármen Lúcia

CM – Celso de Mello

CP – Cezar Peluso

CV – Carlos Velloso

EC – Emenda Constitucional

EIG – Ellen Gracie

ErG – Eros Grau

GM – Gilmar Mendes

JB – Joaquim Barbosa

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MA – Marco Aurélio MC

– Maurício Corrêa MP –

Medida Provisória NJ –

Nelson Jobim

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PGR – Procuradoria Geral da República

RL – Ricardo Lewandowski

STF – Supremo Tribunal Federal

RISTF – Regimento Inteiro do Supremo Tribunal Federal

Índice

Capítulo 1: Introdução	8
1.1. Apresentação do objeto da pesquisa e justificativa do tema.....	8
1.1.1. Pano de fundo: a questão da sucessão e do tempo de permanência dos ministros no STF	8
1.1.2. Os decanos do STF.....	12
1.1.2.1. O decano Sepúlveda Pertence	13
1.1.3. Decisões acirradas	15
1.1.4. Controle concentrado de constitucionalidade	15
1.2. Pergunta e hipótese	17
Capítulo 2: Metodologia.....	20
2.1. Os limites desta pesquisa	20
2.2. Seleção dos acórdãos.....	21
2.3. Análise dos acórdãos.....	23
Capítulo 3: A importância do voto do decano.....	26
3.1. Vencedor ou vencido?	26
3.1.1. O voto vencedor e o voto vencido do decano: tradicional ou contextual?.....	28
3.2. O uso de precedentes do decano Sepúlveda Pertence	29
3.3. Retomada: sobre a importância do voto do decano	32
Capítulo 4: O decano em meio a seus pares.....	34
4.1. Os aliados do decano Pertence	37
4.2. Os antagonistas do decano Pertence	40
4.3. O decano e os Ministros Relatores.....	42
4.4. Retomada: o decano em meio a seus pares	45
Capítulo 5: Tradicional ou contextual?.....	47
5.1. A argumentação tradicional do decano Sepúlveda Pertence	48

5.1.1.	ADI 3026 [P].....	49
5.1.2.	ADI 3289	53
5.1.3.	ADI 2587 (parte 1)	60
5.2.	Afinal, quem é o Sepúlveda “tradicionalista”?	65
5.3.	A argumentação contextual do decano Sepúlveda Pertence	68
5.3.1.	ADI 2587 (parte 2)	68
5.3.2.	ADI 2581	75
5.3.3.	ADI 2925 [P].....	81
5.3.4.	ADI 2925	84
5.3.5.	ADI 3026	87
5.4.	Afinal, quem é o Sepúlveda “contextualizado”?	94
Capítulo 6: Conclusão		97
Bibliografia e referências		102
Anexos: fichas de leitura		105

Capítulo 1: Introdução

1.1. Apresentação do objeto da pesquisa e justificativa do tema

O intuito deste trabalho é investigar o perfil de votos do Ministro e decano Sepúlveda Pertence. Ou, em outras palavras, o que pretendo aqui fazer é pesquisar sobre uma pequena parcela da atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esse diploma, certamente, foi um marco no que diz respeito à atuação do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. Ele foi responsável por conferir-lhe intenso poder político, vez que, além de alargar a margem de atuação da corte ao incorporar em seu texto diversos direitos e liberdades individuais e coletivos, autorizou-o a, entre outras funções, questionar, paralisar, alterar e até anular atos e leis emanados dos poderes Executivo e Legislativo (Sadek, 2004).

Uma das consequências desse processo de “politização do Judiciário” foi o aumento da exposição das decisões e da própria estrutura do STF pela grande mídia (Vieira, 2008; Mendes, 2008), o que, por sua vez, foi impactante no sentido de aproximar a população do tribunal (de Paula, 2014).

Desse modo, A CF/88 engrandeceu e evidenciou a importância do STF e de suas tão expressivas e diversas decisões perante a sociedade brasileira. Nesse contexto, surgiu também a demanda por pesquisas que tenham o intuito de estudar detalhadamente a atuação e a estrutura desse órgão de cúpula do Judiciário nacional.

1.1.1. Pano de fundo: a questão da sucessão e do tempo de permanência dos ministros no STF

Dada, então, essa proeminência do STF e a importância de trabalhos que o tenham como objeto, fui instigada a pesquisar sobre quem são as pessoas que compõem esse supremo tribunal e decidem sobre

controvérsias tão paradigmáticas e potencialmente modificadoras da realidade nacional, bem como os critérios e mecanismos pelos quais elas são investidas em tais cargos.

Nesse sentido, anuncia o artigo 101 da Constituição:

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

Apesar de nunca diretamente alterado desde 1988, esse dispositivo que regulamenta a sucessão dos ministros do STF já foi e continua alvo de intensos debates acadêmicos e legislativos. Prova disso é o fato de diversas Propostas de Emenda à Constituição terem sido editadas em razão de seu texto e de normas que o complementam¹. Foi esse, por exemplo, o caso da PEC 457/2005, a chamada “PEC da Bengala”, aprovada em 2015, que alterou a data da aposentadoria compulsória dos ministros do STF dos 70 para os 75 anos completos e reacendeu a discussão sobre a independência e o tempo de permanência dos membros da corte como tal.

Essa alteração constitucional – prevista desde 2009 por Turner e Prado² como um ato politicamente estratégico – impactou a organização do Supremo de forma a aumentar significativamente o tempo de permanência dos ministros em seus cargos. Hoje, a média de duração dessa ocupação de todos aqueles que já preencheram a vaga de ministro durante a vigência da

¹ A título de exemplo: PEC 473/01, PEC 484/05, PEC 393/09, PEC 434/09, PEC 441/09, PEC 566/02, PEC 68/2005, PEC 30/08, PEC 44/2012, PEC 378/2014, PEC 58/2012, PEC 342/2009, PEC 143/2012.

² TURNER, Cláudia e PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF; *Revista de Direito Administrativo*, v.250, 2009.

CF/88 é de 4.293 dias, ou 11 anos e 9 meses³. Adicionando-se à conta a previsão do tempo de preenchimento desses cargos⁴ daqueles que atualmente os ocupam, a média passa a 5.372 dias, os quais contabilizam aproximadamente 14 anos e 8 meses.

As normas vigentes a respeito da sucessão dos membros do STF permitem também casos notáveis e limítrofes de ministros que por muito permaneceram ou deverão permanecer no tribunal. Desde a promulgação da Constituição de 88, o recorde de permanência pertence ao Ministro Moreira Alves, que ocupou cadeira do Supremo por quase 28 anos. Dos que atualmente compõem a corte, destacam-se o Ministro Celso de Mello, lá há cerca de 26 anos, e o Ministro Dias Toffoli, quem, por ter sido indicado à vaga de ministro com apenas 41 anos, poderá ocupar esse cargo por até 33 anos⁵.

Esse é um assunto um tanto polêmico, em torno do qual giram controvérsias: por um lado, o constituinte de 87/88 previu uma estrutura institucional para o STF que, aparentemente, aponta para a convicção de que essas situações de permanência de ministros no tribunal por muitos anos não seriam prejudiciais.

Nessa linha, também já se manifestou o Ministro Gilmar Mendes já se manifestou, em entrevista ao ConJur em sentido de concordância com a estrutura do STF:

"Modelos que têm dado certo do ponto de vista institucional não devem ser mudados abruptamente", afirma. Segundo ele, são raros os

³ Para este cálculo foi considerado o tempo transcorrido (em dias) entre a tomada de posse e a aposentadoria de todos os ministros do STF que exerceram esse cargo após 05/10/1988 e que, atualmente, não mais o ocupam. São eles: Moreira Alves, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Foram excluídos dessa conta os ministros que morreram durante o exercício do cargo.

⁴ Para este cálculo foi considerado que os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin deixarão o STF na data de sua aposentadoria compulsória, ou seja, na data de seu aniversário de 75 anos.

⁵ Caso não haja alteração nas normas de permanência no STF e o Ministro opte por deixar sua vaga apenas na data de sua aposentadoria compulsória.

*casos de outros países em que há mandato para membros de tribunais superiores. O ministro conta que cortes constitucionais costumam ter mandatos, mas lembra que o Supremo não julga apenas matéria constitucional. Gilmar Mendes também vê problemas na ideia em relação à estabilidade da jurisprudência. 'Se acontece de mandatos acabarem coincidentemente, há efeitos na jurisprudência. Não é raro acontecer isso, e pode ser ruim do ponto de vista institucional até.'*⁶

Por outro lado, há quem enxergue que seria mais favorável ao Judiciário brasileiro o estabelecimento de mandatos fixos e mais curtos aos ministros. A defesa dessa posição costuma basear-se em certo senso comum, segundo o qual ministros que estão no STF há muito tempo não mais seriam capazes de tomar decisões condizentes com as constantes mudanças da sociedade. Desse modo, a instituição de mandatos seria importante para a promoção de oxigenação constante ao Supremo⁷.

Nesse sentido, há manifestações de parlamentares, como o deputado Pedro Cunha Lima (PSDB-PB), segundo quem *"a alternância é necessária para que novas teses jurídicas sejam desenvolvidas (...); o mandato ajudará a evitar influências 'político-partidárias' no Supremo."*⁸. O deputado Antonio Carlos Rodrigues também demonstrou concordar com a instituição de mandatos para os ministros do STF:

"Entendo que a suprema corte brasileira poderia ser altamente beneficiada pela permanente renovação de seus integrantes, em benefício de uma jurisprudência constitucional que assegure, ao lado da segurança e da estabilidade jurídicas, a cotidiana adequação dessa

⁶ <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-19/conselho-federal-oab-mandatos-ministros-supremo>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

⁷ No plano nacional, esse é o caso, por exemplo, de Turner e Prado (2009). Nesse sentido, também se manifestou o ex-ministro Ayres Britto (<<http://jota.info/propostas-para-evitar-a-longa-demora-na-escolha-de-um-ministro-do-stf>>. Acesso em 11 de setembro de 2015). Internacionalmente, Calabresi e Lindgren (2006) são defensores da instituição de mandatos para ministros de supremas cortes.

⁸ <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/495105-PEC-ESTABELECE-MANDATO-DE-10-ANOS-PARA-MINISTRO-DO-STF-E-AUMENTA-QUORUM-PARA-ESCOLHA.html>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

*instituição essencial à democracia brasileira ao viver e ao sentir da nossa sociedade. A alternância dos mandatos possibilita essa maior evolução e adequação social”.*⁹

Dado esse contexto de intensos debates, o que me proponho a fazer neste trabalho é investigar empiricamente uma das variações dessa discussão, propondo reflexões sobre o que seria mais adequado na realidade brasileira com relação ao tempo de permanência de ministros no STF.

1.1.2. Os decanos do STF

Para o estudo e discussão do tempo ideal de permanência e da sucessão de ministros do STF de maneira geral, irei voltar meus olhares, nesta pesquisa, para o modo como agiam na corte aqueles que permaneceram por mais tempo – ou será que por muito tempo? – no Supremo Tribunal Federal: os decanos.

Tradicionalmente, no STF, estabelece-se que o decano é aquele que compõe a corte há mais tempo, ou seja, o ministro mais antigo, que há mais tempo foi investido em seu cargo na cúpula do Judiciário nacional. Vale ressaltar, nesse sentido, que o fato de um ministro ser o decano do STF não implica que ele seja o ministro mais velho do tribunal em termos de idade.

Isso posto e esclarecido o foco deste trabalho, irei aqui tratar sobre as peculiaridades dos decanos do STF. De acordo com o RISTF¹⁰, uma das atribuições desses ministros é a de proferir, antes do Presidente, o último voto nas sessões plenárias. Tal especial incumbência significa que, em casos nos quais há significativa divergência instaurada entre os ministros, pode o decano ser o responsável por desempatar as votações.

⁹ <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/495105-PEC-ESTABELECE-MANDATO-DE-10-ANOS-PARA-MINISTRO-DO-STF-E-AUMENTA-QUORUM-PARA-ESCOLHA.html>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

¹⁰ Art. 135, RISTF: “Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.”.

Isso confere importância notável à sua figura, tendo em vista que, em algumas situações, ele pode ter que enfrentar pressões internas e externas ao STF com relação à posição que adotará em seu voto¹¹.

Essa posição de destaque dada ao decano pelo regimento interno parece ter como pressuposto que longos anos de atividade na corte lhe tenham dado experiência – no sentido de maior imparcialidade – e conhecimento aprofundado sobre as atividades do STF. Assim, é possível que o decano também sirva, em determinadas situações, como referência a seus colegas ministros.

1.1.2.1. O decano Sepúlveda Pertence

Para que esta pesquisa obtivesse resultados aprofundados, optei por estudar a atuação de apenas um dos decanos do Supremo.

Em primeiro lugar, tendo em vista a já mencionada proeminência política que a Constituição de 88 conferiu ao STF, decidi por analisar as decisões de um ministro que tivesse sido decano durante a vigência deste diploma. Desse modo, minhas opções eram os ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

Minha escolha foi pelo estudo aprofundado do Ministro Sepúlveda Pertence e se pautou, principalmente, em três razões. A primeira baseou-se, justamente, no fato de que toda a atuação de Sepúlveda enquanto decano ocorreu durante a vigência da CF/88, ao contrário de Moreira Alves. Além disso, Pertence foi decano do STF por um período menor do que os ministros Moreira Alves e Celso de Mello, fato esse que permite que minha pesquisa enfoque uma época determinada, durante a qual o STF e seus ministros – espera-se – não passaram por muitas mudanças.

¹¹ Exemplo notável de pressão interna e externa ao STF sobre o decano foi o julgamento da aceitabilidade dos Embargos Infringentes na AP 470. Nesse caso, o Ministro Celso de Mello foi responsável por proferir o último voto, de desempate, do julgamento, vez que o Presidente, Joaquim Barbosa, era o relator do acórdão.

Foi também importante para minha escolha o fato de Pertence já não mais compor o STF. Isso significa que, ao contrário do atual decano Celso de Mello, seu período enquanto decano da corte já está terminado e, assim, sua atuação como tal não mais está sujeita a bruscas alterações, as quais poderiam tornar esta pesquisa obsoleta.

Por fim, a escolha por Pertence também foi baseada em sua trajetória de destaque enquanto operador do direito e membro do STF – posição que ele ocupou durante exatos 6.666 dias –, explicitada a seguir:

José Paulo Sepúlveda Pertence se tornou ministro do Supremo Tribunal Federal em maio de 1989, por indicação do então Presidente da República José Sarney¹². Em abril de 2003, com a aposentadoria dos ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, tornou-se o membro mais antigo do tribunal, assim permanecendo até seu pedido de aposentadoria, em agosto de 2007.

Durante sua vida estudantil, Pertence foi ativo militante político, chegando ao posto de vice-presidente da União Nacional dos Estudantes. Mais tarde, durante a ditadura militar, foi dispensado de seu cargo de professor auxiliar na Universidade de Brasília e, por força do AI-5, aposentado de seu cargo no Ministério Público¹³.

Nesse período, travou relações com três figuras emblemáticas do STF, todas depostas de seus cargos no tribunal por força do governo militar: foi auxiliar docente do Professor e Ministro Hermes Lima, Secretário Jurídico do Supremo Tribunal Federal no gabinete do Ministro Evandro Lins e Silva e fundou escritório de advocacia com o então ex-Ministro Victor Nunes Leal¹⁴.

¹² <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jun_2015.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

¹³ <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/galeria/biografia-de-jose-paulo-sepulveda-pertence>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

¹⁴ <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=27>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

Essas informações expõem um pouco da atuação jurídica de Sepúlveda, indicando seu papel de relevo para o campo do direito.

1.1.3. Decisões acirradas

Mesmo após delimitar que meu objeto de estudo seriam as decisões de Sepúlveda Pertence, ainda se mostravam necessários recortes que tornassem esta pesquisa viável.

Assim, fiz a escolha de focar meu trabalho em decisões nas quais Pertence e os outros ministros do tribunal houvessem se esforçado mais que o comum em termos argumentativos para convencer seus pares de suas opiniões. Isso porque presumi que, em decisões desse tipo, os membros do STF fariam uso contundente do máximo de argumentos em que creem e, assim, seus votos revelariam, de maneira abrangente, aquilo que defendem.

Supus, então, que esse esforço argumentativo por parte dos ministros, pela dinâmica do julgamento de disputa nas votações, por parte dos ministros estaria presente em “decisões acirradas”, isto é, decisões que tiveram placar estreito, nas quais, provavelmente, cada voto foi importante para a formação do resultado.

1.1.4. Controle concentrado de constitucionalidade

Foi, ainda, realizada mais uma delimitação no objeto desta pesquisa. Adicionei aos já estabelecidos filtros de “decisões acirradas” tomadas enquanto o decano do STF era o Ministro Pertence mais um: casos de controle concentrado de constitucionalidade.

Essa opção, em um primeiro momento, foi feita devida ao fato de que decisões em casos desse tipo sugerem um distanciamento de situações concretas e uma aproximação do cerne da discussão jurídica posta em questão por parte dos ministros. Assim, em teoria, é possível depreender de

acórdãos desse tipo, de maneira mais pura, quais são as teses do direito e os tipos de argumentação em que acredita cada membro do STF.

Não obstante, foi bastante decisivo na escolha pelo estudo de casos de controle concentrado de constitucionalidade, o fato da Constituição de 88 ter sido responsável por outorgar ao STF poder político bastante elevado (conforme já explicado na seção "1.2 - Apresentação do objeto da pesquisa e justificativa do tema" deste capítulo). Nesse sentido, seguindo a linha da explanação de Sadek (2004), seriam justamente esses os casos nos quais transparece a faceta política do tribunal:

"decisões majoritárias são limitadas em um alto grau pelo Judiciário ao exercitar sua atribuição de controle da constitucionalidade. [...] A tendência à expansão da presença do Poder Judiciário na arena pública pode ser confirmada pelo expressivo aumento no número de ações diretas de inconstitucionalidade – o indicador clássico do processo de judicialização da política. De 1988 a janeiro de 2004 foram impetradas 3.097 ações. A participação de partidos políticos, de governadores de Estado e de confederações e entidades sindicais tem sido significativa"¹⁵.

Essa escolha por decisões de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, de caráter eminentemente político, está, ainda, relacionada com o debate no qual esta pesquisa pretende inserir-se. De acordo com o disposto na seção "1.2.1 - Pano de fundo: a questão da sucessão e do tempo de permanência dos ministros no STF", um dos objetivos deste trabalho é contribuir para a discussão sobre qual seria o tempo ideal de permanência de ministros no STF.

Assim, tendo em vista as duas teses antagonistas que convivem neste debate, as quais pretendo contrapor frente às decisões do decano

¹⁵ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, Aug. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 de julho de 2015.

Pertence no STF (de um lado, a que defende que a permanência de ministros no tribunal por longo tempo é positiva, pois eles teriam adquirido traquejo importante para o exercício de seus cargos; e, do outro lado, aquela que opina que esse longo tempo seria ruim, vez que serviria para alienar os ministros da realidade de fora da corte), a opção por analisar casos que envolvessem decisões políticas, com potencial de impactar a realidade nacional em termos sociais, econômicos, jurídicos e etc., pareceu-me bastante adequada.

Ademais, como consequência dessa opção, surgiu mais um filtro a ser adicionado a meu objeto de pesquisa. Dado o art. 5º, VII do RISTF (*“Compete ao plenário processar e julgar originariamente: VII – a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Ação Declaratória de Constitucionalidade”*), o qual estabelece que as ações de controle concentrado de constitucionalidade serão julgadas pelo plenário, irei analisar neste trabalho apenas decisões tomadas pelo órgão colegiado completo do STF.

1.2. Pergunta e hipótese

Retomando o que foi apresentado do objeto de pesquisa até este momento: escolhi estudar o Ministro Sepúlveda Pertence, enquanto decano do STF, em decisões acirradas de controle de constitucionalidade, julgadas pelo pleno.

Diante de todas essas informações, então, a pergunta que balizará este trabalho é: como votou o decano Sepúlveda Pertence em decisões acirradas em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade?

A hipótese que responde a essa pergunta, por sua vez, fundamenta-se no debate público a respeito dos decanos do STF de maneira geral – discutido na seção “1.1.1 - Pano de fundo: a questão da sucessão e do tempo de permanência dos ministros no STF”: o decano Sepúlveda Pertence

votou, em decisões acirradas em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade, de maneira tradicional e distante em relação à realidade externa ao tribunal.

Uma vez que o debate público pauta esse seu entendimento na ideia de que um ministro deixa de acompanhar, em suas decisões, as mudanças da sociedade por conta do longo tempo em que ele está no STF, é derivação da hipótese neste trabalho adotada a proposição de que Pertence, como decano, se colocou como oposição aos ministros recém-chegados ao STF.

Seguindo esse raciocínio, também é complementar a essa proposição que o decano, então, além de se colocar em oposição aos ministros novos no STF – os quais teriam maior contato com as mudanças da sociedade, pois estariam na corte há pouco tempo –, faz coro aos outros ministros antigos no tribunal, os quais também não mais tomariam decisões adaptadas à evolução das condições sociais, econômicas, jurídicas, etc.

Por fim, arremata essa lógica a proposição de que os “ministros intermediários”, ou seja, aqueles que não são antigos nem recém-chegados ao STF, tendem a se dividir, ora concordando com o decano e os ministros antigos, ora com os ministros mais novos no tribunal, uma vez que seu contato com as novas dinâmicas da sociedade não seria tão defasado quanto o dos ministros antigos, nem tão próximo quanto o dos ministros novos.

Em resumo, a hipótese deste trabalho é a seguinte: o decano Sepúlveda Pertence, em decisões acirradas de controle concentrado de constitucionalidade, votou de maneira tradicional e distante em relação à realidade externa ao STF. Ademais, colocou-se como oposição aos ministros recém-chegados no tribunal, concordou em alguns casos com os ministros intermediários e votou em conjunto com aqueles que também já ocupavam lugar no STF há bastante tempo.

Além do já referido debate público, essa hipótese foi traçada a partir da leitura de entrevista do ex-decano do STF Moreira Alves ao ConJur¹⁶. Na

¹⁶ Entrevista disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministro-aposentado-stf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2012.

conversa, o ex-ministro revelou seu apego à jurisprudência do tribunal, o que me levou à suposição de que os decanos, de um modo geral – e aí incluído o decano Sepúlveda Pertence –, tendem a votar de maneira mais tradicional que seus companheiros.

Em reforço a essa hipótese, parece também embasá-la a ponderação de Turner e Prado (2009):

“Por mais experiente e profissional que um ministro possa ser, a ideia de manter uma pessoa ou um grupo de pessoas isoladas de qualquer accountability, de qualquer incentivo para considerar mudanças nas preferências políticas dos eleitores, e de qualquer razão para considerar mudanças relevantes nos valores sociais, parece ser, no mínimo, desaconselhável dentro de um regime democrático e de uma sociedade em constante transformação”¹⁷.

Expostas, então, a pergunta e a hipótese que irão balizar esta monografia, passo a descrever a estrutura que foi para ela desenvolvida. Neste primeiro capítulo, irei expor de maneira mais detalhada o objeto do trabalho e, no segundo capítulo, a metodologia que foi nele utilizada. Os outros três capítulos posteriores irão trazer os resultados obtidos a partir da análise dos acórdãos, tratando, respectivamente, da importância dos votos de Pertence para a composição dos resultados de cada decisão; da relação do decano com os outros ministros do tribunal; e dos argumentos utilizados pelo decano e por aqueles ministros que votaram no mesmo sentido que ele nos acórdãos analisados. Por fim, o sexto e último capítulo oferecerá uma síntese das conclusões logradas nesta pesquisa, bem como reflexões e proposições gerais sobre o decano do STF Sepúlveda Pertence.

¹⁷ TURNER e PRADO, A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v.250, 2009, p. 34.

Capítulo 2: Metodologia

Definidos, então, o tema, a pergunta e a hipótese que nortearam este trabalho, neste capítulo irei detalhar a metodologia que desenvolvi para, respectivamente, respondê-la e a pôr à prova.

Antes de sua exposição, contudo, irei explicitar alguns pontos importantes para a compreensão de quais são os limites desta pesquisa. Em seguida, dividirei em dois blocos a explicação da metodologia: o modo como foi feita a seleção do universo de acórdãos, e o método concebido para a análise dos julgados selecionados.

2.1. Os limites desta pesquisa

Como já evidenciado no capítulo anterior, o propósito deste trabalho é analisar e discutir o modo como votou o Ministro Sepúlveda Pertence, enquanto decano do Supremo Tribunal Federal. Todavia, tendo em vista a busca por mais precisão nos resultados a serem obtidos a partir desta pesquisa, determinei recortes no universo de decisões proferidas pelo Ministro e decano Pertence até obter um conjunto reduzido de acórdãos, viável de ser analisado de maneira minuciosa e acurada em seis meses.

Desse modo, as reflexões e proposições sobre o comportamento desse decano que aqui serão descritas restringem-se às decisões que foram estudadas nesta pesquisa – ou seja, decisões acirradas, em controle de concentrado de constitucionalidade. Se as tendências por mim verificadas podem ser constatadas em todas as decisões do decano Pertence, somente trabalhos futuros e mais abrangentes poderão afirmar.

Entendo, porém, que essa limitação não torna esta pesquisa desimportante. Conforme argumentado no primeiro capítulo, o universo de acórdãos analisados foi selecionado de forma que a amostra que ele representa, ainda que exígua, fosse expressiva. Assim, essa seleção foi realizada de modo que este trabalho tenha potencial para posicionar-se nos

debates acadêmicos de sucessão dos ministros do STF e do perfil decisório do Ministro Sepúlveda Pertence.

Ademais, como qualquer pesquisa que se propõe a realizar um estudo qualitativo ou quantitativo de determinado objeto, a análise que será aqui exposta está – ainda que não de maneira proposital, mas inevitavelmente – sujeita a certa carga valorativa de sua autora, o que também não a inviabiliza como reflexão científica, desde que sejam explicitados claramente os métodos que balizaram sua reflexão.

Nesse sentido, parece importante apontar que eu, que escrevo este trabalho, sou aluna do segundo ano de graduação em direito e, desde o início deste ano em que fui também aluna da Escola de Formação da SBDP, me interessei por estudar a estrutura institucional do STF, especialmente no que diz respeito à escolha e permanência de ministros no tribunal.

Explanadas, então, essas duas principais ressalvas, passo a descrever qual foi a metodologia adotada para a construção desta pesquisa.

2.2. Seleção dos acórdãos

A seleção dos acórdãos foi feita a partir do campo “pesquisa de jurisprudência” do site do STF, no dia 08 de agosto de 2015. Para que fossem selecionados acórdãos compatíveis com o objeto deste trabalho – já explanado, de forma detalhada e compartimentada, no item “1.2 – Apresentação do objeto da pesquisa e justificativa do tema” deste capítulo – , foram aplicados alguns filtros a essa pesquisa.

O primeiro deles diz respeito à data de julgamento dos acórdãos. Tendo em vista minha busca apenas por decisões tomadas enquanto o decano do STF foi Sepúlveda Pertence, digitei no campo “data” da pesquisa de jurisprudência do site do STF “27/04/2003 a 16/08/2007”, que são, respectivamente, o dia em que teve início e o dia em que teve fim o período de decano do Ministro Pertence.

O segundo passo para a filtragem dos acórdãos foi selecionar, no campo “órgão julgador” da pesquisa do site do STF, a opção “plenário”. Isso

porque, como expliquei na seção “1.2.4 – Controle concentrado de constitucionalidade”, eu buscava, para meu trabalho, apenas decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade concentrado, o que, necessariamente, tendo em vista o RISTF¹⁸, implica nessas decisões terem sido tomadas pelo Pleno.

Em seguida, adicionei mais um filtro à pesquisa no site do tribunal, que foi selecionar apenas “acórdãos” ao campo de busca. Esse filtro deveu-se ao fato de que não se mostravam interessantes para as conclusões que eu pretendia tirar deste trabalho decisões que não tivessem sido tomadas por todos os ministros ou que não tivessem sido tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade – como súmulas, súmulas vinculantes ou repercussão geral¹⁹.

Por fim, uma vez que procurava por “decisões acirradas”, mas não há mecanismo de busca no site do STF que permita obter apenas decisões não unânimes ou com determinado placar de votação, optei por digitar na caixa de texto “vencidos *não* unanimidade” e, posteriormente, a partir da leitura do extrato de ata de cada um dos acórdãos, selecionar os casos que considere ter “decisões acirradas” (critério a ser explicado adiante).

Fazendo, então, uso desses filtros, minha busca teve como resultado 222 acórdãos.

Uma vez obtidos todos esses acórdãos, a próxima etapa foi selecionar apenas ações que tivessem caráter de controle de constitucionalidade abstrato – ADIs, ADCs, ADOs ou ADPFs.

Além disso, como já adiantei, foi também necessário estabelecer um critério objetivo que definisse o que são “decisões acirradas”. Para tanto, trabalhei com duas situações: acórdãos que tiveram duas correntes argumentativas – uma pela procedência e uma pela improcedência da ação,

¹⁸ Art. 5º, VII do RISTF: “Compete ao plenário processar e julgar originariamente: VII – a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Ação Declaratória de Constitucionalidade”.

¹⁹ Os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, inclusive, só passaram a existir após a saída do Ministro Pertence do STF.

por exemplo – e acórdãos que tiveram três delas – uma pela procedência, uma pela improcedência e uma pela parcial procedência, por exemplo.

No primeiro desses casos, decidi selecionar os acórdãos que tiveram taxa de divergência maior que 80% – portanto, aqueles com resultado 6x5 ou 6x4. Na segunda situação, optei por aqueles com taxa de divergência superior a 70%, assim abarcadas as votações de placar 5x4x2.

A escolha por determinar valores de taxa de divergência pareceu importante, vez que foi um filtro de acórdãos objetivo e que se mostrou eficiente, no sentido de ter peneirado uma quantidade de acórdãos compatível com o tempo disponível para a realização desta pesquisa.

O cálculo desses valores, por sua vez, foi feito a partir da distinção das três possíveis correntes de votos em x (número de votos da corrente vencedora), y (número de votos da corrente vencida 1) e z (número de votos da corrente vencida 2) – a essa última foi atribuído valor zero nos julgamentos que contaram com apenas duas correntes argumentativas. Foi, então, realizada a seguinte operação: $\frac{x^2 + y^2 + z^2}{2xy + 2yz + 2xz}$. O módulo desse resultado, por sua vez, foi dividido pelo número de ministros que votaram naquele julgamento e, para chegar ao valor da divergência, subtraiu-se 1 desse resultado – vez que o que havia sido obtido como resultado, antes dessa subtração, era o valor oposto ao que eu buscava, isto é, era a “taxa de concordância”.

Assim, a partir de exame da classe da ação e do extrato de ata de todos os 222 acórdãos obtidos na pesquisa do site do STF, restaram cinco acórdãos que se encaixavam em todos os critérios que pautaram minha busca. Foram eles: ADI 3289 – DF, ADI 2587 – GO, ADI 2925 – DF, ADI 2581 – SP e ADI 3026 – DF. Esses cinco julgados englobam sete decisões, uma vez que dois deles (a ADI 2925 e a ADI 3026) contêm, além do julgamento do mérito, um julgamento de questão preliminar.

2.3. Análise dos acórdãos

Uma vez selecionadas, então, as sete decisões – abrangidas nos cinco acórdãos que compõem o universo de análise desta pesquisa –, em um

primeiro momento, realizei uma leitura superficial de cada uma delas, que resultou na elaboração das fichas de leitura constantes na seção "Anexos". Essas fichas contêm as informações básicas de cada julgado, e foram elaboradas para facilitar minha escrita do trabalho e para que eventuais pessoas interessadas em entender a discussão central desses acórdãos possam consultá-las.

Essa leitura superficial também foi importante para a averiguação dos elementos que utilizei como base para as reflexões e conclusões dos capítulos 3 e 4, e para a comprovação da parte final da hipótese adotada neste trabalho, de acordo com a qual o decano Pertence votava de maneira oposta aos ministros recém-chegados no STF. A leitura, portanto, teve como foco elementos "superficiais" dos acórdãos – como, por exemplo, quais foram os ministros que votaram no mesmo sentido que o decano Pertence, ou qual foi o voto que efetivamente determinou o resultado da votação do plenário (no sentido de ter "fechado" o placar).

Posteriormente, realizei uma leitura mais aprofundada de cada um dos julgados, em busca de mapear os principais argumentos de cada uma das "correntes argumentativas" que neles se estabeleceram e confirmar, ou não, a primeira parte da hipótese adotada neste trabalho (segundo a qual o decano Pertence votava de maneira tradicional). Para tanto, considerei "corrente argumentativa" o grupo de ministros que votaram em um mesmo sentido em termos de procedência ou não do pedido, independentemente do modo como cada um deles justificou sua opinião.

Essa leitura e mapeamento foram realizados a partir de técnica que desenvolvi e que considerou, além da dimensão argumentativa dos votos estudados, a estrutura institucional e a forma de interação dos ministros nos julgamentos. Meu intuito foi que, a partir dela, eu fosse capaz de produzir uma narrativa mais abrangente na compreensão do comportamento do decano.

Assim, uma vez aplicada essa técnica, discriminados os argumentos centrais de cada uma dessas correntes e apoiada na literatura que versa

sobre argumentação constitucional, pude traçar os elementos que se tornaram base para as proposições do capítulo 5 deste trabalho.

Para tanto, inicialmente, a partir de listas nas quais elenquei os principais argumentos de cada corrente argumentativa, determinei qual era a corrente que fazia uso de argumentos mais contextuais e qual a corrente que se servia de argumentos mais tradicionalistas em cada caso, sempre tendo como norte o posicionamento do decano em relação a elas.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que as conclusões em resposta ao uso de argumentos tradicionalistas advieram da análise dos argumentos das correntes das quais foi adepto o decano. Isso significa que os votos de Sepúlveda Pertence não foram examinados isoladamente, mas sim em conjunto com aqueles aos quais o decano apresentou adesão – ou, ao menos, não apresentou oposição –, em conformidade com a dinâmica de julgamentos em órgãos colegiados.

Foi esse, então, o método que utilizei para a realização deste trabalho e que me levou às conclusões que irei, em seguida, explicitar. É importante, apenas, mais uma vez ressaltar que as reflexões e proposições nesta pesquisa feitas acerca das posições assumidas pelo decano Sepúlveda Pertence levam em consideração os acórdãos que selecionei a partir dos recortes anteriormente mencionados.

Portanto, o objeto deste trabalho é uma amostra em relação a todas as decisões proferidas por Pertence. Dessa forma, os resultados que irei mostrar nos próximos capítulos são absolutos, mas apenas em função dessa amostra, fruto dos já mencionados limites desta pesquisa. Se essa tendência será verificada em todas as decisões do decano, somente pesquisas futuras e mais abrangentes poderão afirmar. Todavia, os dados aqui obtidos servem não só para a compreensão parcial desse fenômeno dentro dos limites aqui estabelecidos, mas também como estímulo ao debate e a essas pesquisas futuras.

Capítulo 3: A importância do voto do decano

Este capítulo irá tratar da importância do voto do decano Pertence com relação aos votos de outros ministros. Abordarei essa questão, em um primeiro momento, do ponto de vista do “significado aparente” do voto de Pertence na formação do placar do resultado das decisões estudadas, tendo em vista a ordem da votação do plenário do STF. Ainda, irei realizar um cruzamento dos dados sobre as decisões em que Pertence participou da corrente vencedora ou da corrente vencida com os dados que serão mais a frente, no capítulo 6, explorados. Posteriormente, tratarei da importância do voto do decano a partir do uso de votos anteriores do Ministro Sepúlveda utilizados como recurso argumentativo, em forma de precedente, nos acórdãos para esta pesquisa analisados.

3.1. Vencedor ou vencido?

A observação dos acórdãos selecionados de acordo com os critérios mencionados no capítulo “2 – Metodologia” demonstra que, nas decisões analisadas, houve praticamente um empate entre as ocasiões em que o ministro esteve entre a corrente vencedora e a vencida. O quadro abaixo expressa esse dado, explicitando as ações em que ocorreram:

Quadro 1: Vencedor ou vencido?

	ADI 2581	ADI 2587	ADI 2925 [P]	ADI 2925	ADI 3026 [P]	ADI 3026	ADI 3289
Vencedor							
Vencido							

[P] = julgamento de preliminar

Por força do art. 135 do RISTF²⁰ – o qual estabelece que a ordem da votação no plenário será determinada pela antiguidade dos ministros na corte, com exceção do presidente, que deve ser o último a votar – Sepúlveda foi sempre um dos últimos ministros a votar.

Nos casos concretos, com exceção das ADIs 2581 e 2587, foi consequência desse dispositivo o voto do decano, aparentemente, não ter sido decisivo para a formação da corrente vencedora, da preliminar ou do mérito, do acórdão. Isso ocorreu porque, no momento em que foi proferido o veredicto de Pertence, o placar dos julgamentos já estava formado a ponto de delinear qual seria o resultado da ação.

Como já citado, foram apenas duas as exceções a essa situação, isto é, foram dois os casos nos quais o voto do decano foi definitivamente significativo para a formação do resultado do acórdão. Um deles foi a ADI 2581, na qual Pertence, por não estar presente na primeira sessão em que a ação foi discutida (a qual terminou em placar 5x5), ficou incumbido de proferir voto de desempate em assentada posterior.

A outra situação em que a argumentação e as reflexões propostas por Pertence foram determinantes para o resultado do julgamento foi a ADI 2587. Nela, o placar da votação era 4x2x2 antes do voto do decano, e se tornou 4x3x2 após a emissão da opinião de Sepúlveda. Essa opinião foi acompanhada de maneira explícita pelos ministros Ellen Gracie (*“Compartilho, igualmente, a posição externada pelos colegas por mim já referidos e pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence [...]”*²¹) e Nelson Jobim (*“Acompanho a divergência [...] pelos motivos e fundamentos expendidos pelos Ministros [...] Sepúlveda Pertence [...]”*²²), que foram os últimos a votar e os responsáveis por inverter o placar do julgamento para 4x5x2.

²⁰ Art. 135, RISTF: *“Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.”*

²¹ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 01/12/2004, p. 82.

²² STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 01/12/2004, p. 83.

Esses dois casos indicam que, apesar do RISTF estabelecer que o decano deve ser o penúltimo ministro a se manifestar nas sessões plenárias – e, como já explicado, isso normalmente (nos casos estudados) estar atrelado ao voto do decano, ao que parece, não ser significativo para a formação dos resultados dos acórdãos –, nem sempre isso acontece. Aliás, as duas vezes em que, por motivos diversos, não se seguiu a ordem de votação regrada pelo art. 135, RISTF, foram justamente aquelas em que o voto de Pertence foi, seguramente, relevante para a definição do resultado da controvérsia em questão.

3.1.1. O voto vencedor e o voto vencido do decano: tradicional ou contextual?

No capítulo 5 deste trabalho será discutida a maneira como o decano e os outros ministros do STF desenvolveram sua argumentação nos casos estudados. A partir dessa discussão, irei tirar conclusões sobre qual das correntes argumentativas formadas em cada decisão valeu-se de interpretações tradicionais da Constituição e qual utilizou argumentos que prezam por uma leitura contextualizada da CF.

Apesar de ainda não ter explorado essas informações de maneira minuciosa, contudo, irei utilizá-las como base para algumas proposições deste capítulo. A partir do cruzamento dos dados do Quadro 1 e do Quadro 6 – o qual está retratado no capítulo 6 e contém as informações sobre a corrente argumentativa adotada pelo decano em cada caso ter sido tradicional ou contextual –, é possível perceber que o STF, como corte, nos acórdãos estudados, tendeu a decidir os casos com que se deparou a partir de leituras mais contextualizadas da Constituição:

Quadro 2: A posição do STF: tradicional ou contextual?

	ADI 2581	ADI 2587	ADI 2925 [P]	ADI 2925	ADI 3026 [P]	ADI 3026	ADI 3289
Contextual							
Intermediária							
Tradicional							

Assim, desse quadro também é possível concluir que, quando o voto de Pertence foi um dos votos vencedores, nas decisões analisadas, ele também era voto da corrente contextual – isso ocorreu em três das quatro vezes em que ele foi voto vencedor. Por outro lado, em duas das três decisões em que o decano integrou a corrente vencida, ele havia utilizado fundamentos mais tradicionais.

O que se conclui, então, dos acórdãos estudados para esta pesquisa é que o STF, como órgão colegiado, parece optar por utilizar argumentos que levam em conta o contexto externo ao tribunal. Nesse sentido, o decano Sepúlveda Pertence, enquanto integrante de correntes contextuais, costumou ver sua opinião como aquela que prevaleceu na corte; e, enquanto ministro que adotou postura argumentativa tradicional, foi, na maioria das vezes, voto vencido.

3.2. O uso de precedentes do decano Sepúlveda Pertence

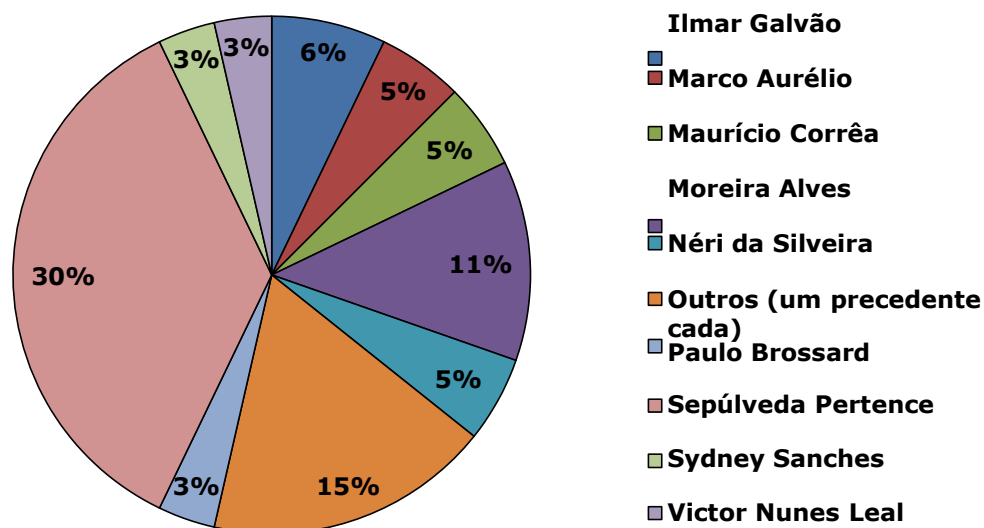
O fato do voto de Pertence aparentemente não ter sido, em parte significativa dos casos, decisivo para a formação do resultado dos acórdãos analisados – conforme concluído na seção “3.1 – Vencedor ou vencido?” – não significa que os outros ministros não consideram importantes as opiniões e teses defendidas pelo decano.

Na realidade, além do dado trazido na seção anterior sobre os recorrentes desvios ao RISTF que levam a uma alteração na ordem de votação do plenário e, portanto, na dinâmica de julgamentos, há um aspecto colhido dos acórdãos analisados que pode ser indicativo do contrário, ou seja, que parece atestar que os ministros do STF têm bastante apreço pela atuação e pelos votos do decano Sepúlveda Pertence.

Trata-se do uso de precedentes do Ministro Sepúlveda como recurso argumentativo pelos ministros do tribunal. A leitura dos acórdãos para esta pesquisa analisados revelou que essa foi uma prática bastante comum.

Ao menos um trecho de voto proferido ou de ementa redigida em julgamentos passados pelo Ministro foi transcrito em cada um dos acórdãos. Além disso, de todos os precedentes do STF atribuídos a ministros específicos citados nos acórdãos analisados, 30% eram do Ministro Sepúlveda Pertence – antes ou depois dele se tornar o decano da corte –, conforme se depreende do gráfico abaixo:

Gráfico 1: Porcentagem de precedentes citados de cada ministro do STF



Também é interessante salientar que diferentes ministros fizeram uso de precedentes de Pertence em seus votos, conforme ilustrado no gráfico abaixo (Gráfico 2). Dele se colhe que dentre todas as referências feitas explicitamente a teses anteriores do Ministro Sepúlveda, salta aos olhos o fato de que a maioria delas foi feita pelo Ministro Gilmar Mendes, em três diferentes acórdãos²³, o qual – dissertarei mais detalhadamente sobre isso no próximo capítulo – foi um dos ministros com relação a quem o decano Pertence mais apresentou divergência nos acórdãos analisados.

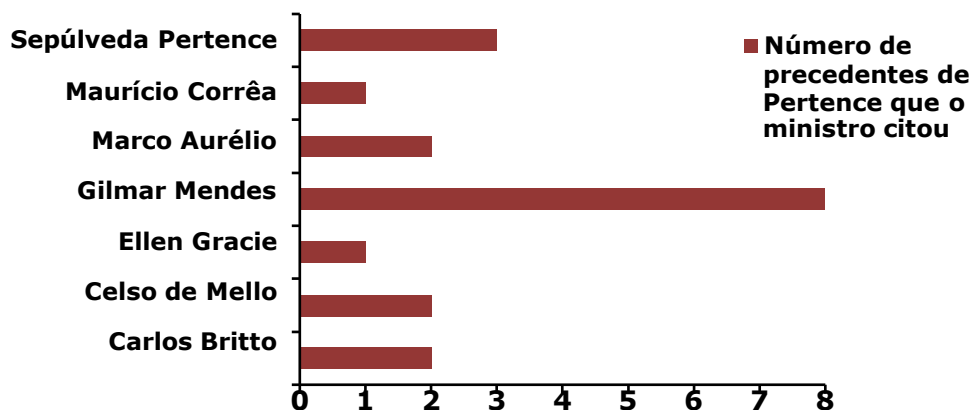
É possível que esse uso recorrente de precedentes de Sepúlveda por diferentes ministros seja uma forma de tentativa dos membros do STF de legitimarem seus votos perante seus colegas e, principalmente, perante o próprio decano. Nesse sentido, o uso de precedentes de Pertence seria um instrumento para constrangê-lo a votar no mesmo sentido daquele que mencionou seu precedente.

Ainda, o gráfico ilustra que tanto ministros que já estavam no STF há longo tempo (como Celso de Mello e Marco Aurélio), quanto ministros recém-chegados na corte (é o caso, por exemplo, do Ministro Carlos Britto) utilizaram precedentes do decano para legitimar sua argumentação.

É similarmente interessante o fato de que o próprio Pertence cita, em sua argumentação nas ADIs 2581 e 2587, trechos ou opiniões por ele mesmo firmadas em assentadas passadas, o que pode ser indicativo dele ter votado, ao longo dos anos em que foi membro do STF, de maneira consistente, sem alterar seus entendimentos sobre determinados assuntos. Pode, também, ser indício de que Pertence se esforçou, ao longo do tempo em que atuou no STF, para construir e consolidar perante a corte determinados entendimentos.

²³ Gilmar Mendes, nas ADIs 3289, 2587 e 3026 citou votos ou ementas escritas por Sepúlveda Pertence.

Gráfico 2: O uso de precedentes do Ministro Sepúlveda Pertence como recurso argumentativo por ministro do STF



3.3. Retomada: sobre a importância do voto do decano

Este capítulo buscou entender, a partir da aparente significância do voto de Pertence para a formação dos resultados das decisões estudadas e do uso de precedentes do decano como argumento, um pouco mais sobre a importância dos votos de Pertence. Nesta seção, então, irei retomar as principais conclusões firmadas a partir das reflexões expostas neste capítulo.

Inicialmente, vale relembrar que o decano integrou a corrente vencedora em quatro das sete decisões analisadas. Isso significa que não houve grande diferença entre o número de vezes em que ele foi vencedor e o número de vezes em que foi vencido.

Ainda, por conta do RISTF, em cinco das sete decisões estudadas, o voto de Pertence, aparentemente, não foi definitivo para a formação do resultado do acórdão, vez que a corrente vencedora já estava formada no momento da manifestação do decano. Nos dois únicos casos em que o voto do Ministro Sepúlveda foi proferido antes da deliberação do resultado final,

não foi respeitada a ordem de votação no plenário determinada pelo art. 135, RISTF²⁴.

Adiantando alguns dos dados que serão discutidos de maneira mais aprofundada no capítulo 6, também propus, a partir dos casos estudados, que o decano, enquanto ministro que adota interpretação contextual da Constituição, tende a fazer parte da corrente vencedora. Nesse mesmo sentido, Pertence foi voto vencido na maior parte das vezes em que perseguiu uma argumentação mais tradicionalista.

Neste capítulo, também foi abordado o uso de precedentes do decano. Ele foi o ministro cujos votos ou ementas foram mais retomados nas decisões estudadas. Esse dado indica que, apesar de, aparentemente, os votos de Pertence nos casos estudados não terem sido definitivos para os resultados dos acórdãos, sua opinião é considerada importante pelo STF. Ou então, esse dado pode significar que os ministros que utilizaram precedentes do decano o fizeram para constranger Sepúlveda a acompanhar seus votos.

Por fim, mais uma proposição relevante discutida neste capítulo foi a de que os precedentes de Pertence foram citados por ministros antigos, ministros intermediários e ministros recém-chegados no tribunal. O próprio Sepúlveda, inclusive, utilizou votos que proferiu anteriormente no STF em suas decisões, o que aponta para duas possíveis e não excludentes conclusões: Pertence é um ministro que tendeu, ao longo de seus anos na corte, a manter seus entendimentos; e, ainda, se esforçou, durante sua atuação no STF, para consolidar determinados entendimentos.

²⁴ O art. 135, RISTF, estabelece que a ordem dos votos no plenário será feita de acordo com a antiguidade dos ministros no tribunal, com exceção do presidente, que será sempre o último a votar. Desse modo, quando esse regimento é seguido, o decano é o penúltimo ministro a proferir seu voto.

Capítulo 4: O decano em meio a seus pares

Neste capítulo será explorada a relação estabelecida pelo decano Sepúlveda Pertence com os outros ministros do STF nos acórdãos estudados. Inicialmente, dissertarei sobre os ministros com os quais o decano mais concordou. Em um segundo momento, tratarei dos ministros com quem o decano mais discordou. Por fim, irei expor os resultados que obtive sobre a relação de Pertence com os relatores originários dos acórdãos que analisei.

Antes de exibir todas essas informações, é importante estabelecer alguns dados, necessários como premissa para a compreensão aprofundada dos resultados da análise dos acórdãos que serão trazidos neste capítulo.

O primeiro deles diz respeito à composição do STF durante o período em que Sepúlveda Pertence foi o decano da corte. Nessa época, o tribunal teve cinco formações diferentes. A tabela abaixo ilustra cada uma dessas formações, bem como as decisões para esta pesquisa analisadas que cada uma delas julgou:

Quadro 3: Composições do STF durante o período em que Sepúlveda Pertence foi o decano da corte

	SP	CV	CM	EIG	GM	MA	MC	NJ	CB	CP	JB	ErG	RL	CL
Composição 1									-	-	-	-	-	-
Composição 2: ADIs 2581 e 2857												-	-	-
Composição 3: ADIs 2925 [P] e [M] e 3026 [P] e [M]							-						-	-

Composição 4: ADI 3289		-						-							-
Composição 5		-						-	-						

Legenda:



Ministro participou da
composição



Ministro não participou da
composição

SP: Sepúlveda Pertence

NJ: Nelson Jobim

CV: Carlos Velloso

CB: Carlos Britto

CM: Celso de Mello

CP: Cezar Peluso

EIG: Ellen Gracie

JB: Joaquim Barbosa

GM: Gilmar Mendes

ErG: Eros Grau

MA: Marco Aurélio

RL: Ricardo Lewandowski

MC: Maurício Corrêa

CL: Cármen Lúcia

[P]: julgamento de preliminar

[M]: julgamento de mérito

Sobre os dados expressados na tabela, vale ressaltar que os cinco acórdãos analisados nesta pesquisa não abrangeram a Composição 1 (que contava com apenas 8 ministros) nem a Composição 5 (que teve início com a entrada da Ministra Cármen Lúcia). Assim, os julgados a partir dos quais tirei as conclusões deste capítulo – e deste trabalho, de modo geral – se concentram nas Composições 2, 3 e 4.

Também é possível depreender dessa tabela que a Composição 1 do STF durante o período em que o decano do tribunal foi o Ministro Pertence contava apenas com 8 julgadores. Logo em seguida, contudo, as vagas remanescentes foram preenchidas por Carlos Britto, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Além da composição do STF durante o período que será aqui estudado, há mais um dado que configura base relevante para as

proposições e reflexões que irei levantar neste capítulo. Trata-se de informação que elenca quem são os membros do STF por mim classificados como “ministros novos”, “ministros intermediários” e “ministros antigos”²⁵, na época de julgamento de cada um dos acórdãos analisados. Esse dado está organizado na seguinte tabela:

Quadro 4: Classificação dos ministros do STF por ordem de antiguidade no tribunal

	CM	MA	CV	MC	NJ	EIG	GM	CB	CP	JB	ErG	RL
ADI 2581											-	-
ADI 2587											-	-
ADI 2925 [P] e [M]				-								-
ADI 3026 [P] e [M]				-								-
ADI 3289			-	-								

Legenda:

-	Não participou do julgamento		“Ministro intermediário”
	“Ministro antigo”		“Ministro novo”

²⁵ Esta classificação foi feita a partir das datas em que cada um dos ministros tomou posse em seu cargo no STF. Como regra geral, dividi os dez ministros do STF (que não o decano Sepúlveda Pertence) em três grupos: os três que ocupavam a cadeira no tribunal há mais tempo; os quatro “intermediários”; e os outros três que haviam sido empossados mais recentemente. Isso funcionou para a composição do tribunal quando do julgamento das ADIs 2581 e 2587. Entretanto, nas ADIs 2925 e 3026, tive que classificar três ministros “antigos”, três “intermediários” e quatro “novos”, pois, tendo em vista que CB, CP e JB tomaram posse no mesmo dia, não pude dividi-los em blocos diferentes. Por fim, novamente por conta da “indivisibilidade” dos ministros Carlos Britto (CB), Cezar Peluso (CP) e Joaquim Barbosa (JB) nessa minha classificação, na ADI 3289 foram três os ministros “antigos”, cinco os ministros “intermediários” e dois os “novos”.

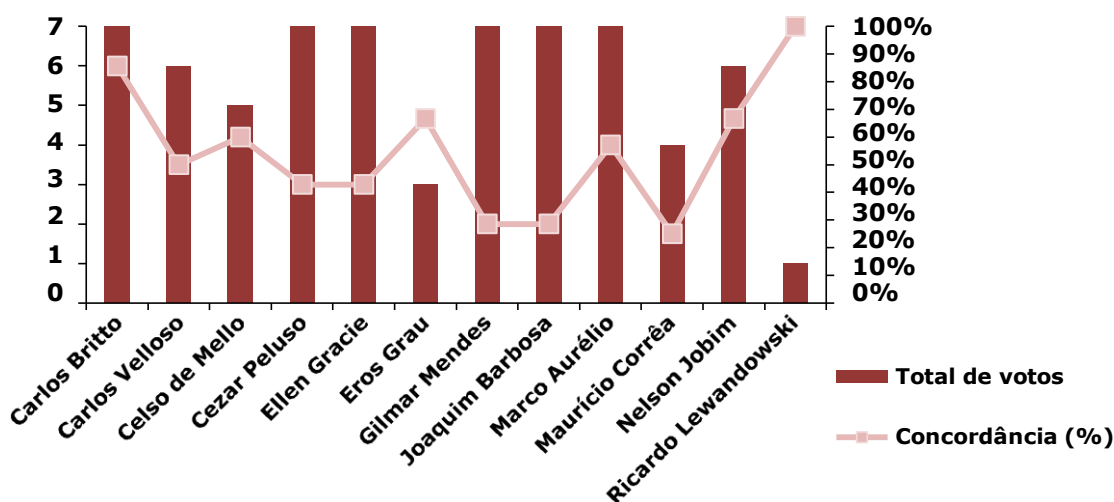
Feitas essas antecipações introdutórias, passo a elencar e discutir as conclusões que me propus a trazer neste capítulo.

4.1. Os aliados do decano Pertence

Nesta seção, discutirei quem foram os ministros cujos votos o decano costumou acompanhar nos acórdãos estudados – a escolha dessa ordem está vinculada ao art. 135 do RISTF, o qual estabelece que a votação no plenário será feita por ordem de antiguidade (ressalvado o presidente, que deverá ser o último a votar), e, assim, tem como consequência o fato de que o decano deverá ser o penúltimo ministro a proferir seu voto. Ademais, tratarei aqui também de possíveis desdobramentos e reflexões advindos dessa discussão.

Para o desenvolvimento desse raciocínio, foi elaborado, a partir das sete decisões contidas nas cinco ADIs que estudei, gráfico que ilustra em quantas delas cada ministro votou (barras) e qual foi a sua “taxa de concordância” (votos em que o ministro concordou com o decano/número de decisões em que votou – indicada pelas linhas) com relação ao decano nessas votações. Sua leitura possibilita a identificação de quais foram os ministros com quem o decano mais concordou e quais aqueles com quem Pertence mais discordou. Assim, este gráfico é elemento importante para a confirmação ou invalidação da parte da hipótese adotada neste trabalho que propõe que o decano tende a votar no mesmo sentido que os ministros antigos no STF.

Gráfico 3: Concordância dos ministros em relação ao decano²⁶



Dessa projeção, é possível depreender que, dentre os ministros que compuseram o STF no período aqui analisado, destacou-se o Ministro Carlos Britto como aquele que mais foi acompanhado por Sepúlveda, assim tendo sido em 86% de suas decisões. Os ministros Nelson Jobim e Eros Grau também apresentaram taxa de concordância bastante significativa com relação ao decano, de 67%.

É interessante notar, contudo, que a concordância verificável entre Britto e Pertence e Grau e Pertence nestes acórdãos, se dá, aparentemente, apenas no que diz respeito ao resultado das decisões estudadas. Isso porque Pertence nunca mencionou de maneira explícita – ao menos nos acórdãos que estudei – estar seguindo a fundamentação evocada por Eros Grau ou Carlos Britto em seus votos.

²⁶ O cruzamento de dados deste gráfico, em um primeiro momento, pode parecer errôneo, vez que a taxa de concordância dos ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski com relação ao decano é mais elevada que o número de decisões em que eles votaram. O modo como este gráfico foi construído, contudo, não foi equivocado. Essas aparentes discrepâncias se explicam porque as “linhas” (as quais são maiores que o número de decisões em que Grau e Lewandowski votaram) são referentes à porcentagem, à “taxa de concordância”, e as barras, sim, são referentes ao número de decisões em que eles participaram. Desse modo, é possível que a “porcentagem de concordância” seja maior que o número de decisões em que o ministro votou.

De qualquer forma, ainda que a leitura dos acórdãos que examinei não permita concluir que Pertence referendou toda a argumentação utilizada por Eros Grau ou Carlos Britto, é indiscutível que o decano votou, na maioria dos casos que compõem esta pesquisa, no mesmo sentido – isto é, pelo mesmo resultado – que esses ministros.

Essa é uma informação bastante relevante para este trabalho, vez que ela enfraquece a hipótese aventada no debate público e aqui adotada de que o decano Sepúlveda Pertence costumava votar de maneira oposta aos “ministros novos” no tribunal.

Esse enfraquecimento ocorre devido ao fato de que dois dos três julgadores com quem o decano mais concordou foram, pela minha classificação, considerados, quando do julgamento da grande maioria dos casos estudados²⁷, “ministros novos”, isto é, recém-chegados, no STF. Esse dado indica que Pertence não teve problemas em colocar-se ao lado daqueles que, supostamente, manteriam maior contato e relação mais próxima com a dinâmica da sociedade atual.

Assim, partindo desse raciocínio, é possível propor que o tempo há que um ministro integra o STF não foi, nas decisões examinadas, fator determinante em suas decisões, de modo que as correntes argumentativas – ao menos nos casos que foram para esta pesquisa estudados – não se formam a partir de cisma entre os ministros antigos e os novatos no Supremo.

Essa proposição também é fortalecida pela informação colhida do gráfico acima de que Pertence apresentou taxa de concordância alta com o Ministro Nelson Jobim. De acordo com a classificação que realizei, Jobim ocupou, na maior parte dos acórdãos analisados, posto de “ministro intermediário” no STF²⁸.

²⁷ O Ministro Eros Grau foi classificado como novo em todas as ADIs em que votou. O Ministro Carlos Britto também o foi, com exceção da ADI 3289 (julgada após a entrada do Ministro Lewandowski no tribunal), na qual ele passou a ser classificado como “ministro intermediário”.

²⁸ A exceção para a classificação de Jobim como “ministro intermediário” foi a ADI 3289, na qual ele passou a compor o grupo dos “ministros antigos” no tribunal.

Na linha da hipótese adotada neste trabalho (de que o decano vota da mesma forma que os ministros antigos e de maneira oposta aos ministros novos no STF), o esperado era que os ministros intermediários colocassem-se entre essas duas correntes, isto é, ora concordassem com os ministros antigos, ora com os ministros novos no tribunal.

Contudo, a observação de que Jobim, “ministro intermediário”, e Pertence, ministro mais antigo, votaram no mesmo sentido em 67% das decisões que esta pesquisa examinou, amortece essa hipótese. Destarte, esse dado robustece a proposição de que não é o tempo há que o ministro é membro do STF o fator responsável por definir o sentido de suas decisões na corte.

4.2. Os antagonistas do decano Pertence

De maneira similar à proposta do subcapítulo anterior, irei discutir nesta seção quais foram os ministros com relação a quem o decano Pertence mais apresentou divergência. O intuito dessa discussão é poder comparar os dados obtidos a partir dessa discussão com as conclusões levantadas na seção anterior.

O Gráfico 3 (“Concordância dos ministros em relação ao decano”), exposto na seção anterior, oferece esclarecimentos quanto a quais foram os membros do STF de quem o decano Sepúlveda Pertence, nos casos estudados, costumeiramente discordou.

Os três principais destaques nesse sentido foram os ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Maurício Corrêa. Enquanto os dois primeiros discordaram de Pertence em 71% das decisões, Corrêa votou em sentido contrário ao do decano em 75% das situações em que se pronunciou.

Dessa informação, é possível tirar algumas conclusões. Uma delas diz respeito à curiosa relação – já anunciada na seção “3.2 - O uso de precedentes do decano Sepúlveda Pertence” – que pude verificar entre Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence. “Curiosa” porque, apesar do fato de

Mendes e Pertence terem divergido significativas vezes nas decisões que analisei, Gilmar foi, de longe, o ministro que mais se destacou no utilizar de precedentes do decano em seus votos (conforme ilustrado pelo Gráfico 2).

Esse fato de Mendes usar como recurso argumentativo precedentes de Pertence, mas quase sempre votar pelo resultado oposto ao do decano, parece ser um pouco estranho. Entretanto, é possível, a partir dele, levantar três hipóteses. A primeira delas é que Sepúlveda não é um ministro que tende a manter seus posicionamentos ao longo do tempo. Assim, haja vista que o uso dos precedentes foi aqui interpretado como reviver teses proferidas em momentos passados, Mendes estaria, nas decisões analisadas, optando por decidir do mesmo modo que Pertence decidiu preteritamente, enquanto Sepúlveda estaria revendo suas convicções anteriores.

É também possível, contudo, que isso signifique que Mendes não soube utilizar os precedentes do decano ou, então, não tenha utilizado-os imparcialmente – e, assim, ter “recortado” trechos de votos de Pertence que sugerem um posicionamento enquanto, na verdade, a opinião externada pelo decano naquela manifestação foi a oposta.

Por fim, é possível que esse recorrente uso de precedentes do decano por parte de Gilmar Mendes tenha sido uma tentativa de Mendes de constranger Sepúlveda a não se mostrar um ministro que não tenha entendimentos consolidados e, assim, a acompanhar seus votos.

Se alguma dessas hipóteses se confirma – e, nesse caso, qual delas se confirma –, apenas pesquisas futuras, que avaliem especificamente a relação entre Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, poderão afirmar. O que posso depreender a partir dos acórdãos que analisei, contudo, é que Mendes utilizou muito opiniões preteritamente expostas pelo decano, a se provar pelo uso recorrente que faz de precedentes de Pertence.

Essa afirmação revela-se importante para a proposta de discussão deste capítulo também quando encarada do ponto de vista de que o Ministro Gilmar Mendes foi, de acordo com a classificação anteriormente

proposta, “ministro intermediário” no STF durante a época das decisões aqui analisadas.

Assim, o fato de que o decano – ou seja, o membro mais antigo do STF – apresentou taxa de discordância bastante elevada com relação à Mendes enfraquece a hipótese de que os ministros antigos votam de maneira contrária aos ministros novos, e de que os ministros intermediários, por sua vez, dividem-se, ora votando com a corrente antiga, ora com a corrente nova.

Mais um ministro com relação a quem o decano apresentou taxa de discordância alta foi Joaquim Barbosa. Essa informação é de extrema relevância para o que está sendo proposto nesta pesquisa – e, mais especificamente, neste capítulo –, pois Barbosa também foi classificado, em quase todos os acórdãos estudados²⁹, como “ministro novo” no tribunal. Ele, inclusive, tomou posse no STF no mesmo dia que o Ministro Carlos Britto, que é, justamente, aquele com quem o decano mais concordou.

Esse achado da pesquisa, cumulado ao fato aqui verificado de que o ministro de quem Pertence mais discordou foi Maurício Corrêa, um “ministro antigo”, corrobora para a proposição feita no subcapítulo anterior de que o sentido do voto de um membro do STF não é determinado pelo tempo há que ele exerce esse cargo de ministro. Assim, a análise dos acórdãos utilizados para este trabalho está no sentido contrário da hipótese de que os “ministros antigos” do STF votam em conjunto e de maneira oposta aos “ministros novos” no tribunal.

4.3. O decano e os Ministros Relatores

Ainda no campo da discussão da relação de Pertence com os outros ministros integrantes do STF, irei tratar agora, especificamente, do vínculo do decano com os relatores originários das ações estudadas nesta pesquisa.

²⁹ Joaquim Barbosa só não foi classificado como “novo” quando do julgamento da ADI 3289, na qual ele integrou o grupo dos “ministros intermediários”.

É importante analisar se o Ministro Pertence costumou concordar ou não com os relatores das ações porque, tendo em vista que eles são os primeiros a explicitar suas opiniões em cada acórdão, há pesquisas que afirmam ser possível dizer que “o relator tem maior influência na decisão de uma ação que os demais ministros, uma vez que há um ônus argumentativo maior para contrariá-lo”³⁰.

Assim, o levantamento desse dado pode indicar que Sepúlveda, enquanto decano, não se deixou influenciar pelos relatores originários, ou, pelo contrário, que seus votos costumaram seguir a mesma linha dos relatores, o que, possivelmente, denotaria que Pertence não é tão independente quanto o debate público costuma propor, ao levar em conta os longos anos de experiência do decano.

Em resposta a esse levantamento, foi obtido o quadro abaixo, o qual demonstra que, nas decisões aqui estudadas, Sepúlveda Pertence costumou votar contra os relatores originários dos acórdãos:

Quadro 5: Ministros relatores originários e sua concordância com o decano

	ADI 2581: Maurício Corrêa	ADI 2587: Maurício Corrêa	ADI 2925 [P]: Ellen Gracie	ADI 2925: Ellen Gracie	ADI 3026 [P]: Eros Grau	ADI 3026: Eros Grau	ADI 3289: Gilmar Mendes
Mesmo sentido							
Sentido oposto							

³⁰ VIANNA, Renato Guazzelli Macini Ramos. *A atuação do Ministro Relator no controle abstrato de constitucionalidade: um estudo sobre a deliberação do STF*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2012. P. 43. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/222_Renato%20Vianna.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

Assim, especificamente para os casos por mim analisados, parece delinear-se, ainda que de maneira tímida, a tese de que o decano é um ministro independente, firme em suas opiniões. Nesse sentido, nas decisões aqui estudadas, o decano não se mostrou deferente aos relatores, revelando-se disposto a acompanhar os ministros que enfrentaram o ônus argumentativo de contrariá-los.

Ademais, dessa sistematização de dados referente aos relatores das ações que estudei, parece também ser possível extrair algumas conclusões sobre a relação do decano com ministros específicos. Não irei aqui explorar a relação entre Pertence e Ellen Gracie enquanto relatora ou Pertence e Gilmar Mendes enquanto relator, uma vez que os dados colhidos dos cinco acórdãos que compuseram esta pesquisa parecem ser bases insuficientes para inferências seguras, nesse aspecto.

O que se revela bastante interessante, contudo, são as proposições que pude formar tendo em vista as decisões relatadas por Eros Grau e Maurício Corrêa. O quadro acima revela que Pertence votou no mesmo sentido que Eros Grau – por mim classificado como ministro “novo” no STF – nos dois acórdãos em que esse foi relator. Entretanto, nas ações em que Corrêa, ministro “antigo”, proferiu o primeiro voto, o decano se arriscou e aceitou o ônus argumentativo de contrariá-lo.

Assim, aqui, como nas seções “4.1 – Os aliados do decano Pertence” e “4.2 – Os antagonistas do decano Pertence”, o decano mostrou uma tendência a aceitar os argumentos e proposições trazidos por aqueles que há pouco entraram no STF, contrariamente às teses defendidas pela opinião pública.

Da mesma forma, o fato de que o decano, nas decisões analisadas, costumou votar contra Maurício Corrêa – quem, ao lado de Pertence era, então, um dos ministros que estava há mais tempo no STF –, mais uma vez reforça a proposição de que o tempo de corte de um ministro não é fator que influencia de maneira definitiva sua decisão.

4.4. Retomada: o decano em meio a seus pares

Neste capítulo, propus uma reflexão a partir de dados que revelaram quem foram os ministros com quem Pertence mais concordou; quem foram aqueles com quem o decano mais discordou; e qual foi a relação (de concordância ou discordância) de Pertence com os relatores originários das decisões estudadas.

Uma das conclusões a que os dados levantados neste capítulo levou foi que os ministros com quem Sepúlveda mais consentiu, nos acórdãos analisados para esta pesquisa, foram Carlos Britto, Eros Grau e Nelson Jobim. Britto e Grau eram, à época das decisões, ministros novos no STF, e Jobim era ministro intermediário na corte.

Já os ministros com relação a quem Pertence mais apresentou divergência foram Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. O primeiro deles era ministro antigo no STF; o segundo, intermediário; e, por fim, Barbosa era recém-chegado ao tribunal.

Um olhar para todas essas informações em conjunto revela que Pertence, enquanto decano e nos casos estudados, não teve problema em acatar a maioria das posições e argumentações desenvolvidas por ministros mais novos no STF. Ainda, esses dados parecem negar a hipótese adotada neste trabalho de que o decano vota conforme os ministros mais antigos no tribunal e contra os ministros que há pouco tempo nele ingressaram. Da mesma forma, não se confirmou, a partir das decisões analisadas, a proposição de que os ministros intermediários ora concordam com o decano e os ministros antigos, ora com os ministros novos no STF.

Também neste capítulo foi discutida a relação do decano com aqueles que foram relatores originários das ações estudadas. Sobre esse assunto, o decano demonstrou aderir ao voto do relator quando ele era um ministro novo no tribunal e, de maneira oposta, Sepúlveda se opôs ao relator quando este era ministro antigo no STF.

Dessa análise, ainda, colhi que, em quatro das sete decisões, o decano votou de maneira oposta ao relator. Esse dado, ainda que não muito

seguro – uma vez que quatro decisões são apenas um pouco mais que 50% de minha amostra –, pode indicar que o decano é um ministro pouco deferente àqueles que proferem o primeiro voto no plenário, e aceita o ônus argumentativo de contrariá-los.

Capítulo 5: Tradicional ou contextual?

O principal objetivo deste capítulo é testar, a partir do universo de acórdãos analisados neste trabalho, a hipótese segundo a qual Pertence, como decano do STF, votava de maneira tradicional. A confirmação ou recusa dessa suposição se dará com base nas informações colhidas a partir da leitura substantiva dos acórdãos, melhor explicada na seção “2.3 – Análise dos acórdãos”.

Este quinto capítulo será estruturado em duas principais partes. Na primeira delas, irei discutir aquilo que chamei de “argumentação tradicional do decano Sepúlveda Pertence”. Nela, serão abordados, separadamente, os casos nos quais a corrente argumentativa a que aderiu o decano foi classificada como tradicional – ou seja, os casos em que a corrente adotada pelo decano valeu-se de uma interpretação tradicional da Constituição. Em seguida, irei realizar tentativa de definir um perfil de votação e argumentos utilizados pelas correntes argumentativas tradicionalistas integradas pelo decano.

A segunda principal parte deste capítulo será escrita nos mesmos moldes que a primeira, mas irei nela abordar os casos em que Pertence votou de maneira contextualizada, isto é, prezou por realizar interpretação da Constituição com base no contexto externo ao STF, sob o nome de “A argumentação contextual do decano Sepúlveda Pertence”.

Definida, então, a estrutura que irei adotar neste capítulo, passo a explanar alguns dados preliminares.

O quadro abaixo indica quais foram os casos em que a corrente argumentativa que Pertence integrou foi classificada como tradicional e quais foram aqueles em que a corrente do decano foi considerada contextual. A análise da tabela aponta que, nas decisões estudadas para esta pesquisa, o decano costumou acompanhar os votos que fizeram uso de argumentos mais contextualizados:

Quadro 6: Corrente argumentativa do decano: tradicional ou contextual?

	ADI 2581	ADI 2587	ADI 2925 [P]	ADI 2925	ADI 3026 [P]	ADI 3026	ADI 3289
Tradicional							
Contextual							

Antes de iniciar a análise dos casos concretos, explicarei o porquê da marcação peculiar da ADI 2587 na tabela. Isso ocorreu, justamente, pois essa foi uma ação que se demonstrou *sui generis* em relação às outras que compuseram este trabalho. Nela, delinearam-se três correntes argumentativas, as quais classifiquei como “tradicional”, “intermediária” e “contextual”. No acórdão, Sepúlveda votou no sentido “intermediário”, isto é, não aderiu à corrente que fez uso dos argumentos mais contextuais, nem à corrente que utilizou técnicas consideradas mais tradicionais.

Desse modo, com o intuito de manter a organização proposta para este capítulo, irei dividir a argumentação da corrente “intermediária” em “intermediária-tradicional” e “intermediária-contextual”. Irei abordar detalhadamente cada uma delas, respectivamente, nas seções “5.1 – A argumentação tradicional do decano Sepúlveda Pertence” e “5.3 – A argumentação contextual do decano Sepúlveda Pertence”.

Explicitadas, então, essa ressalva e a estrutura que será adotada neste capítulo, passo à análise dos casos em que se delineou a faceta tradicional do decano.

5.1. A argumentação tradicional do decano Sepúlveda Pertence

Enquanto decano, o Ministro Pertence aderiu à corrente argumentativa classificada como tradicional na preliminar da ADI 3026, na ADI 3289 e, de certa forma – conforme já explicado –, na ADI 2587.

Examinarei, inicialmente, a argumentação de cada uma das correntes argumentativas formadas nos julgamentos da ADI 3026 [P], da ADI 3289 e, parcialmente, da ADI 2587. Em um segundo momento, irei, para cada acórdão, justificar, o motivo pelo qual classifiquei a corrente argumentativa do decano como tradicional. Por fim, no subcapítulo “5.2 - Afinal, quem é o Sepúlveda ‘tradicionalista’?”, irei fazer uma síntese de qual o perfil argumentativo que pude, nas ADIs estudadas, observar do decano (e daqueles que o acompanharam nesses três casos) enquanto ministro que votou de maneira tradicional.

5.1.1. ADI 3026 [P]

A primeira das decisões que será analisada sob a ótica do “Sepúlveda tradicionalista” será a preliminar da ADI 3026. Essa preliminar foi suscitada logo após o voto do relator, pelo próprio Pertence.

A discussão que nela se pôs diz respeito ao conhecimento ou não de um dos pedidos formulados pela Procuradoria Geral da República na ADI: o pedido de interpretação conforme o art. 37, II, da CF, do *caput* do art. 79 da Lei 8.906 (“Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista”).

Antes de explicar quais foram as correntes argumentativas que surgiram na votação dessa preliminar e quais os principais argumentos utilizados por cada uma delas, irei, brevemente, apresentar o conceito da técnica de interpretação conforme, o qual é imprescindível para a compreensão da exposição que irei fazer em seguida. Nesse sentido, Brust (2009) explica:

“Na interpretação conforme a Constituição ‘propriamente dita’ o julgador escolhe entre interpretações alternativas existentes no conteúdo normativo do preceito legal e preserva o seu texto. Por isso, e só por isso, ela pode produzir tanto sentenças de constitucionalidade (o preceito é constitucional interpretado ou se for interpretado num determinado sentido), como de

*inconstitucionalidade (é inconstitucional interpretado ou se for interpretado...)*³¹

A partir desse conceito, a PGR afirmou, no pedido da ADI, que o *caput* do art. 79 da Lei 8.906 (Estatuto da OAB) ensejava duas interpretações, sendo que uma delas exigiria o concurso público para o provimento de cargos da Ordem, e a outra não. O pedido da PGR é que, justamente, o STF firme o entendimento de que apenas a primeira dessas possibilidades de interpretação é constitucional.

Assim, uma vez suscitada esta preliminar e iniciada a votação pelo conhecimento ou não do pedido de interpretação conforme, formaram-se no tribunal duas correntes argumentativas: aquela que votava pelo não conhecimento do pedido – da qual foi adepto o decano Pertence – e aquela que entendia que o pedido deveria ser conhecido.

A discussão da preliminar não envolveu muitos debates ou controvérsias, de modo que, apesar do placar acirrado 6x5, os votos dos ministros não foram longos ou amplamente fundamentados. Na realidade, as duas correntes argumentativas basearam-se, de uma maneira geral, cada uma em um principal fundamento.

Tratarei, inicialmente, da corrente integrada por Pertence. Sua argumentação foi baseada, essencialmente, em um olhar exclusivo para o dispositivo impugnado – isto é, para o *caput* do art. 79 da Lei 8.906. De acordo com os ministros que votaram nesse sentido, uma leitura estrita, taxativa, desse *caput* revelaria que há apenas uma interpretação a ser feita a partir de seu texto.

Nesse sentido, não seria cabível a técnica da interpretação conforme, vez que, conforme ilustrado pela explicação de Brust (2009), ela só deve ser utilizada quando um determinado dispositivo enseja mais de uma interpretação.

³¹ BRUST, Leo. A Interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2009, p. 508.

O voto preliminar do Ministro Carlos Britto exemplifica e demonstra como os ministros que aderiram a essa corrente que votou pelo não conhecimento do pedido de interpretação conforme fundamentaram seu ponto de vista:

*"(...) não conheço do pedido. Acho que o dispositivo, pelos elementos contidos nele mesmo, não rende ensejo a mais de uma interpretação"*³².

Os ministros que votaram de maneira oposta – ou seja, que votaram pelo conhecimento da ação no que tange ao pedido de interpretação conforme –, por sua vez, fizeram uso de um principal argumento. De acordo com eles, um exame sistemático de toda a Lei 8.906 permite a identificação de incongruências quanto ao cabimento ou não da exigência de concurso público aos servidores da OAB.

Assim – afirmaram os ministros adeptos da corrente que foi a vencedora da preliminar –, é cabível o pedido de interpretação conforme, vez que esse olhar amplo para toda a lei em que está inserido o dispositivo impugnado revela que há mais de uma interpretação possível sobre o modo de ingresso dos ocupantes dos cargos da OAB na entidade. O seguinte trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa ilustra claramente essa colocação: *"Evidentemente, há uma ambiguidade, há uma incongruência em todo esse estatuto jurídico da OAB"*³³.

O Ministro Marco Aurélio, ao se manifestar, levantou ainda mais um fundamento pelo conhecimento do pedido. De acordo com ele, além do STF ter o dever de examinar toda a lei em que o dispositivo ao qual, possivelmente, deve ser dada a interpretação conforme se localiza, o tribunal deve, ao julgar a preliminar pelo conhecimento do pedido, levar em consideração o contexto fático em que esse dispositivo será aplicado.

³² STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/02/2005, p. 33.

³³ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/02/2005, p. 32.

De acordo com ele, a conjuntura na qual a ADI 3026 chegou ao STF envolve um problema de morosidade e de litigância em massa sobre assuntos repetitivos no Judiciário. Desse modo, a possibilidade da corte examinar a constitucionalidade da exigência de concurso público a servidores da OAB é uma oportunidade de promover alívio e rapidez ao trabalho das instâncias inferiores do Judiciário, as quais recebem muitas demandas que versam sobre essa controvérsia³⁴.

Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

“(...) a quadra é de racionalização dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, do Poder Judiciário, cuja mazela maior, segundo se aponta, é a morosidade. No processo em mesa, o Supremo tem oportunidade de lançar entendimento (...), de forma linear e considerando, como convém, o fator tempo”³⁵

Expostos, então, os argumentos utilizados por ambas as correntes que se delinearam nesta preliminar da ADI 3026, passo a justificar o porquê de tê-las classificado como tradicional e contextual.

A corrente da qual foi adepto o decano, isto é, a corrente que votou pelo não conhecimento da ação, foi considerada, em comparação com a corrente que a ela se contrapôs, tradicional. Isso porque Sepúlveda Pertence e aqueles que votaram no mesmo sentido que ele optaram por centrar sua leitura em um único dispositivo legal específico – no caso, o *caput* do art. 79 da Lei 8.906, ou seja, o dispositivo impugnado.

Enquanto isso, os outros membros do STF fizeram uso de interpretação sistemática que levou em conta toda a lei contendora do dispositivo nesta ADI discutido. Assim, ao invés de voltarem sua análise rigidamente para um breve enunciado, optaram por examinar o contexto no qual ele estava inserido, tanto em termos textuais (a Lei 8.906 como um

³⁴ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/02/2005, p. 37.

³⁵ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/02/2005, p. 37.

todo), quanto fáticos (conforme o argumento exposto no voto do Ministro Marco Aurélio).

Destarte, a corrente do decano configura-se mais tradicional – no sentido de mais rígida e afunilada – que a adversária, a qual mostrou contornos contextuais, “não-tradicionalistas”, ao optar por adotar perspectiva ampla de interpretação, conferindo maior maleabilidade ao instituto da interpretação conforme, já construído e bem firmado pela doutrina e jurisprudência, e admitindo as falhas que ocorrem na rotina do Judiciário.

5.1.2. ADI 3289

O segundo caso que será estudado dentre aqueles nos quais o decano Sepúlveda Pertence apresentou comportamento tradicional é a ADI 3289. Nesta ação, foi impugnada a Medida Provisória nº 207, a qual alterou a redação dos artigos 8º e 25 da Lei nº 10.683, transformando o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil em Ministro de Estado.

Posteriormente à proposição da ADI, a MP 207 foi convertida na Lei 11.306, de 2004. Nessa conversão, foi adicionado ao texto da MP dispositivo, também nesta ADI impugnado, que estende o foro por prerrogativa de função – já conferido aos Ministros de Estado em exercício, e aí incluído o Presidente em exercício do BC – aos ex-presidentes do BC.

Nesta ação proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), formaram-se duas correntes argumentativas. Irei, primeiramente, dissertar sobre a corrente que classifiquei como tradicional, da qual fez parte Sepúlveda Pertence.

O decano e os ministros que ele acompanhou nesta decisão defenderam a inconstitucionalidade da Lei 11.306 (na qual foi convertida a MP 207), ou seja, votaram pela procedência da ADI. Parte desses julgadores opinou pela inconstitucionalidade formal da norma impugnada, justificando-se pela afirmação de que a lei em questão não preencheria os

requisitos constitucionalmente estabelecidos de relevância e urgência para a edição de MPs. Ainda, aqueles que defenderam essa tese manifestaram-se no sentido de que o vício gerado por esse não preenchimento dos requisitos se irradia a ponto de contaminar a lei em que a MP se converteu.

Nesse sentido, é esclarecedora a manifestação do Ministro Carlos Velloso:

"Veja, eminente Presidente, dar ao Presidente do Banco Central o título de ministro, ministro que não tem ministério, que não dirige ministério nenhum, (...) não tem relevância, o que me parece óbvio. E nem há urgência em fazer ministro uma autoridade que vem exercendo as funções do cargo há cerca de quarenta anos, sem necessitar do título de ministro.

[...]

Esta medida provisória não se apoia nos requisitos constitucionais de relevância e urgência.

O eminente Ministro Eros Grau superou a questão entendendo que, se foi transformado em lei, então esses requisitos não seriam mais observados.

Penso, entretanto, que tal não ocorre. O que nasce ilegítimo, inconstitucional, nasce morto."³⁶

A argumentação de Sepúlveda e daqueles que o acompanharam, entretanto, atacou também a constitucionalidade material da norma. No que tange a esse assunto, os ministros desenvolveram seu raciocínio com base em alegada taxatividade de comandos enunciados em dispositivos específicos da Constituição.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Britto relembra, em seu voto, entendimento anterior que proferiu na corte, indicando e, inclusive,

³⁶ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 75.

transcrevendo artigos da CF que, segundo ele, estabelecem vínculo intransponível entre Ministro e Ministério:

"(...) persisto no entendimento de que a própria Constituição Federal estabeleceu um vínculo funcional direto entre Ministro e Ministério (...).

E, lembro-me, da última vez que a matéria foi discutida, citei pelo menos três dispositivos que fazem esse enlace funcional entre Ministro e Ministério. Um deles foi o parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal

[...]

Em seguida, citei o art. 90, § 1º, cuja dicção é a seguinte (...)"³⁷

Ainda, seguindo a linha argumentativa agasalhada por Pertence, mais uma incompatibilidade da norma impugnada com relação à CF seria em relação aos dispositivos constitucionais específicos que disciplinam os cargos de Ministro de Estado e de Presidente do BC. De acordo com esse argumento, exemplificado no trecho seguinte do voto do Ministro Marco Aurélio, a CF, claramente, estabelece regimes profissionais bastante diversos a esses dois cargos:

"Em suma, o ministro de Estado é um auxiliar do presidente da República, sendo por este escolhido em ato único, sem que se tenha a participação do Legislativo, ao contrário do que ocorre relativamente à escolha do presidente e dos diretores do Banco Central – alínea 'd' do inciso III do artigo 52 e artigo 87 da Constituição Federal.

Diante dos termos da Carta da República, distintas são as atividades do presidente do Banco Central e de ministro de Estado."³⁸

³⁷ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 47.

³⁸ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 65.

O discurso dessa corrente, que restou vencida, ao tratar especificamente da outorga do foro por prerrogativa de função aos ex-presidentes do BC, mostrou-se, mais uma vez, favorável ao pedido declaratório de inconstitucionalidade da norma impugnada. Nesse sentido, os ministros tomaram por base uma interpretação taxativa do dispositivo constitucional que elenca as competências originárias do STF, além de fazerem uso de precedentes do tribunal.

O seguinte excerto exemplifica o uso de precedentes para afirmar a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função aos ex-presidentes do BC:

“Lembro-me bem de um voto (...) pronunciado pelo ministro Sepúlveda Pertence (...). Revelou (...) que quando o Supremo Tribunal Federal cancelou o verbete que cogitava da continuidade da prerrogativa de foro, em que pese já haver o titular deixado o cargo, interpretara a Carta da República, e não poderia o legislador ordinário vir, posteriormente, mediante lei ordinária, (...), a dar uma outra interpretação aos dispositivos envolvidos.”³⁹

Já a corrente argumentativa que se contrapôs ao decano e seus companheiros, rebatendo todos os argumentos (acima elencados) desenvolvidos pela corrente da qual Pertence foi adepto, defendeu a constitucionalidade integral da norma impugnada.

Inicialmente, os votos dos seis ministros que compuseram essa corrente, que foi a vencedora na ADI 3289, se propuseram a realizar interpretação menos rígida dos requisitos constitucionais para a edição de MPs.

Essa interpretação, além de considerar o cenário político em que se inserem as Medidas Provisórias – ou seja, a atividade legislativa do Poder Executivo –, defendeu que a análise dos requisitos “relevância e urgência”

³⁹ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 61.

deveria ser mais branda, pois, caso contrário, o STF teria que proferir numerosas declarações de inconstitucionalidade, conforme o seguinte excerto:

"Indaga-se, nos autos, porque semelhante medida [tornar o Presidente do BC Ministro de Estado] não teria sido editada em outro momento (...).

Fosse correta tal impugnação, em muitas ocasiões se poderia impugnar uma Medida Provisória indagando porque ela não teria sido editada no primeiro dia de Governo.

Este não me parece um argumento consistente, pois desconsidera um aspecto básico, qual seja a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder Executivo."⁴⁰

Ainda, para rechaçar a tese adotada pela corrente do decano relacionada à inconstitucionalidade formal da norma impugnada, a corrente considerada contextual argumentou no sentido de que eventuais vícios de medidas provisórias não se mantêm após sua conversão em lei, tendo em vista que, nesse momento, o Poder Legislativo a estaria convalidando: *"(...) a medida provisória foi convertida em lei. Eventuais vícios demarcados em torno dos requisitos de urgência e relevância (...) estariam superados."⁴¹*

Ademais, a defesa da compatibilidade da norma em questão com a CF, ou seja, da improcedência do pedido formulado pelo PFL, perpassou por uma consideração da conjuntura em que a MP 207 foi editada: uma onda de ajuizamento de demandas no primeiro grau contra o Presidente do BC, a maioria delas motivada por meros descontentamentos políticos. Essa preocupação com o contexto em que a norma e os ministros se inseriam transpareceu também na dissertação sobre a relevância do papel do Presidente do BC no cenário nacional.

⁴⁰ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 11.

⁴¹ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 40.

Nesse sentido, os seguintes trechos do voto do relator, Gilmar Mendes:

"No caso, é difícil considerar ilegítimas as razões explicitadas na Exposição de Motivos correspondente à MP 207, no sentido do papel absolutamente diferenciado do Presidente do Banco Central, tanto no plano interno quanto internacional."⁴²

"(...) nossa história registre tantos episódios de perseguição política ao Presidente do Banco Central e até aos diretores daquela instituição, por meio de ações judiciais em primeira instância."⁴³

De modo semelhante, a argumentação desenvolvida pelos ministros que se manifestaram de maneira contrária ao decano Pertence revelou preocupação com observar, na prática, quais foram as alterações trazidas pela norma impugnada. Essa observação, de acordo com os julgadores, relevou que as atribuições do Presidente do BC mantiveram-se intactas e que a única mudança que o dispositivo provocou foi referente ao status do Presidente do BC – que passou a ser o de Ministro de Estado.

Por fim, através de uma interpretação não literal do texto constitucional, a corrente oposta à do decano Sepúlveda concluiu que a CF não fornece um conceito de Ministro de Estado, justamente porque esse conceito deve ser moldado conforme as características sociais, políticas e econômicas de cada momento histórico do país. Tal discussão é ilustrada pela manifestação do Ministro Joaquim Barbosa:

"No regime presidencialista (...) a importância dos postos ministeriais varia em função do momento histórico.

[...]

⁴² STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 10-11.

⁴³ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 19-20.

*Assim, à luz da Constituição atual, entendo inviável o tipo de interpretação que busca definir um pré-conceito constitucional, ou um conceito imanente do cargo de ministro de Estado.*⁴⁴

Foram esses, basicamente, os pontos de vista contrapostos na ADI 3289. A exposição até este momento feita revela que foram diversas as linhas argumentativas abordadas nesse julgamento. Entretanto, é possível, a partir de análise aprofundada e da contraposição entre os votos aderentes a cada uma das correntes argumentativas, apontar qual foi a corrente que utilizou argumentos mais tradicionais e qual a que fez uso de técnicas mais contextuais, “não-tradicionalistas”.

Aqueles que opinaram pela procedência da ação – e aí está incluído o decano – tomaram posições que prezaram pela interpretação taxativa de dispositivos e institutos constitucionalmente consagrados.

Ao defenderem, por exemplo, que eventuais vícios de uma medida provisória afetam a lei em que ela se converter, Sepúlveda e seus companheiros optaram por fazer uma interpretação taxativa e literal dos requisitos para a edição de MPs. De maneira oposta, a corrente que votou pela constitucionalidade do dispositivo impugnado explicitamente defendeu uma interpretação dos conceitos de “relevância e urgência” mais branda e conectada à conjuntura em que a MP foi editada.

Outrossim, os argumentos da corrente do decano no sentido de que só pode ser Ministro de Estado aquele que estiver no comando de um Ministério, e que as competências penais originárias do STF vêm elencadas na CF em rol taxativo, mais uma vez, indicam a rigidez e o olhar compartimentado à Constituição no qual baseou-se a argumentação desses ministros.

A esse olhar contrapôs-se a interpretação não literal da CF realizada pela corrente argumentativa que opinou contra o decano. Os ministros que essa corrente compuseram concluíram pela importância da adaptação do

⁴⁴ STF: ADI 3289 – DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/05/2005, p. 43.

texto constitucional no que diz respeito ao conceito de Ministro de Estado ao contexto em que esse eventual Ministro está inserido – contexto esse que transcende as portas do STF.

Em complemento a esse ponto de vista, essa corrente contextual oposta a Sepúlveda Pertence também privilegiou a conjuntura de proeminência das atividades do Presidente do BC e de ações politicamente motivadas ajuizadas contra esse Presidente nas primeiras instâncias do Judiciário.

Já o decano e seus companheiros desta ação demonstraram, de maneira inversa, tomar decisões que não privilegiaram aquilo que se passava do lado de fora do STF.

Desse modo, a contraposição entre corrente argumentativa tradicional e corrente argumentativa contextual delinea-se, principalmente, a partir do já explicitado confronto entre interpretações constitucionais rígidas e contextuais.

5.1.3. ADI 2587 (parte 1)

O segundo caso estudado nesta pesquisa em que se delineou o perfil tradicional do decano foi a ADI 2587. Conforme explicado no início deste capítulo, foram três as correntes argumentativas que se formaram neste acórdão. Aquela a qual aderiu Pertence foi considerada a corrente “intermediária”. Nesta seção, portanto, irei abordar os argumentos tradicionais utilizados por Sepúlveda e aqueles que votaram no mesmo sentido que ele, em comparação com os argumentos empregados pela corrente que classifiquei como contextual.

Nesta ADI 2587, o Partido dos Trabalhadores (PT) impugnou o seguinte dispositivo da Constituição Estadual de Goiás:

“Compete privativamente ao Tribunal de Justiça: (...) processar e julgar originariamente: (...) os Juízes do primeiro grau, os membros

do Ministério Público, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, e os Delegados de Polícia, os Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e os Defensores Públicos, ressalvadas as competências da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri”

De acordo com o impetrante, esse dispositivo, que alargava o rol previsto na Constituição Federal dos funcionários públicos a quem é conferido o foro por prerrogativa de função – ao outorgá-lo a defensores públicos, advogados do Estado e delegados de polícia estaduais –, estaria violando diversos princípios constitucionais.

A partir, então, do pedido de declaração de inconstitucionalidade dessa norma da constituição goiana, irei expor quais foram os principais argumentos das correntes que serão neste capítulo examinadas.

A corrente argumentativa à qual aderiu o decano neste acórdão votou pela inconstitucionalidade apenas do trecho “Delegados de Polícia”, isto é, entendeu ser constitucional todo o dispositivo impugnado, com exceção da parte dele que conferiu aos delegados o foro por prerrogativa de função.

Para tanto, Pertence e seus companheiros, nesta decisão, fundamentaram-se em dispositivos determinados da CF, os quais tornam o exercício da Polícia subordinado. Assim, de acordo com os julgadores, o foro por prerrogativa de função aos delegados seria incompatível com a Constituição, tendo em vista esse fato de que a própria CF determina que a função de delegado seja subordinada.

É exemplificativo desse argumento o seguinte trecho do voto do Ministro Carlos Britto:

“Excluiria os delegados por uma razão também objetiva. Eles são de assento constitucional, há previsibilidade expressa quanto ao cargo de delegado. Porém a própria Constituição diz que eles chefiam as polícias civis. E tanto as polícias civis quanto os corpos de bombeiros militares e a polícia militar são instituições subordinadas, conhecem

*subordinação hierárquica por desígnio expresso da Constituição. Então, excluiria os delegados por essa única razão.*⁴⁵

Não foi essa, contudo, a única situação em que os ministros que votaram no mesmo sentido que Pertence, na ADI 2587, fundamentaram seu ponto de vista a partir de um olhar para dispositivo constitucional determinado. Eles também utilizaram dessa técnica argumentativa para justificar seu julgamento pela constitucionalidade da prerrogativa de foro para funcionários que não os delegados de polícia.

Dessa vez, entretanto, a referência a artigos constitucionais específicos foi feita através da citação de precedentes do STF, os quais embasavam a manifestação pela possibilidade de Constituições Estaduais (CEs) alargarem o rol contido na CF dos detentores do foro por prerrogativa de função. Nesse sentido, excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes, no qual é citado precedente do decano Pertence do ano de 2001 – o qual, por sua vez, é fundamentado por outros precedentes, ainda mais antigos:

"Cuidando especificamente da questão no plano das Constituições estaduais, anotou Pertence na ADI 2553, verbis:

'Além de explicitar, no caput, que aos Estados incumbe organizar sua Justiça, observados os princípios nela estabelecidos, a Constituição da República, no art. 125, § 1º, reservou expressamente às constituições estaduais definir a competência dos respectivos tribunais.

Em princípio, esse poder compreende o de outorgar-lhes competências penais originárias por prerrogativa de função.

[...]

*Por isso – na trilha do que incidentemente fora afirmado no HC 76.618, Pl., 18.11.98, **Néri da Silveira** (Informativo STF 132) – declaramos constitucional, no art. 104, XIII, **b**, da*

⁴⁵ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 45-46.

*Constituição da Paraíba, o foro por prerrogativa de função atribuído aos Procuradores do Estado e aos Defensores Públicos*⁴⁶

Postos, então, os dois principais aspectos que fundamentaram a faceta tradicional dos votos da corrente do decano nesta ADI 2587, passo a apresentar os argumentos empregados pelos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, cujos votos desta ação foram classificados “não-tradicionais”, ou seja, contextuais. Em parcial oposição ao decano e àqueles que votaram no mesmo sentido que ele, Marco Aurélio e Celso de Mello decidiram pela constitucionalidade integral da norma impugnada, ou seja, pela total improcedência do pedido do PT.

O veredito desses dois julgadores, apesar de também respaldado nos argumentos (anteriormente explanados) que fundamentaram o ponto de vista defendido por Sepúlveda e aqueles que ele acompanhou, partiu de uma interpretação sistemática da CF. De acordo com Celso de Mello e Marco Aurélio, um olhar não compartimentado para o texto constitucional lhes revelou que o modelo federativo brasileiro outorga aos Estados-membros – e, conseqüentemente, às Constituições Estaduais – bastante autonomia legislativa.

Assim comprova trecho da manifestação do Ministro Marco Aurélio no acórdão em questão:

“(...) colho da Constituição Federal que os Estados têm as competências não vedadas constitucionalmente.

[...]

*(...) vivemos em uma Federação e há de se preservar a competência legislativa dos Estados, desde que essa competência, reafirmo, não ultrapasse as balizas fixadas pela Carta da República.”*⁴⁷

⁴⁶ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 32-33.

⁴⁷ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 47.

Além da interpretação sistemática, os ministros aqui considerados contextuais consideraram, em seus votos, o contexto em que a norma e o julgamento de sua constitucionalidade estavam inseridos. Segundo esses membros do STF, aqueles que, por força de dispositivo expresso da CF, são detentores do foro por prerrogativa de função exercem papel de bastante relevância no cenário nacional. Contudo, os funcionários públicos a quem a norma impugnada na ADI conferiu a prerrogativa de foro são, analogamente, importantes para o país.

Nesse sentido, não há que se falar em incompatibilidade do dispositivo da Constituição goiana com a CF, vez que um defensor público do estado de Goiás, em termos práticos, exerce função tão importante quanto a de um Promotor de Justiça (funcionário a quem a CF confere o foro por prerrogativa de função). O voto do Ministro Marco Aurélio ilustra esse raciocínio de forma clara, encerrando a exposição sobre a argumentação da corrente, neste caso, contextual:

"Sabemos não haver uma distinção tão grande assim entre membros do Ministério Público e das Defensorias Públicas. Aqueles que integram essas duas instituições são, em última análise, advogados públicos, atuando o Ministério Público – aí tomo de empréstimo a ação penal – como órgão acusador, o promotor, o procurador, acusando em nome do Estado-juiz, e o defensor público, como órgão de defesa, também arregimentado pelo próprio Estado."⁴⁸

Apesar do resultado final dos votos das duas correntes aqui contrapostas não ter sido muito discrepante – uma votou pela constitucionalidade integral do dispositivo impugnado, e a outra pela constitucionalidade do dispositivo, ressalvado o trecho final de outorga do foro por prerrogativa de função aos delegados de polícia –, o modo como esse resultado foi fundamentado por essas correntes é bastante diverso.

⁴⁸ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 49.

Enquanto a corrente contextual composta por Marco Aurélio e Celso de Mello se propôs a interpretar a norma posta em questão nesta ADI 2587 de maneira contextualizada e levando em conta a lógica da CF de valorizar a autonomia legislativa dos Estados-membros, a argumentação de Pertence e seus companheiros defendeu sua posição tendo em vista apenas um dispositivo da Constituição.

Mesmo no ponto em que, em termos de resultado, concorda com a corrente contextual (possibilidade de outorga do foro por prerrogativa de função a funções que não apenas as da CF), os argumentos da corrente do decano nesta seção expostos são desenvolvidos de maneira tradicional. Faço essa afirmação porque a liberdade que Pertence e aqueles que o acompanharam conferiram às CEs centrou-se em precedentes do STF.

Isso significa que os julgadores aqui considerados tradicionalistas, ao definirem seus vereditos, não se apoiaram no contexto específico em que se inseriam, vez que fizeram uso de posições afirmadas pelo STF em contextos anteriores. Ademais, como já ressaltado, essas posições se firmaram a partir de um olhar focado em dispositivo da Constituição único e determinado, o que denota que, ao contrário dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, a interpretação da CF de que fizeram uso o decano e seus companheiros teve caráter taxativo.

5.2. Afinal, quem é o Sepúlveda “tradicionalista”?

A leitura dos acórdãos selecionados para compor o universo de estudo desta pesquisa revelou que o Ministro Sepúlveda Pertence, enquanto decano do STF, ao contrário do que é defendido no debate público, não adotou, invariavelmente, posições tradicionais em seus votos. Na realidade, ele manifestou-se de maneira tradicional em duas decisões (além da ADI 2587), enquanto participou da corrente contextual em quatro delas (além da ADI 2587).

A dispersão desses resultados indica que a tendência de tradicionalismo apontada como argumento para a não permanência de ministros antigos no STF não se verifica, vez que houve, nos acórdãos analisados, um aparente casuísmo nas posições adotadas pelo decano – as quais variaram de acordo com as características específicas de cada caso.

Nada obstante, o estudo aprofundado das três decisões sobre as quais dissertei no subcapítulo anterior – isto é, as decisões em que o decano Pertence optou por seguir a corrente argumentativa tradicional – demonstrou ser possível levantar alguns pontos comuns entre a argumentação utilizada pela corrente da qual foi adepto Sepúlveda nesses julgados.

O primeiro deles foi a conclusão pela compatibilidade ou não da norma impugnada com a CF com base na interpretação de um único ou de poucos dispositivos constitucionais. Os votos que fizeram uso dessa técnica tradicional – no sentido de rígida e taxativa – citaram e, geralmente, transcreveram o artigo da CF a partir do qual firmaram seu juízo, o que é bem exemplificado por trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

“(...) por disposição expressa do artigo 125, §1º, (...). Deste, extraída ADIn MC 2.553, a exclusão, a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função conferido aos Delegados de Polícia. [...] Então, me reporto ao voto proferido especificamente na ADIn MC 2.553, do Maranhão (...)”⁴⁹.

Ainda, novamente demonstrando rigidez, foi comum às correntes argumentativas tradicionalistas de cada uma das três ADIs discutidas a interpretação estreita de conceitos ou institutos. Foi de maneira pouco flexível e pretensamente objetiva que Pertence e aqueles que o acompanharam defenderam a aplicação da técnica de interpretação conforme na preliminar da ADI 3026 e o conceito constitucional de Ministro de Estado discutido na ADI 3289, por exemplo.

⁴⁹ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 77

Por fim, foi marcante nas argumentações desenvolvidas nos três acórdãos o fato de que o contexto externo ao STF não foi determinante para convencer os ministros e o decano a abandonarem uma leitura literal da CF. Isso relevou uma tendência positivista das correntes tradicionalistas, conforme comprovado pelo seguinte trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

“Pouco importa, no caso, a origem da imaginação que conduziu a colar-se ao presidente do Banco Central o status de ministro, chegando-se à verdadeira fantasia. Pouco importa que se tenha querido outorgar pomposo título ou dotar-lhe de blindagem, em vista das ações em curso na primeira instância. O que cumpre perceber é a incongruência, dadas as balizas constitucionais que norteiam a vida no Estado Democrático de Direito.”

Afinal, então, da leitura dos acórdãos específicos que formaram esta pesquisa, o “Sepúlveda tradicional” parece ser um ministro que adota – ou não demonstra discordar de – posições rígidas, que se baseiam em interpretações taxativas, literais e compartimentadas da Constituição. Ademais, o decano, enquanto ministro que adotou postura argumentativa tradicional, tomou decisões que pareceram alheias ao contexto em que se inseria – seja através do uso de precedentes, seja através de um perfil positivista.

Contudo, como já frisado, Pertence optou por agasalhar essas linhas argumentativas em poucas das decisões analisadas. Assim, ao que indicam as informações colhidas dos acórdãos para esta pesquisa estudados, parece não ser essa a postura mais comumente exercida pelo decano e, desse modo, parece não se confirmar a hipótese de que os ministros que por muito tempo permanecem no STF tendem a votar de maneira mais tradicional.

5.3. A argumentação contextual do decano Sepúlveda Pertence

Uma vez discutida a faceta tradicional do Ministro Pertence observável nos casos que compuseram o universo de acórdãos desta pesquisa, passo a explorar seu lado oposto, ou seja, a faceta contextual do decano.

Conforme já indicado, Sepúlveda integrou a corrente argumentativa classificada como contextual nas seguintes decisões: ADI 2581, ADI 2925 [P], ADI 2925, ADI 3026 e, parcialmente, ADI 2587.

Nesta seção irei, inicialmente, apresentar a argumentação de cada uma das correntes argumentativas formadas nos julgamentos dessas decisões. Em seguida, irei justificar o motivo pelo qual classifiquei a corrente argumentativa do decano, em cada caso concreto, como contextual. Por fim, como nas seções anteriores, irei fazer uma síntese de qual o perfil argumentativo que pude, nas ADIs estudadas, observar do decano (e dos ministros que o acompanharam nesses cinco casos) enquanto ministro que votou de maneira contextual.

5.3.1. ADI 2587 (parte 2)

O primeiro caso que será abordado pela ótica do “Sepúlveda contextual” é a ADI 2587. Conforme explicado anteriormente, foram três as correntes argumentativas que se delinearão no julgamento deste acórdão. Anteriormente, na seção “4.1.3 – ADI 2587 (parte 1)”, dissertei, de maneira comparativa, sobre a corrente contextual e a argumentação “intermediária-tradicional” utilizada por Pertence e aqueles que o decano acompanhou nesta decisão.

Nesta seção, conforme prometido, irei abordar os argumentos que prezam por uma leitura contextualizada da CF utilizados por essa corrente intermediária, em comparação com os argumentos empregados pela corrente que classifiquei como tradicional.

Relembro aqui, antes de iniciar a exposição das correntes, qual foi a discussão levada ao STF nesta ADI 2587: o Partido dos Trabalhadores (PT) impugnou dispositivo da Constituição Estadual de Goiás que conferia foro por prerrogativa de função a delegados de polícia, procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e defensores públicos.

O pedido pela declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo, que alargava o rol previsto na Constituição Federal dos funcionários públicos a quem é conferido o foro por prerrogativa de função, baseou-se na alegação de que ele desrespeitaria diversos princípios constitucionais.

A corrente que foi classificada, neste caso, como tradicional, opinou pela procedência desse pedido. Para embasar sua opinião, os ministros que a compuseram adotaram duas principais linhas de raciocínio.

A primeira delas valeu-se de uma retomada histórica em busca da descoberta da intenção do legislador ao criar o instituto do foro por prerrogativa de função. O desenvolvimento dessa argumentação foi baseado em precedentes do STF. Destacou-se, entre eles, um precedente do Ministro Victor Nunes Leal, do ano de 1962 (ou seja, bastante anterior à CF/88) – e aqui transcrevo trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa que ilustra o uso que a corrente tradicionalista fez dessas técnicas argumentativas:

"Essa jurisdição especial assegurada constitucionalmente a certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam referidos cargos possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma parcial. Nas palavras do saudoso e sempre lembrado Ministro Victor Nunes Leal, 'presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas (...)"⁵⁰

⁵⁰ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 10.

Assim, de acordo com os ministros que adotaram essa linha argumentativa, tendo em vista essa intenção do legislador ao criar o foro por prerrogativa de função, não haveria sentido em outorgá-lo a defensores públicos, advogados do Estado e delegados, uma vez que o constituinte federal entendeu, ao não elencar esses cargos no rol dos mercedores da prerrogativa de foro, que eles não necessitam dessa garantia de independência e autonomia.

O apego quase incondicional ao passado – bastante ensejado nessa argumentação originalista, ou seja, argumentação que *"atribui autoridade vinculante ao texto da constituição, tal como era entendido no momento em que foi adotada, ou às intenções daqueles que a adotaram"*⁵¹ –, sem uma reconsideração da plausibilidade da aplicação de teses anteriores ao contexto atual, também se fez presente no raciocínio da corrente argumentativa oposta ao decano através de manifestações como a que, em seguida, transcrevo:

*"(...) é conhecida a minha posição nesta Casa, sustentada de há muito, no sentido de considerar o foro por prerrogativa de função, ou o foro privilegiado, inadmissível na República."*⁵²

Por fim, o segundo e último principal argumento utilizado pela corrente tradicional privilegiou por uma interpretação rígida da Constituição. Os ministros que defenderam a procedência do pedido da ADI se manifestaram no sentido de que a CF é taxativa e, portanto, não podem as CEs flexibilizar seus conteúdos normativos.

Desse modo, os únicos funcionários a quem a Constituição goiana poderia conferir o foro por prerrogativa de função são aqueles a quem a CF já confere e, portanto, o dispositivo questionado neste acórdão, ao prever

⁵¹ BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55.

⁵² STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 50.

prerrogativa de foro a defensores públicos, advogados do Estado e delegados de polícia, é inconstitucional.

Nesse sentido, voto do Ministro Maurício Corrêa:

"(...) o princípio da simetria, penso que nesse tema sua aplicação é imperiosa e inafastável. Tenho que as hipóteses de foro diferenciado são as exaustivamente definidas pela nossa Carta Política, ficando ao alvedrio do constituinte estadual tão-somente a sua aplicação nos casos de correlação entre os cargos públicos federais assim contemplados e seu correspondente do Estado"⁵³

Em oposição a esses argumentos e à linha de raciocínio que a eles conduziu, a corrente da qual foi adepto o decano Sepúlveda Pertence defendeu a parcial procedência da ação, optando por declarar inconstitucional apenas o foro por prerrogativa de função outorgado aos delegados de polícia.

Seu entendimento de que é incompatível com a Constituição o foro conferido aos delegados – nesta perspectiva “intermediária-contextual” – levou em consideração o contexto de propagação da violência policial no Brasil. Assim, a partir de uma observação da realidade, os ministros com quem o decano apresentou concordância defenderam que a prerrogativa de foro, se aplicada a membros da polícia como os delegados, seria obstáculo ao julgamento e condenação daqueles que vêm cometendo muitos crimes de tortura e assassinato nos presídios e ruas brasileiros.

Apesar desse raciocínio ter sido baseado em um precedente, cumpre ressaltar que o Ministro Gilmar Mendes – responsável por desenvolvê-lo, nesta ADI 3026 –, frisou que a violência policial continua fazendo parte da realidade nacional. Nesse sentido, parte do voto do Ministro:

⁵³ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 11.

"(...) conceder o mesmo privilégio aos Delegados de Polícia, além da inconstitucionalidade, representa dificultar a apuração de crimes, notadamente de tortura e abuso de autoridade, aumentando a impunidade execrada pela sociedade brasileira, estimulando práticas criminosas e cometimento de mais arbitrariedades contra os direitos humanos"⁵⁴

Uma consideração do contexto de inserção da norma impugnada e do próprio julgamento do STF sobre sua constitucionalidade também foi feita por Pertence e pelos ministros que ele acompanhou nesta ADI para que chegassem à conclusão de que o foro por prerrogativa de função outorgado, através de CE, a defensores públicos e advogados do Estado é constitucional.

Como fundamentos a essa conclusão, os ministros que integraram a corrente argumentativa "intermediária", ressaltaram, por exemplo, que sua própria experiência de atuação na área jurídica indica que essas são profissões politicamente arriscadas no Brasil.

Ainda, foi encampada por essa corrente argumentativa a lógica por detrás do foro por prerrogativa de função. De acordo com os ministros que a compuseram, esse é um instituto bastante importante em uma sociedade democrática como a brasileira, na qual há ampla liberdade de contestação – inclusive por meios judiciais – de atos de autoridades. Nesse sentido, as autoridades públicas estariam sujeitas a arbítrios tanto da sociedade, quanto do Judiciário:

"(...) aqui não se deve esquecer que pode haver arbítrio. E sabemos que existem arbítrios no contexto da instauração abusiva de inquéritos e na condução de processos. Por isso, existe a prerrogativa de função. O Ministro, inclusive, dizia que o arbítrio judicial não é

⁵⁴ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 35.

*menos odioso que os demais. Portanto, é preciso levar isso em conta.*⁵⁵

O último argumento desenvolvido pela corrente do decano, em seguimento à consideração da realidade na qual se insere o foro por prerrogativa de função, procurou identificar, a partir de uma interpretação não literal e sistemática da CF, o funcionamento desse instituto.

Desse modo, para rechaçar a tese do impetrante da ADI de que a prerrogativa de foro viola o princípio da igualdade, os ministros com quem Pertence apresentou concordância argumentam no sentido de que uma interpretação não literal desse princípio constitucional indica que a CF veda a discriminação, mas permite um tratamento diferenciado a certos atores.

E é justamente isso o que faz o foro por prerrogativa de função: outorga uma garantia a detentores de funções que a própria Constituição quis privilegiar. Assim, não há que se falar em incompatibilidade da norma impugnada com a CF, conforme o seguinte voto do Ministro Carlos Britto:

"É que, sempre que a Constituição nomina certos cargos, ela o faz com o evidente propósito de prestigiá-los, sobretudo quando organiza tais cargos em carreiras. É o caso (...) dos Defensores Públicos, dos Procuradores de Estado (...).

[...]

*Em última análise, ao dizer a Constituição que 'todos são iguais perante a lei', entendo que todos têm o direito de não ser discriminado pela lei, todos têm direito a não-discriminação, apenas isso.*⁵⁶

⁵⁵ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 39-40.

⁵⁶ STF: ADI 2587 – GO, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 24/11/2004, p. 17-18.

Uma vez explicitados os principais argumentos de cada uma das duas correntes argumentativas que me propus a discutir nesta seção, passo a justificar sua classificação em tradicionalista e contextual.

A primeira das correntes que apresentei nesta seção – a qual votou pela procedência total do pedido formulado na ADI – foi considerada como tradicional. De modo oposto, a corrente da qual foi adepto o decano e que foi aqui exposta, foi classificada como “intermediária-contextual”. Enquanto essa primeira corrente utilizou de argumentos assentados no originalismo e em precedentes bastante antigos, a corrente de Pertence valeu-se de fundamentos baseados em interpretações constitucionais não literais e em uma consideração do contexto de aplicação do dispositivo impugnado.

Assim, a corrente tradicional pretendeu justificar a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função a defensores públicos, advogados do Estado e delegados de polícia a partir de uma manifestação do ano de 1962 do Ministro Victor Nunes Leal. Nesse ano, sequer existia a instituição Defensoria Pública. Ainda, nesse precedente de 62, a CF vigente era a de 1946. Nesse sentido, a consideração de tão antiga vontade do legislador mostrou-se uma técnica argumentativa tradicionalista.

Em oposição a esse tipo de fundamentação, a corrente argumentativa adotada por Sepúlveda privilegiou uma interpretação constitucional – da CF/88, vale frisar – não literal do foro por prerrogativa de função.

Ademais, concluiu pela inconstitucionalidade do foro para delegados de polícia, não com base na vontade do legislador ou do STF de 50 anos antes, mas sim a partir de uma observação da realidade em que estão inseridos os delegados de polícia no Brasil. E, desse modo, quando contraposta à corrente argumentativa que votou pela procedência da ADI, foi classificada contextual.

5.3.2. ADI 2581

O primeiro caso que irei abordar dentro da “faceta contextual do decano Sepúlveda Pertence” é a ADI 2581. Esta ação foi impetrada pelo Governador do Estado de São Paulo, em razão da expressão “entre os procuradores que integram a carreira”, constante do parágrafo único do art. 100 da Constituição Estadual de São Paulo, a seguir exposto:

Parágrafo único – O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

A principal alegação do Governador é a de que a expressão impugnada limita sua discricionariedade para a escolha dos ocupantes do cargo de Procurador Geral do Estado, além de desrespeitar sua iniciativa constitucionalmente estabelecida de iniciar o processo legislativo sobre o provimento de cargos públicos. Desse modo, a discussão deste acórdão centrou-se na constitucionalidade formal da norma impugnada.

Frente a esse pedido, delinearam-se duas correntes argumentativas. Uma delas optou pela procedência total da ação. A outra, da qual foi adepto o decano Pertence, votou de maneira oposta, ou seja, pela improcedência do pedido desta ADI.

Irei, neste primeiro momento, abordar quais foram os principais argumentos desenvolvidos pela primeira dessas correntes: a corrente que votou pela procedência da ação. Os ministros que a compuseram firmaram sua opinião pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado a partir de técnicas argumentativas majoritariamente tradicionais.

Nesse sentido, por exemplo, essa corrente oposta ao decano alegou que as CEs não podem ultrapassar as atribuições do Chefe do Poder Executivo Estadual, sob pena de desequilíbrio ao princípio da separação e

harmonia entre os poderes. Essa tese, contudo, foi fundamentada em uma retomada de experiências passadas – ocorridas, portanto, em contextos pretéritos. A seguinte manifestação do Ministro Nelson Jobim convenientemente ilustra esse argumento:

"Veja: o grande problema desse reconhecimento da autonomia dos Estados é que o cuidado em se reconhecer que, ao fim e ao cabo, são autonomias das assembleias legislativas contra o Governador. Isso ficou muito claro naquela discussão a que V. Exa. se referiu. Tenho muito presente, porque o governador do Estado à época era o meu avô, e foi uma aliança do partido trabalhista brasileiro (...) e o partido libertador, (...) que votaram uma emenda parlamentarista, e, no Supremo Tribunal Federal, o advogado Brochat da Rocha, por unanimidade, naquele modelo da época, considerou inconstitucional a Constituição Estadual, porque se reconheceu, efetivamente, que este discurso abstrato no sentido acadêmico pode, isto sim, levar a uma ditadura da assembleia legislativa contra o Poder Executivo estadual. [...] Creio que precisamos examinar esses problemas da perspectiva histórica"⁵⁷

Ainda, vale ressaltar que, dentro dessa mesma linha argumentativa, a defesa pela inconstitucionalidade da expressão cuja compatibilidade com a CF foi questionada pelo Governador paulista também perpassou por uma consideração da intenção do constituinte ao, em 1987 e 88, desmembrar o Ministério Público da Advocacia do Estado.

A conclusão a que chegaram os ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes a partir dessa argumentação foi que, apesar de ter separado essas instituições, o constituinte não pretendeu desassociar os chefes da Advocacia do Estado de seus respectivos chefes do Executivo, vez que eles devem, justamente, trabalhar por um mesmo fim. Nesse sentido, ao delimitar critérios que ceifam o arbítrio do Governador de São Paulo na

⁵⁷ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 19-20.

escolha do Procurador-Geral do Estado, o constituinte paulista estaria desrespeitando a aspiração do constituinte federal:

"Aí houve um conflito político – lembra-se disso? – em que se estabeleceu, então, a necessidade da quebra – tirar-se, colocar-se o Ministério Público face às novas funções (...). Por quê? Vossa Excelência (...) sabe muito bem que o Ministério Público, antes de 1988, quando agia nos processos cíveis, fazia o 'cumpra-se na forma da lei'. Eram os pareceres históricos do Ministério Público, à época (...).

Em 1988, o critério era outro e, aí, estabeleceu-se um completo distanciamento do Executivo para não ter aquilo, mas, o advogado que representa os interesses do Executivo (...) tem de estar vinculado às situações do Executivo"⁵⁸

O uso de argumentos que remetem ao passado por parte da corrente neste caso classificada como tradicional, contudo, foi além dessa abordagem da "perspectiva histórica" da dinâmica legislativa entre Governadores de Estado e Assembleias Legislativas. Os ministros que votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado também se apoiaram no passado por meio de referência à jurisprudência do STF.

A seguinte manifestação do Ministro Maurício Corrêa ilustra como foi desenvolvida essa argumentação, evidenciando o tom de taxatividade e rigidez com que ela foi delineada:

"A jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o legislador constituinte estadual não pode estabelecer normas sobre matérias reservadas à iniciativa do Poder Executivo, como reafirmado em múltiplas decisões aqui consolidadas"⁵⁹

⁵⁸ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 39-40.

⁵⁹ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 8.

Por fim, a última das principais linhas argumentativas empregadas por aqueles que votaram pela inconstitucionalidade da norma impugnada na ADI 2581, baseou-se em um olhar compartimentado para a Constituição, o qual privilegiou uma interpretação literal de um determinado dispositivo da CF. Assim, os julgadores que aqui se opuseram a Pertence, defendendo a procedência da ADI, entenderam por sua inconstitucionalidade formal, vez que o fato da expressão nesta ação discutida estar contida em CE afrontaria, diretamente, o específico artigo da Constituição que determina que o Chefe do Poder Executivo é dotado de competência para iniciar o processo legislativo a respeito de cargos públicos.

*"(...) não poderia a Constituição Estadual, sem a participação propulsora do Chefe do Poder Executivo, criar limitações ao exercício da faculdade discricionária que deve ter o Governador para escolher o prover o cargo em comissão do Procurador-Geral do Estado. Verifica-se no caso concreto a ocorrência de vício formal de iniciativa, nos termos do artigo 61, § 1º, I, 'c', da Constituição"*⁶⁰

Findada aqui, então, a exposição dos argumentos levantados pela corrente que se manifestou pela procedência da ADI, passo a apresentar as principais fundamentações defendidas por Sepúlveda Pertence e os ministros que ele acompanhou nesta ação, que levaram à conclusão pela constitucionalidade da expressão impugnada.

Um primeiro ponto da argumentação apresentada por essa corrente argumentativa baseou-se em uma interpretação abstrata, não literal da Constituição. A partir dela, os ministros defenderam que "a lógica da CF" é privilegiar determinadas instituições e, uma vez privilegiada, as normas a respeito dessa instituição não precisam seguir estritamente os moldes formais da CF.

Nesse sentido, uma vez que uma interpretação não literal da Constituição permite identificar que o diploma quis dar primazia às

⁶⁰ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 7.

Procuradorias dos Estados, sua regulação legal não necessariamente deve se dar nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, não necessariamente o regime daqueles que a compõem pode ser regulado exclusivamente por normas de iniciativa do chefe do Poder Executivo.

O seguinte trecho da retificação de voto do Ministro Carlos Britto aclara como os julgadores que integraram a corrente argumentativa sobre a qual aqui disserto utilizaram essa técnica interpretativa “não literal”:

“(...) a Constituição tem suas razões (...). E quando a Constituição separa, destaca, isola uma instituição, é para prestigiá-la, assim como (...) as Procuradorias de Estado. (...) E essas instituições (...) estão excluídas do âmbito de incidência chapada, imediata, clara do processo legislativo. Elas obedecem a regras próprias”⁶¹

Ademais, os ministros que votaram conforme o decano defenderam que a discricionariedade total pretendida pelo Governador para a escolha do Procurador-Geral do Estado só está permitida no ADCT. E os dispositivos desse ADCT que permitiram o arbítrio do Governador, por sua vez, tiveram finalidade e vigência específica e delimitada, conforme a seguinte manifestação, proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 2581:

“Tanto não se tem previsão de livre nomeação pelo Governador, que há norma transitória em relação aos novos Estados – artigo 235, inciso VIII. Esse dispositivo estabelece, porque, evidentemente, não se poderia cogitar de integrantes da carreira de quadro funcional de procuradores, a livre nomeação, e mesmo assim o fez limitando à existência do quadro.

[...]

Essa norma se mostrou transitória, como se compreende, considerado o sítio próprio, e, repito, conforme nela está em bom

⁶¹ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 43-44.

*português, teve vigência até a promulgação da Constituição estadual.*⁶²

Desse modo, a partir do raciocínio que considera o todo da Constituição e, principalmente, o término do período em que vigeu o ADCT, os ministros concluíram que, não tendo o Governador liberdade total para definir as normas que regem a escolha do Procurador-Geral do Estado, têm as CEs competência para fazê-lo.

O último dos principais argumentos defendidos por essa corrente argumentativa, da qual fez parte Sepúlveda Pertence, também se valeu de uma interpretação sistemática e – ainda mais importante – contextualizada da compatibilidade da expressão “entre os procuradores que integram a carreira” com a CF.

O seguinte trecho do voto do Ministro Carlos Velloso é emblemático desse raciocínio:

*“A **mens legislatoris** vale até a promulgação da lei ou da Constituição. Depois, vale a **mens legis**, quer dizer, inserido no contexto, a interpretação deve ser feita com observância do contexto”*⁶³

Essa linha de pensamento foi empregada, no caso concreto, para defender que, apesar da “vontade do constituinte” ter sido aquela lembrada pelo Ministro Nelson Jobim (de que o Governador deve ter liberdade de escolher aquele que, de certa forma, será seu advogado), o STF deve pautar sua decisão no contexto em que a norma impugnada foi criada. E esse contexto, justamente, de acordo com Velloso, é o de uma autorização da CF à CE no que diz respeito à disciplina da matéria em questão.

⁶² STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 15.

⁶³ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 30.

Essa contraposição entre argumentos defendidos pelas duas correntes que se fizeram presentes neste caso é ilustrativa do embate entre técnicas argumentativas tradicionalistas e contextualizadas. Enquanto a corrente que defendeu a inconstitucionalidade formal da expressão impugnada fundamentou seu ponto de vista a partir de contextos pretéritos – e, portanto, diversos do contexto de julgamento da ADI 2581 –, a outra corrente, da qual fez parte o decano, rechaçou de maneira explícita esse apego ao passado.

Além do já ilustrado paralelo entre a consideração da vontade do constituinte e a opção pela prevalência da conjuntura na qual a norma criada pelo constituinte será aplicada, o tradicionalismo da corrente que se opôs ao decano transpareceu em seu apego taxativo e incondicional aos precedentes – ou seja, às decisões passadas, tomadas quando o contexto social, econômico e até jurídico, provavelmente, era outro – e ao exame de experiências passadas para definir como se dá a dinâmica entre chefes do Executivo estadual e Assembleias Legislativas.

De maneira bastante oposta, o decano e aqueles que foram seus aliados neste acórdão opinaram pela descon sideração de precedentes e de diplomas legislativos que tiveram sua vigência findada (nesse caso, o ADCT). Ademais, enquanto seus opositores se manifestaram por uma interpretação taxativa de um dispositivo determinado da CF, os ministros que votaram pela constitucionalidade da norma em questão se mostraram contextuais ao defenderem uma interpretação sistemática e não literal da Carta Magna.

5.3.3. ADI 2925 [P]

Outra decisão na qual foi verificável a faceta contextual do decano foi aquela em que se discutiu a preliminar da ADI 2925. Esta ADI foi impetrada Confederação Nacional do Transporte (CNT) e teve como objeto o art., 4º, I, a, b, c, d da Lei 10.640, a Lei Orçamentária Anual de 2003.

Logo no início do julgamento do acórdão, a relatora Ministra Ellen Gracie levantou uma preliminar de conhecimento da ação. Na votação dessa preliminar surgiram duas correntes argumentativas: uma composta apenas por Ellen Gracie, que foi classificada como tradicional; e outra, considerada contextual, integrada por todos os outros dez ministros que compunham o STF quando da apreciação desta ação⁶⁴.

A Ministra relatora votou, nesse julgamento, pelo não conhecimento da ADI. Para embasar seu ponto de vista, ela valeu-se de um principal argumento: Gracie apontou, em seu voto preliminar, precedentes do STF nos quais foi firmado que dispositivos de leis orçamentárias não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, vez que não trazem em si normas de caráter geral e abstrato.

Desse modo, não deveria o STF conhecer da ADI 2925, vez que o pedido de seu requerente é, justamente, a declaração da inconstitucionalidade de alguns dispositivos da LOA do ano de 2003. Nesse sentido, o seguinte trecho do voto da Ministra:

"(...) aponto outros julgados nos quais reafirmou-se, do mesmo modo, o entendimento de que as disposições constantes de lei orçamentária anual, ou de emenda à mesma, constituem atos de efeito concreto, insuscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade, por estarem ligadas a uma situação de caráter individual e específica.

Assim decidiu este Plenário, por exemplo, na ADI 2.484 (...)"⁶⁵

Em contraposição a essa tese de não conhecimento da ADI, todos os outros ministros que então faziam parte do STF – aí incluído o decano Sepúlveda Pertence – votaram pelo conhecimento da ação. De maneira diametralmente oposta à Ministra Ellen Gracie, o principal argumento por

⁶⁴ O **Quadro 2** contém as informações de quais os ministros que compunham o tribunal quando do julgamento da preliminar da ADI 2925.

⁶⁵ STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 12.

eles utilizado foi, justamente, a necessidade de uma revisão na jurisprudência do Supremo.

Essa revisão jurisprudencial deveria se dar no sentido de que o fato de um dispositivo normativo fazer parte de lei orçamentária não implica que ele tenha caráter individual e específico e, portanto, não possa ter sua constitucionalidade questionada por meio de ADI, ADC, ADPF ou ADO.

Aliás, o que Pertence e aqueles que nesta decisão o acompanharam defenderam foi que um exame cuidadoso e não firmado apenas por uma confiança cega nos precedentes do STF revela que as normas nesta ADI 2925 debatidas, apesar de fazerem parte de Lei Orçamentária Anual (LOA), têm caráter abstrato:

"(...) se atentarmos para aquilo que está no texto, veremos que ele não guarda qualquer relação (...) com as normas típicas de caráter orçamentário. Ao contrário, está dotado de generalidade e abstração (...). Penso que é uma oportunidade para o Tribunal, talvez, rediscutir esse tema."⁶⁶

Foram esses, então, os principais argumentos contrapostos na preliminar da ADI 2925. De um lado, a Ministra Ellen Gracie, sozinha, defendeu o não conhecimento da ação, com base em precedentes do STF. Nesse sentido, ela se mostrou tradicionalista, pois firmou sua posição a partir da adesão a teses delineadas em momentos anteriores do tribunal. Isso significa que, ao manifestar seu ponto de vista, a Ministra desconsiderou o contexto de criação da norma impugnada e, principalmente, o contexto em que este julgamento do STF estava inserido.

Do outro lado, o decano e os outros membros do tribunal filiaram-se à tese de que a jurisprudência da corte em que se apoiou Gracie deveria ser readequada ao contexto atual. Assim, votaram pelo conhecimento da ADI.

⁶⁶ STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 14-15.

O caráter contextual da manifestação do decano e dos ministros que ele acompanhou reside, justamente, na consideração que esses julgadores fizeram da conjuntura em que se encontravam para, a partir dela, repensar os vereditos anteriormente firmados pelo STF. A contraposição dessa corrente contextual à corrente tradicional da Ministra Ellen Gracie pode ser muito bem ilustrada pela seguinte frase, proferida pelo Ministro Maurício Corrêa: "*Ministra Ellen Gracie, veja V. Exa. que estamos vivendo novos tempos, então é preciso ter cuidado.*"⁶⁷.

5.3.4. ADI 2925

Como o resultado da votação da preliminar de conhecimento da ADI 2925 terminou 10x1 pelo conhecimento da ação, houve o julgamento do mérito do pedido da Confederação Nacional do Transporte. Nesta seção, assim, irei discutir, justamente, esse julgamento.

Os dispositivos nele impugnados (art., 4º, I, a, b, c, d da Lei 10.640, a LOA de 2003), basicamente, autorizam o Poder Executivo a, mediante decretos, abrir créditos suplementares de até 10% do respectivo valor na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) estabelecido. O pedido de declaração de constitucionalidade, nesse sentido, alega que essa suplementação de créditos não pode atingir a destinação de recursos arrecadados através da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), vez que essa destinação é, de acordo com o art. 177, §4º, II⁶⁸, da CF, taxativamente determinada.

A partir desse pedido, formaram-se duas correntes argumentativas: a que foi a vencedora do caso, que optou por aplicar interpretação conforme

⁶⁷ STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 18.

⁶⁸ §4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

aos dispositivos impugnados; e a corrente da qual fez parte o decano, que votou pela improcedência do pedido. Examinarei, inicialmente, a enxuta argumentação utilizada pela corrente que defendeu a interpretação conforme do art. 4º, I, a, b, c, d, da LOA de 2003.

Sem muitas delongas, os ministros que integraram essa corrente acataram a alegação do requerente de que o art. 177, §4º, II, da CF, é taxativo. Assim, a autorização de abertura de créditos suplementares da LOA não poderia, de forma alguma, interferir nessa taxatividade. O seguinte voto do Ministro Carlos Velloso ilustra essa posição:

*"Penso que a previsão de suplementação de créditos, contida nos dispositivos impugnados da Lei Orçamentária Anual, não pode atingir a destinação da CIDE (...). É dizer, a destinação a ser observada é a do artigo 177, § 4º, inciso II"*⁶⁹

Desse modo – argumentou a corrente –, cabível a aplicação da técnica da interpretação conforme – explicada na seção "4.3.4 – ADI 3026 [P]". A partir dela, então, os ministros opinaram pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos impugnados que permite a abertura de créditos suplementares a partir do desvio da destinação constitucionalmente estabelecida dos recursos arrecadados pela CIDE.

A essa pontual argumentação contrapuseram-se Sepúlveda Pertence e os outros três ministros que votaram no mesmo sentido que ele nesta decisão⁷⁰. Esses julgadores votaram pela improcedência da ADI e basearam seu discurso em uma interpretação conjugada de normas constitucionais e infraconstitucionais.

De acordo com essa interpretação, não havia necessidade em conferir interpretação conforme aos dispositivos impugnados, uma vez que

⁶⁹ STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 69.

⁷⁰ A ficha de leitura constante nos anexos que trata da ADI 2925 elenca a informação de quais foram esses ministros.

comandos da CF e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) já estabelecem que os recursos arrecadados pela CIDE não podem ter sua destinação transviada. O Ministro Nelson Jobim, nesse sentido, ressalta que *"toda a discussão aqui é para atender uma pretensão que está na lei"*⁷¹.

Assim, estaria implícito aos dispositivos impugnados que a possibilidade de abertura de créditos suplementares nele trazida deve seguir os limites constitucionais e legais já existentes. O seguinte trecho do voto do decano Pertence ilustra como foi construída essa linha de raciocínio:

"Confesso, Sr. Presidente, que não vejo, nas alíneas do artigo 4º da Lei Orçamentária, esta ambiguidade, capaz de autorizar o recurso à 'interpretação conforme'.

[...]

*E nela não vejo possibilidade de interpretação que leve à autorização de um desvio das destinações predeterminadas às receitas vinculadas, como são as receitas das contribuições; e não vejo, primeiro, dada a natureza mesma do crédito suplementar, no Direito Constitucional orçamentário; segundo, pela vinculação explícita do próprio artigo 4º, à observância do artigo 8º, § 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que torna absolutamente inequívoco que o crédito suplementar só pode destinar verbas vinculadas ao objeto de sua vinculação"*⁷²

Além desse principal argumento, o Ministro Joaquim Barbosa, ainda que sem aprofundar-se na explicação de seu sucinto voto, indica que manifestar-se pela procedência desta ação e do pedido de interpretação conforme é o mesmo que *"desconhecer completamente toda a evolução das relações entre Legislativo e Judiciário nesses duzentos anos"*⁷³.

⁷¹ STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 66.

⁷² STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 73.

⁷³ STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 37.

Uma vez, então, definidos quais foram as principais linhas argumentativas exploradas pelas duas correntes argumentativas que se desenvolveram neste julgamento, irei confrontá-los e explicar o motivo de ter classificado a primeira delas como tradicional e a segunda como contextual.

Fundamentalmente, a contraposição entre as duas correntes pode ser traduzida como a contraposição entre um olhar compartimentado e rígido para a CF e um olhar amplo e sistemático para a CF e a legislação infraconstitucional.

Enquanto a corrente que entendeu pelo cabimento do pedido de interpretação conforme o fez para que não fosse violado o art. 177, § 4º, II, da Constituição; o decano e aqueles que ele acompanhou, opinaram pela improcedência desse pedido porque alegaram que outros dispositivos constitucionais e da LRF já vedavam essa violação.

Desse modo, o tradicionalismo da primeira corrente está presente nesse olhar rígido e compartimentado para um dispositivo específico da CF. De maneira oposta, o caráter contextual da argumentação do decano e de seus companheiros reside na interpretação sistemática e ampla que eles realizaram – tanto da Constituição quanto da legislação infraconstitucional à matéria orçamentária pertinente: a LRF.

5.3.5. ADI 3026

Na ADI 3026, foram decididas duas controvérsias. A primeira foi sobre o conhecimento ou não do pedido de interpretação conforme, e já foi discutida na seção “4.1.1 – ADI 3026 [P]”. A segunda delas foi a decisão sobre o mérito do acórdão, que será nesta seção abordada.

O debate que foi nela travado girava em torno de dois pontos: o já conhecido pedido de interpretação conforme do *caput* do art. 79 da Lei 8.906 (Estatuto da OAB) para que se firme o entendimento de que o provimento de cargos da OAB deve ocorrer mediante concurso público; e o

pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade de trecho (grifado a seguir) do § 1º desse mesmo artigo:

Art. 79. Aos servidores da OAB, (sic) aplica-se o regime trabalhista.

*§ 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, **sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração.***

A partir desses pedidos formaram-se duas correntes argumentativas. A primeira delas, que foi vencida, foi composta pelos ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, os quais votaram pela parcial procedência da ação. A outra corrente, da qual fez parte o decano, entendeu pela improcedência total dos pedidos formulados na ADI.

Examinarei, neste primeiro momento, a corrente que restou vencida – a qual classifiquei como tradicionalista. Seu raciocínio concluiu pela procedência do pedido de interpretação conforme do caput do art. 79 e pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do já salientado trecho do § 1º desse mesmo artigo.

Para atingir esse resultado, sua argumentação centrou-se em um principal ponto, o qual diz respeito ao dever de adoção do regime público pela OAB. Nesse sentido, Mendes e Barbosa argumentaram que as específicas disposições constitucionais e legais que regem a OAB indicam que ela é uma entidade que presta serviço público e, portanto, deve ser regida pelo direito público. O seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes ilustra o modo como foi desenvolvido esse argumento:

"Deve-se ter em mente que a Ordem dos Advogados do Brasil constitui 'serviço público' stricto sensu (Lei 8.906/94, arts. 44 e 45, § 5º).

[...]

A OAB (...) é responsável por atividades de inegável relevância pública, tais como, a título meramente exemplificativo:

a) 'defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;' (Lei 8.906/94, art. 44, I) [...]"⁷⁴

Isso, por sua vez, implica na determinação de que a OAB deve seguir os contornos de isonomia e imparcialidade para o exercício de cargos públicos constitucionalmente estabelecidos. Desse modo – segundo a corrente argumentativa integrada por Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa –, todos os ocupantes de cargos da OAB devem ter ingressado na carreira através de concurso público.

Assim, essa corrente entendeu cabível o já conhecido pedido de interpretação conforme do *caput* do art. 79 do Estatuto da OAB, manifestando-se no sentido de que só é compatível com a Constituição a interpretação feita desse dispositivo que determina que os funcionários da OAB devem ingressar na carreira através de concurso público.

Por fim, a defesa da constitucionalidade da indenização conferida aos servidores da OAB que optaram pelo regime trabalhista (art. 79, § 1º) foi fundamentada por Mendes e Barbosa por meio da observância do critério de razoabilidade: *"(...) pode-se considerar que o dispositivo estatui disciplina proporcional e consoante ao princípio da igualdade e da isonomia (CF, art. 5º, caput e inciso II)"⁷⁵.*

⁷⁴ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006, p. 64.

⁷⁵ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006, p. 80.

Passo, agora, a expor os principais argumentos utilizados pela corrente argumentativa que fez oposição a Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Essa corrente foi integrada pelo decano Pertence e votou pela improcedência total do pedido – isto é, entendeu não caber o pedido de interpretação conforme do PFL e manifestou-se no sentido da constitucionalidade do § 1º, art. 79, do Estatuto da OAB. Seu raciocínio – talvez por ter sido construído por um número maior de ministros que o da outra corrente – perpassou por diversos pontos e argumentos.

No que diz respeito ao julgamento da constitucionalidade do § 1º do art. 79, o resultado atingido pela corrente da qual fez parte Sepúlveda Pertence foi o mesmo que aquela a qual o decano se opôs. Entretanto, ao invés de se pautarem na razoabilidade do preceito, os ministros com quem Pertence concordou nesta ADI invocaram a aceitação social das determinações do dispositivo:

*"Não vislumbro, no preceito, contrariedade ao princípio da moralidade, porque se tem algo socialmente aceitável, ou seja, um estímulo aos servidores regidos pela Lei nº 8.112/90 a optarem, repito, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho."*⁷⁶

No que tange ao pedido de interpretação conforme do *caput* do art. 79 do Estatuto da OAB, contudo, tanto a argumentação quanto o resultado da manifestação das duas correntes neste caso presente diferiram. Para justificar seu entendimento pela improcedência do pedido de interpretação conforme, os ministros que compuseram a corrente argumentativa aqui classificada como contextual valeram-se de diversos elementos.

Foi pressuposto para o desenvolvimento e explicação desses elementos pela corrente do decano a tese de que a OAB é um entidade *sui generis* no ordenamento jurídico brasileiro, que não pode ter sua natureza jurídica moldada conforme as categorias no direito preexistentes. Dessa

⁷⁶ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006, p. 102.

maneira, os ministros argumentam que a OAB está sujeita, concomitantemente, a normas de direito público e de direito privado. Nesse sentido, é emblemático o voto do Ministro Cezar Peluso:

"Sr. Presidente, há uma tendência óbvia na ciência do Direito e entre os seus aplicadores, também, de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fossem escaninhos postos pela ciência, onde um fenômeno deva ser enquadrado forçosamente.

[...]

Toda dificuldade que vejo, neste caso, é de tentar colocar forçosamente essa instituição [a OAB] dentro de um desses escaninhos preestabelecidos (...).

[...]

Isso significa, para abreviar, que a instituição [OAB] está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado (...)."⁷⁷

Nessa linha, dando sequência ao raciocínio, a corrente argumentativa do decano, a partir de uma interpretação sistemática e não literal da regulamentação legal e constitucional da OAB, se pronunciou no sentido de que, apesar de existir um dispositivo legal determinado que diz que a Ordem presta serviço público, a entidade é, na realidade, um serviço público não-estatal. O seguinte trecho do voto do Ministro Carlos Britto ilustra esse discurso:

"É um caso de serviço público nos termos da lei: ofício público, múnus público que a lei preferiu chamar de serviço público.

Diz o art. 44 da Lei nº 8.906:

⁷⁷ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/02/2005, p. 51.

'Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:'

Mas é um serviço público não-estatal, daí a 'sui generis' (...) da instituição."⁷⁸

Assim – entenderam os ministros que utilizaram argumentos contextualizados nesta ADI 3026 –, não é consequência desse dispositivo a exigência de concurso público para os servidores da OAB.

Enfim, o último argumento desenvolvido pela corrente do decano para justificar sua opinião de que a Constituição não impõe a exigência de concurso público para os funcionários da OAB tem como base a consideração do contexto de funcionamento da OAB e, mais uma vez, uma interpretação não literal sobre a lógica na qual se insere o concurso público.

Os ministros argumentam que esse instituto existe para evitar casuísmos e arbítrios daquele que detém poder político sobre determinado órgão. Assim, por exemplo, a Constituição estabelece a exigência desse tipo de concurso para aqueles que irão ocupar cargos nos três poderes da República.

Um olhar desses julgadores voltado para a realidade do funcionamento da OAB, contudo, revelou que ela não é uma entidade na qual existe esse jogo político rotativo. Portanto, a CF não exige que seus funcionários se submetam a concursos públicos:

"O concurso público (...) está atrelado ao fato de que a máquina da Administração Pública fica nas mãos de um poder político rotativo e que, por isso mesmo, pode cair na tentação de submeter às ambições e aos projetos pessoais e particulares o destino da máquina pública e a prestação de serviço público.

⁷⁸ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006, p. 88.

Ora, no caso, a Ordem dos Advogados não tem nenhuma afinidade ou familiaridade com essa problemática do exercício do poder político como tal, porque ela não é objeto do poder político no sentido rigoroso da palavra”⁷⁹

Evidenciados, até este ponto, todos os principais argumentos empregados pelas duas correntes que se delinearão no julgamento de mérito da ADI 3026, passo a sustentar o motivo da classificação da primeira corrente em tradicional, e da segunda corrente (a corrente de Pertence) em contextual.

Resumidamente, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa definiram seu ponto de vista sobre a necessidade do concurso público para funcionários da OAB a partir das disposições legais que regem essa entidade. De maneira oposta, o decano e os outros ministros que compunham o STF neste julgamento⁸⁰ chegaram a conclusão sobre esse mesmo tema por meio, inicialmente, de uma interpretação não literal da CF – a qual estabeleceu a lógica da Constituição ao elucidar o instituto do concurso público no ordenamento jurídico nacional. Em um segundo momento, terminaram seu raciocínio através de um olhar comparativo dessa lógica com a realidade da OAB, apontando não serem elas compatíveis.

Essa comparação de técnicas argumentativas estampa o contraste entre a corrente tradicionalista e a corrente contextual desta ADI 3026. Um raciocínio baseado apenas em disposições legais parece ter contornos positivistas e se mostra, de certa forma, alheio à realidade em que essas disposições são aplicadas. De modo contrário, a corrente contextual, de Pertence, ainda que sem negar as normas que disciplinam a OAB, preocupou-se em compreender a lógica delas e seu contexto de aplicação.

Ademais, o caráter contextual da argumentação acolhida pelo decano é evidenciado pelo entendimento de que a OAB é uma instituição singular –

⁷⁹ STF: ADI 3026 – DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006, p. 107.

⁸⁰ O **Quadro 2** traz a informação de quem eram esses ministros.

e isso é revelado, novamente, por uma interpretação sistemática e não literal das normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam essa instituição. Nesse sentido, a recusa explícita de Pertence e de seus companheiros desta ADI às categorias preexistentes, tradicionalmente consolidadas no campo direito, pode ser indicativo de que eles estão dispostos a inovar no campo jurídico.

5.4. Afinal, quem é o Sepúlveda “contextualizado”?

Logo na introdução deste trabalho explicitarei as suas limitações, isto é, fiz a observação de que as conclusões nele apresentadas têm assento nos cinco acórdãos que selecionei para compor o universo da pesquisa.

Desse modo, a partir deles, é possível afirmar que, na maioria – ainda que não esmagadora ou muito significativa – dos casos, o decano Pertence adotou a corrente argumentativa contextual. Isso ocorreu, especificamente, nas ADIs 2581, 2925 (na votação da preliminar e do mérito), 3026 e, parcialmente, na ADI 2587.

A partir do estudo aprofundado dessas cinco decisões em que prevaleceu a “faceta contextual do decano Pertence” (sobre a qual dissertei, caso a caso, no subcapítulo anterior), tracei denominadores comuns à argumentação utilizada pela corrente da qual foi adepto Sepúlveda nesses julgados.

O primeiro deles foi a conclusão pela compatibilidade ou não da norma impugnada com a CF com base em interpretações não literais de institutos ou princípios constitucionais. Nesse sentido, ao invés do decano e daqueles que ele acompanhou nas decisões aqui pertinentes basearem suas decisões no texto da Constituição, eles procuraram entender o sentido por detrás desse texto, considerando, ainda, que ele não é composto por dispositivos compartimentados.

Esse entendimento é exemplificado pelo seguinte voto do Ministro Carlos Britto: “(...) a Constituição tem suas razões (...). E quando a

*Constituição separa, destaca, isola uma instituição, é para prestigiá-la (...)*⁸¹

Ainda nessa linha de não considerar a Constituição – ou, de maneira ampla, os diplomas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro – um todo formado por “dispositivos-gavetas” que devem ser abertos um a um, separadamente, as correntes contextuais integradas por Pertence (nas decisões para este trabalho estudadas) tenderam a defender, em seus votos, uma interpretação sistemática da CF e também da legislação infraconstitucional, que preza por conjugar diferentes comandos contidos em seus textos.

A argumentação daqueles que, junto com Sepúlveda, integraram a corrente contextual na decisão sobre o mérito da ADI 2925 é bastante emblemática do uso dessa técnica argumentativa, a qual pode ser resumida pela seguinte manifestação do Ministro Nelson Jobim, no acórdão: “(...) *toda a discussão aqui é para atender uma pretensão que já está na lei*”⁸².

Por fim, também foi notável nas argumentações agasalhadas por Pertence nas cinco decisões a esta seção pertinentes as constantes ponderações a respeito do contexto em que as normas impugnadas e os julgamentos de constitucionalidade delas pelo STF estavam inseridos. Assim, o caráter contextual das teses daí derivadas reside na preocupação em estudar não apenas o texto da norma, mas sim o objeto no qual ela será aplicada e o modo como isso foi, está sendo ou será feito.

Para ilustrar o uso dessa técnica argumentativa, faço referência a trecho do voto Ministro Carlos Velloso, apresentado na seção “5.3.2 - ADI 2581”, no qual ele aponta ser mais importante que a vontade do constituinte o contexto em que a norma se insere.

Mas, então, afinal, quem foi o Sepúlveda contextual nas ADIs 2581, 2925, 3026 e 2587? Ao que indica a análise dessas decisões, o decano parece ser um ministro que adota – ou não demonstra discordar de –

⁸¹ STF: ADI 2581 – SP, Rel. Originário Min. Maurício Corrêa, j. 11/02/2004, p. 43.

⁸² STF: ADI 2925 – DF, Rel. Originária Min. Ellen Gracie, j. 11/12/2003, p. 66.

posições que conferem à CF flexibilidade, a ser moldada a partir da interpretação sistemática e não literal desse diploma e da observação do contexto econômico, social, político, jurídico, etc. atual.

Todavia, apesar do decano ter adotado posições contextualizadas em cinco decisões analisadas (incluída a ADI 257), ele recorreu a argumentações tradicionais em outras três decisões (novamente, incluída a ADI 2587). Isso parece, portanto, indicar que há um aparente casuísmo nas posições adotadas pelo decano.

Nesse sentido, a corrente a qual Pertence opta por adotar parece variar de acordo com as características específicas do caso concreto, e não com uma preferência irrestrita por técnicas argumentativas determinadas. Assim, a hipótese de que o decano, invariável e irrestritamente, profere decisões tradicionalistas, não se confirmou nas decisões estudadas.

Capítulo 6: Conclusão

Finalmente, neste último capítulo de pesquisa, irei apresentar uma síntese dos resultados obtidos a partir da análise dos votos do decano Sepúlveda Pertence em decisões acirradas em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade.

Relembro aqui que este trabalho se insere no debate sobre o tempo de permanência dos ministros no STF. Essa discussão se dá, basicamente, pela contraposição de duas teses. Uma delas defende que a permanência de ministros no tribunal por longos períodos é positiva, uma vez que favorece a estabilidade da jurisprudência e valoriza a experiência dos mais preparados⁸³.

A outra tese, por sua vez, entende que o fato de ministros permanecerem no Supremo por muito tempo é negativo, uma vez que impede a oxigenação e o desenvolvimento de novos pensamentos na corte, mais condizentes com as constantes mudanças da sociedade brasileira. Nesse sentido, seria mais favorável ao funcionamento do Judiciário o estabelecimento de mandatos fixos e mais curtos para os ministros do STF.

A partir deste debate, a hipótese que foi adotada neste trabalho foi a de que o decano Sepúlveda Pertence votou, em decisões acirradas em controle concentrado de constitucionalidade, de maneira tradicional e distante do contexto externo ao STF, colocando-se como oposição aos ministros recém-chegados no tribunal, concordando em alguns casos com os ministros intermediários e, sempre, votando em conjunto com os ministros antigos na corte.

Não foi isso, contudo, o que os resultados desta pesquisa indicaram.

A proposição de que o decano faria constante oposição aos ministros recém-chegados no tribunal não se confirmou a partir da análise das sete

⁸³ <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-19/conselho-federal-oab-mandatos-ministros-supremo>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

decisões que compuseram o universo desta pesquisa. Apesar de um dos três ministros com relação a quem Pertence mais apresentou discordância ser recém-chegado no STF, dois dos julgadores com os quais o decano mais concordou foram Carlos Britto e Eros Grau, que eram novos no tribunal.

Também não se comprovou a hipótese deste trabalho no que diz respeito à concordância de Pertence com os ministros, como ele, antigos no STF. Nesse sentido, o ministro com relação a quem o decano mais discordou, nas decisões estudadas, foi Maurício Corrêa, que era, justamente, um dos membros mais antigos da corte. Ainda, entre os ministros a cujos votos Pertence mais apresentou adesão, não havia nenhum membro antigo no tribunal.

No que diz respeito aos ministros com tempo intermediário de corte, tampouco se confirmou a hipótese nesta pesquisa perfilhada. O resultado aqui obtido não foi o de que eles ora votaram conforme a corrente do decano e dos ministros antigos, ora conforme a corrente formada pelos ministros novos no STF. Na realidade, entre os julgadores com quem Pertence mais concordou estava Nelson Jobim, e entre aqueles com relação a quem o decano mais divergiu, estava Gilmar Mendes: ambos “ministros intermediários”.

Assim, ao invés da confirmação da hipótese segundo a qual o decano, invariavelmente, votava de maneira oposta aos ministros novos no tribunal, em conjunto com os ministros antigos e era, em algumas decisões, acompanhado pelos ministros com tempo intermediário de corte, as informações colhidas nesta pesquisa apontam que o sentido do voto de um ministro não é definido pelo tempo há que ele ocupa cadeira no STF. Não parece, portanto, ser possível delinear quem são os ministros antigos, os ministros intermediários, ou os ministros recém-chegados no Supremo apenas a partir do resultado de seus votos.

Ainda, as informações colhidas em razão desta pesquisa indicaram que Pertence, enquanto decano do STF, era um ministro cujas opiniões eram muito lembradas na corte. Nesse sentido, apesar de seu voto ter

sido proferido ao final das sessões plenárias⁸⁴ e, por isso, aparentemente, não ter sido significativo para a formação dos já definidos resultados dos acórdãos, os ministros do STF – tanto os novos, quanto os intermediários e os antigos –, nas decisões analisadas, recorreram constantemente a precedentes do decano, utilizando-os como instrumentos de legitimação de suas opiniões ou, possivelmente, como instrumento para constranger o decano a opinar no mesmo sentido de seus votos.

Por fim, a hipótese de que o decano votava, constantemente, de maneira tradicional e alheia à realidade de fora do tribunal tampouco se confirmou nesta pesquisa. Nos casos analisados, aliás, Sepúlveda Pertence aderiu à corrente argumentativa que prezou por uma interpretação contextual da Constituição mais vezes que aderiu à corrente que preferiu fazer interpretação tradicionalista do diploma.

O tipo de argumentação desenvolvido pelo decano e pelos ministros com quem ele concordou quando adotou postura tradicional foi bastante diferente da argumentação empregada por Pertence quando ele integrou a corrente contextual. Contudo, houve um padrão argumentativo em todas as decisões analisadas: as correntes contextuais – integradas ou não por Pertence – valeram-se, em todas as sete decisões estudadas, do mesmo tipo de argumentação. As correntes tradicionalistas, da mesma forma – integradas ou não pelo decano –, também fundamentaram seus pontos de vista a partir das mesmas técnicas argumentativas.

Desse modo, o que pareceu terem as informações colhidas neste trabalho comprovado foi que a postura argumentativa adotada por Sepúlveda teve mais relação com a discussão posta no caso concreto do que com preferências irrestritas por técnicas argumentativas ou linhas de raciocínio – sejam elas contextuais ou tradicionais.

⁸⁴ Por força do art. 135, RISTF, a votação nas sessões plenárias é feita por ordem de antiguidade do ministro no tribunal, excepcionado o Presidente, que deve ser sempre o último a se manifestar. Desse modo, a regra geral é que o decano seja o penúltimo ministro a proferir seu voto.

Isso significa dizer que uma das conclusões a que chegou esta pesquisa foi que Sepúlveda Pertence, enquanto decano do STF, em decisões acirradas em controle concentrado de constitucionalidade, não foi um ministro constante ou que tinha preferências pela utilização de técnicas argumentativas contextuais ou tradicionais; mas sim um ministro que decidiu as controvérsias a ele levadas a partir de um juízo casuístico.

Destarte, concluindo esta pesquisa e retomando o motivo que me impulsionou a realizá-la, a análise de decisões acirradas de controle concentrado de constitucionalidade do decano Sepúlveda Pertence indica que o estabelecimento de mandatos para ministros do STF não parece ser necessário para promover constante oxigenação à corte, tornando-a atenta à realidade de fora do tribunal.

Isso porque o próprio decano, isto é, o ministro que há mais tempo compunha o Supremo Tribunal Federal, demonstrou, muitas vezes, votar no mesmo sentido que os ministros que há pouco tinham passado a integrar a corte. Da mesma forma, o decano adotou, na maioria – ainda que essa maioria não tenha sido muito expressiva – de suas manifestações, posições consideradas contextualizadas.

Frente a todas as conclusões e proposições que esta pesquisa permitiu firmar, então, pergunta-se: é realmente determinante para a definição dos entendimentos do STF o tempo de permanência de seus ministros no tribunal? Ou seria o sentido dos julgamentos da corte definido pelas posições políticas na determinação da escolha dos ministros? Ou, ainda, esse sentido dependeria de um mero juízo casuístico dos ministros do STF?

As respostas a essas são indagações não serão encontradas apenas nas páginas deste trabalho. Elas devem ser construídas através de um diálogo entre pesquisas – pesquisas que cubram diferentes recortes temáticos, temporais ou pessoais. Assim, convido o leitor a quem este debate instigou a realizar novas investigações, que abranjam objetos que este trabalho não conseguiu atingir e que contribuam, ainda mais, para a

construção de um conhecimento abundante e conjunto sobre os contornos institucionais do Supremo Tribunal Federal.

Bibliografia e referências

Referencial bibliográfico:

BIOGRAFIA – Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/galeria/biografia-de-jose-paulo-sepulveda-pertence>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-113.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil); *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004, p. 127-150.

BRUST, Leo. A Interpretação Conforme a Constituição e as Sentenças Manipulativas; *Revista Direito GV*, jul-dez 2009, p. 507-526.

CONSELHO Federal da OAB é a favor de mandatos para ministros do Supremo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-19/conselho-federal-oab-mandatos-ministros-supremo>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. *International Conference on Law and Justice in the 21st century*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 31 de julho de 2015.

JOSÉ Paulo Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=27>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

LINHA sucessória dos ministros, STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jun_2015.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios; *Revista Direito GV*, jul-dez 2012, p. 587-624.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2008.

PEC estabelece mandato de 10 anos para ministro do STF e aumenta quórum para escolha. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/495105-PEC-ESTABELECE-MANDATO-DE-10-ANOS-PARA-MINISTRO-DO-STF-E-AUMENTA-QUORUM-PARA-ESCOLHA.html>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas; *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004, p. 79-101.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial; *Revista Direito GV*, jan-jun 2006, p. 191-210.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

TURNER, Cláudia e PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF; *Revista de Direito Administrativo*, v.250, 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"; *Revista Direito GV*, jul-dez 2008, p. 407-440.

VIANNA, Renato Guazzelli Macini Ramos. *A atuação do Ministro Relator no controle abstrato de constitucionalidade: um estudo sobre a deliberação do STF*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2012. P. 43. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/222_Renato%20Vianna.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia; *Revista Direito GV*, jul-dez 2008, p. 441-464.

VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Maria França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF; *Revista Direito GV*, jan-jul 2009, p. 21-44.

Acórdãos do STF:

ADI 2581

ADI 2587

ADI 2925

ADI 3026

ADI 3289

Anexos: fichas de leitura

ADI 2925 – DF	
Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT)	Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional
Data de julgamento: 19/12/2004	
Relatora original: Ellen Gracie	Relator para acórdão: Marco Aurélio
Presidente: Maurício Corrêa	Decano: Sepúlveda Pertence
Dispositivos impugnados: art. 4º, I, a, b, c, d da Lei 10.640 (LOA), de 14 /01 /2003.	
Breve resumo: a LOA de 2003 possibilitou a abertura de créditos suplementares de até 10% via decreto, ou seja, via ato normativo de iniciativa privada do Poder Executivo. De acordo com a requerente, essa previsão não pode atingir a CIDE, sob pena de contrariar o art. 177, parágrafo 4º, II, CF.	
Contexto: esta ADI foi julgada no último dia do ano Judiciário de 2004. Assim, houve manifestações dos ministros quanto à necessidade de terminar o julgamento naquela única sessão – o Ministro Gilmar Mendes, inclusive, disse que gostaria de pedir vista dos autos, mas que não o faz devido à necessidade político-jurídica de apreciação do caso.	
Resultado (preliminar): ação conhecida	Ministro que desempatou/decidiu o julgamento (preliminar): Carlos Velloso
Votos vencedores (preliminar): Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Nelson Jobim, Maurício Corrêa	Voto vencido (preliminar): Ellen Gracie
Principais argumentos da corrente vencedora (preliminar): afastamento da jurisprudência do STF, pois a lei orçamentária impugnada é norma abstrata e, portanto, pode ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade.	Principais argumentos da corrente vencida (preliminar): manutenção da jurisprudência do STF de não conhecimento de ações de controle concentrado que tenham como objeto lei orçamentária.

<p>Resultado (mérito): ação parcialmente procedente: foi dada interpretação conforme para que a abertura de créditos suplementares não possa atingir a destinação da CIDE</p>	<p>Ministro que desempatou/decidiu o julgamento (mérito): Maurício Corrêa</p>
<p>Votos vencedores (mérito): Marco Aurélio, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Maurício Corrêa</p>	<p>Votos vencidos (mérito): Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence</p>
<p>Principais argumentos da corrente vencedora (mérito): interpretação conforme é cabível, pois abertura de créditos suplementares não pode atingir a destinação da CIDE e, portanto, afrontar o art. 177, parágrafo 4º, II, CF, que seria taxativo.</p>	<p>Principais argumentos da corrente vencida (mérito): interpretação sistemática da CF e da LRF revela que esses créditos suplementares não podem atingir destinação da CIDE. Logo, não é necessária a interpretação conforme.</p>
<p>Corrente do decano (preliminar/mérito): vencedora e vencida, respectivamente.</p>	
<p>Tradicional ou contextual? Preliminar: a corrente do decano foi contextual. Mérito: a corrente do decano, novamente, foi contextual.</p>	

ADI 3289 – DF		
Requerente: Partido da Frente Liberal (PFL)	Requerido: Presidente da República	
Data de julgamento: 05/05/2005		
Relator: Gilmar Mendes	Presidente: Nelson Jobim	Decano: Sepúlveda Pertence
Dispositivos impugnados: MP nº 207, de 13/08/2004, que foi convertida na Lei 11.036 de 2004		
Breve resumo: a principal questão a ser decidida nesta ação é a constitucionalidade da outorga do status de Ministro de Estado ao Presidente do Banco Central do Brasil.		
Resultado: ação improcedente	Ministro que desempatou/decidiu o julgamento: Nelson Jobim	
Votos vencedores: Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Nelson Jobim	Votos vencidos (1): Carlos Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence Voto vencido (2): Celso de Mello	
Principais argumentos da corrente vencedora: flexibilização dos requisitos para Medida Provisória; realidade que levou à edição da MP (importância do Presidente do BC para o Brasil e onda de ações ajuizadas contra ele por motivos políticos); interpretação sistemática da Constituição (conceito “aberto” de Ministro); norma impugnada não muda efetivamente o sistema financeiro nacional.	Principais argumentos da corrente vencida: artigos específicos da Constituição revelam que só é Ministro aquele que dirige Ministério e que atribuições de um Ministro são diferentes das do Presidente do Banco Central; interpretação mais rigorosa dos requisitos para Medida Provisória: não há urgência se MP regula situação que existe há mais de 40 anos; norma impugnada desafia a rigidez da CF na disciplina das competências do STF.	
Corrente do decano: vencida (1)		
Tradicional ou contextual? A corrente adotada pelo decano foi considerada tradicional.		

ADI 2581 – SP	
Requerente: Governador do Estado de São Paulo	Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo
Datas: 11/02/2004; 16/08/2007 (voto de desempate Sepúlveda Pertence)	
Relator originário: Maurício Corrêa	Relator para acórdão: Marco Aurélio
Presidente: Maurício Corrêa (11/02/2004) e Ellen Gracie (16/08/2007)	Decano: Sepúlveda Pertence
Dispositivos impugnados: expressão “entre os procuradores que integram a carreira”, constante do parágrafo único, art. 100, Constituição Estadual de São Paulo	
Breve resumo: o requerente alega que a expressão impugnada interfere em sua liberdade de escolha do Procurador Geral do Estado, usurpando sua iniciativa de lei sobre o provimento de cargos públicos e ferindo o princípio da separação de poderes.	
Contexto: o voto de desempate foi proferido no último dia de Sepúlveda Pertence como ministro do STF, mais de três anos e meio depois dos outros votos.	
Resultado: ação improcedente	Ministro que desempatou/decidiu o julgamento: Sepúlveda Pertence
Votos vencedores: Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Velloso, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence	Votos vencidos: Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Nelson Jobim
Principais argumentos da corrente vencedora: importância do contexto em que a norma será aplicada e ao qual ela deve se adaptar em detrimento à vontade do legislador que a criou; interpretação sistemática da Constituição e do ADCT; fortalecimento da ideia de federação (autonomia legislativa aos Estados).	Principais argumentos da corrente vencida: separação dos poderes pode ser abalada (uso de experiências passadas); jurisprudência do STF e artigo determinado da CF não permitem que CEs façam normas que são de iniciativa privada do Executivo; vontade do constituinte.
Corrente do decano: vencedora	
Tradicional ou contextual? O decano integrou a corrente contextual.	

ADI 2587 – GO	
Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT	Requerida: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás
Datas de julgamento: 17/03/2004 (suspensão: pedido de vista Gilmar Mendes); 24/11/2004 (suspensão: adiantamento da hora); 01/12/2004.	
Relator originário: Maurício Corrêa	Relator para acórdão: Carlos Britto
Presidentes: Nelson Jobim	Decano: Sepúlveda Pertence
Dispositivos impugnados: art. 46, VIII, e, da Constituição do Estado de Goiás	
Breve resumo: o dispositivo impugnado confere competência originária para o TJ-GO julgar e processar Delegados de Polícia, Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e Defensores Públicos, alargando o foro por prerrogativa de função como disposto na CF.	
Resultado: ação parcialmente procedente – declaração de inconstitucionalidade da expressão “e os Delegados de Polícia”, contida no art. 46, VIII, e da Constituição Estadual de Goiás	Ministro que desempatou/decidiu o julgamento: Nelson Jobim
Votos vencedores: Carlos Britto, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Nelson Jobim	Votos vencidos (corrente 1): Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Carlos Velloso Votos vencidos (corrente 2): Marco Aurélio e Celso de Mello
Principais argumentos da corrente vencedora: jurisprudência do STF para denegação do foro aos delegados de polícia; denegação do foro para delegados porque isso dificultaria a apuração dos muitos crimes pela polícia cometidos; taxatividade de artigo da Constituição Federal; defensores e advogados do Estado fazem jus ao foro por prerrogativa de função, tendo em vista suas atribuições e a possibilidade de arbítrio do Judiciário e da população frente a eles; interpretação não literal da CF: prerrogativa de foro não afronta o princípio da igualdade.	Principais argumentos da corrente vencida (1): taxatividade de artigo da Constituição; jurisprudência do STF (anterior a 1988); vontade do constituinte e do legislador é a simetria das CEs à CF quanto ao foro por prerrogativa de função. Principais argumentos da corrente vencida (2): interpretação sistemática da Constituição outorga liberdade e autonomia de criação às Constituições Estaduais; contexto de inserção da norma: defensores públicos são tão importantes quanto promotores.

Corrente do decano: vencedora

Tradicional ou contextual?

A corrente do decano foi "intermediária", ou seja, não foi tão tradicional quando a corrente vencida (1) nem tão contextual quanto a corrente vencida (2).

ADI 3026 – DF		
Requerente: Procurador Geral da República	Requerido: Presidente da República	Interessado: Conselho Federal da OAB
Datas: 23/02/2005 (suspensão: pedido de vista Gilmar Mendes); 08/06/2006		
Relator: Eros Grau	Presidente: Nelson Jobim (23/02/2005) e Ellen Gracie (08/06/2006)	Decano: Sepúlveda Pertence
Dispositivos impugnados: trecho final do art. 79, § 1º da Lei 8.906, de 04-07-1994 e pedido de interpretação conforme ao art. 79, caput, da mesma Lei.		
Breve resumo: O § 1º do art. 79 confere indenização aos funcionários da OAB que optarem pelo regime de trabalho da CLT. Já o caput do art. 79 estabelece que os funcionários da OAB estão sujeitos ao regime trabalhista. O que se discute, então, é se eles devem ou não passar por concurso público.		
Resultado (preliminar): pedido de interpretação conforme conhecido	Ministro que desempatou/decidiu o julgamento (preliminar): Carlos Velloso	
Votos vencedores (preliminar): Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Carlos Velloso	Votos vencidos (preliminar): Eros Grau, Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim	
Principais argumentos da corrente vencedora (preliminar): é cabível o pedido de interpretação conforme porque um olhar para toda a lei onde se encontra o dispositivo impugnado revela mais de uma interpretação possível do dispositivo.	Principais argumentos da corrente vencida (preliminar): não é cabível o pedido de interpretação conforme porque o dispositivo impugnado, isoladamente, não enseja mais de uma interpretação.	
Resultado (mérito): ação improcedente		
Votos vencedores (mérito): Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski	Votos vencidos (mérito): Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes	

<p>Principais argumentos da corrente vencedora: OAB é entidade de natureza heterodoxa, que não deve ser subsumida a categorias preexistentes do direito; interpretação não literal: norma que diz que OAB é serviço público quis dizer que ela é serviço público não-estatal; lógica do concurso público não é aplicável a OAB (OAB não tem alternância política de poder).</p>	<p>Principais argumentos da corrente vencida: interpretação textual de dispositivo legal isolado que diz que OAB é serviço público; dispositivos isolados da Constituição e da lei orgânica da OAB revelam o caráter público da entidade. Assim, ela tem que se sujeitar a normas de direito público (e aí se inclui o concurso público)</p>
<p>Corrente do decano (preliminar/mérito): vencida e vencedora, respectivamente.</p>	
<p>Tradicional ou contextual? Preliminar: a corrente do decano foi tradicional. Mérito: a corrente do decano foi contextual.</p>	