

A INSINCERIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE INSINCERITY IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION

Gabriel Accioly Gonçalves¹

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro/RJ

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; teoria do direito.

RESUMO: O artigo tem por finalidade analisar o valor da sinceridade judicial (*judicial candor*) e suas repercussões na jurisdição constitucional. São abordados, criticamente: i) os aspectos conceituais do tema; ii) as linhas doutrinárias de objeção e defesa à adoção desse dever; iii) a sinceridade em órgãos decisórios colegiados. Uma vez coletadas as conclusões parciais dessas investigações, argumenta-se, à luz destas, que o resultado e a fundamentação das decisões da jurisdição constitucional devem ser sinceros, devendo o julgador, ainda, ser honesto quanto ao fato da criação judicial do direito.

PALAVRAS-CHAVE: sinceridade judicial; jurisdição constitucional; criação judicial do direito.

ABSTRACT: *The article aims at analyzing the value of judicial candor and its*

repercussions in constitutional adjudication. It is critically assessed: i) conceptual aspects of the theme; ii) the academics point of view for and against the adoption of this duty; iii) sincerity in collegial decisional entities. Once collected the partial conclusions of these investigations, it is argued, in light of those, that the final decision and motivation in constitutional adjudication must be sincere, having the judge, also, the duty of being honest about the fact of judicial lawmaking.

KEYWORDS: *judicial candor; constitutional adjudication; judge-made law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos conceituais; 2 Objeções ao dever de sinceridade judicial; 3 As teses favoráveis ao *judicial candor*; 4 Sinceridade em órgãos colegiados; 5 Um mau exemplo: legislador negativo e a insinceridade de discursos de negação da criatividade na jurisdição constitucional; Palavras finais; Referências.

¹ E-mail: accioly.gabriel.uerj@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0223374564431747>.

SUMMARY: *Introduction; 1 Conceptual aspects; 2 Objections to the duty of judicial candor; 3 The favorable arguments on judicial candor; 4 Sincerity in collegial entities; 5 A bad example: negative legislator and the insincerity of judicial lawmaking denial in constitutional adjudication; Final remarks; References.*

INTRODUÇÃO

A ideia de que a sinceridade é qualidade desejável e que deve ser praticada possui grande apelo intuitivo. O mesmo se passa no domínio jurídico, sobretudo em relação à atividade decisória dos juízes, não faltando autores que sustentam o dever de adesão jurisdicional a esse valor². Tal circunstância pode tornar surpreendente o fato de muito se controverter a respeito desse tema. De fato, diversos segmentos doutrinários argumentam que essa defesa não perdura após uma reflexão mais aprofundada a respeito das consequências de sua adoção pelo Poder Judiciário. É nesse campo temático que o presente estudo se desenvolve.

Neste sentido, a exposição que se segue é dividida nas seguintes etapas: inicialmente, serão apreciados os aspectos conceituais do debate enunciado, bem como apresentadas e avaliadas as principais linhas doutrinárias – favoráveis e contrárias – a respeito do *judicial candor*. Após, será apreciado se a circunstância de se integrar um órgão colegiado repercute sobre o grau preconizado de aderência a esse dever e, em caso afirmativo, em que medida. Em etapa final, as conclusões parciais atingidas serão empregadas na análise de um debate pertinente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outras altas Cortes estrangeiras: o de se esses Tribunais devem ser sinceros quanto à circunstância de que a jurisdição constitucional envolve criação do direito.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Apesar da multiplicidade de estudos defendendo posturas, por vezes, antagônicas a respeito da sinceridade judicial, menos frequentes são os esforços de conceituação de em que essa consistiria, bem como que exigências estariam atreladas à assunção desse dever. Essas, contudo, são uma premissa indispensável a um tratamento consistente do assunto, que envolve nuances. Como se depreenderá da análise a seguir, distintas posturas judiciais podem ser

² A doutrina anglófona emprega o termo *judicial candor* para se referir à sinceridade judicial. Os principais estudos sobre o assunto serão apresentados no decorrer do presente estudo.

enquadradas como sinceras, o que não significa que elas sejam defensáveis ou recomendáveis em dimensões equivalentes.

Dois autores que dedicaram esforços à conceituação e sistematização de o que constituiria a sinceridade no âmbito judicial são Micah Schwartzman e Alan Hirsch. De acordo com o primeiro, sincera é a afirmativa declarada com a intenção de expressar o que o seu prolator acredita ser verdadeiro³. Não basta haver uma correspondência entre o que se afirme e a verdade, a sinceridade demanda a intencionalidade do conteúdo externado – na ausência desta, não se cogita da honestidade ou não de um dito. O autor subdivide a sinceridade em duas espécies, a veracidade e a convicção. A primeira acepção corresponde à descrição realizada. Já a segunda engloba a anterior, envolvendo um requisito adicional, que é o de que o emissor da mensagem acredite nela sem reservas, confusões mentais ou conflitos internos⁴. Assim, uma decisão judicial convicta demanda o esforço de introspecção do juiz, a fim de que este forme uma visão amadurecida a respeito da matéria, sobre a qual deva se pronunciar⁵.

Contudo, é preciso levar em conta que juízes enfrentam constrangimentos temporais na tarefa jurisdicional. Em face disso, Guido Calabresi menciona a dificuldade de se atingir uma franqueza plena em hipóteses de alta indeterminação semântica de um enunciado normativo. Nessas hipóteses, esse autor e membro da Corte de Apelações do Segundo Distrito dos Estados Unidos descreve se depararem os juízes com o ímpeto de proferir sua decisão em termos genéricos, de modo a adquirir mais tempo para formar opiniões definitivas⁶.

Outra classificação, formulada por Schwartzman, distingue entre sinceridade (*sincerity*) e franqueza (*candor*). Essa última é mais exigente do que a anterior, exigindo, além da satisfação daquela, uma abertura e transparência pública em relação às razões que foram relevantes em seu itinerário intelectual

³ SCHWARTZMAN, Micah. The Principle of Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*, v. 94, n. 4, p. 992, 2008.

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ Uma crítica frontal a essa concepção é apresentada por Scott Altman. Para esse autor, de uma introspecção provavelmente defluiria a constatação pelos juízes de que, na verdade, o direito os limita menos do que acreditam na tomada de decisão. Disso pode decorrer a aquisição pelos julgadores de visões menos nobres a respeito da função que desempenham, passando-se a proferir conscientemente decisões puramente pautadas pela ideologia. Assim, a ausência de introspecção e a crença de que são limitados pelo Direito tende, na visão de Altman, a conduzir os juízes a prolar decisões melhores. Cf. ALTMAN, Scott. *Beyond Candor*. *Michigan Law Review*, v. 89, n. 2, p. 318 e ss., 1991.

⁶ CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University, 1982. p. 178.

para subsidiar uma determinada tomada de posição. Assim, um juiz que acredite serem as razões R1 e R2 conducentes a um resultado é sincero, mas não totalmente franco se motiva uma decisão mencionando apenas uma delas. Essa formulação é criticada por ser inatingível e pouco realista⁷. Assim, uma leitura mais branda da franqueza apenas enxerga uma falha em se atender a esse dever caso a omissão tenha por objetivo enganar outros a respeito de em que o prolator da decisão acredita⁸.

Alan Hirsch apresenta formulação com ênfase distinta sobre a sinceridade judicial, mediante a diferenciação entre os modelos purista e prudente de decisão judicial. Julga de forma purista o juiz que prolata decisões apresentando o que entende ser o sentido correto da norma jurídica aplicada, independentemente de avaliações consequencialistas⁹. Já o modelo da prudência preconiza um agir pragmático dos juízes, com vistas a atingir resultados socialmente desejáveis¹⁰. O autor exemplifica como prudente a linguagem da Suprema Corte empregada na decisão do caso *Cooper v. Aaron*, a qual, em síntese, determinou ser a decisão *Brown v. Board of Education* aplicável aos Estados. Na avaliação de Hirsch, como esforço de gerar aceitação pública a uma decisão com a qual a discordância seria, para muitos, visceral, a Corte utilizou termos eufemísticos, como integração, em vez de dessegregação¹¹.

Essas conceituações são criticadas por Scott Idelman, ao se pautarem por critérios subjetivos de intenção, cuja aferição seria inviável. Assim, propõe, alternativamente, uma objetivação do dever de sinceridade, descrevendo haver violação a este em manifestações judiciais empiricamente incorretas, equivocadas do ponto de vista lógico, ou, simplesmente, incorretas¹². Nessa

⁷ SHAPIRO, David. In defense of judicial candor. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 732 1987.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 995.

⁹ HIRSCH, Alan. Candor and Prudence in Constitutional Adjudication. *George Washington Law Review*, v. 61, n. 3, p. 863, 1993.

¹⁰ Idem, p. 864.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² IDLEMAN, Scott. A Prudential Theory of Judicial Candor. *Texas Law Review*, v. 73, n. 2, p. 1317-8, 1995. Sobre o papel desempenhado pelos fatos na sinceridade judicial, Kathleen Sullivan argumenta que estes são relevantes na interpretação constitucional, ao contextualizar e, em certos casos, expor o equívoco de argumentos que, vistos de forma puramente teórica, podem ser convincentes. A autora indica como exemplo por excelência disso a argumentação da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, em que foi estabelecida a doutrina do *separados, porém iguais* (v. capítulo 2). Com efeito, se tem alguma plausibilidade em abstrato o argumento de que segregar racialmente as pessoas constitui uma forma

acepção, como compreende o autor, manifestações judiciais de negação da criatividade violariam o dever de sinceridade independente da visão pessoal do juiz a esse respeito¹³. Todavia, o critério de Idleman parece tentar converter a sinceridade em um dever de correção ou persuasividade, razão pela qual deve ser rechaçado.

Em polo antitético ao da sinceridade judicial, situa-se uma modalidade das chamadas ficções jurídicas¹⁴. Na acepção ora empregada, produzida por Henry Maine, compreendem-se como tais quaisquer declarações que tenham por finalidade ocultar o fato de que uma norma jurídica tenha sofrido alteração, buscando-se tratá-la como se preexistente ao momento de sua concepção e aplicação¹⁵. De forma aproximada, Lon Fuller sustenta que a maior parte das ficções jurídicas tem por finalidade introduzir uma alteração no direito – afinal, quando se trata de uma mera aplicação de uma norma clara a uma situação concreta, não há que se fazer uso desse expediente¹⁶. Bentham manifesta um enorme desvalor pelas ficções jurídicas, afirmando que o emprego da falsidade seria movido por um desejo de acobertar a ocorrência de uma usurpação da função legislativa¹⁷. Distingue-se doutrinariamente a ficção do mito jurídico, através do critério de que, naquela, a falsidade seria consciente por parte de

simétrica de se lidar com as raças e, dessa forma, é uma forma de tratamento igualitário, ao se cotejar isso com a realidade e história norte-americanas, percebe-se que, muito ao contrário, essa política, a nível simbólico, reforçava a demarcação de um tratamento inferiorizado de afrodescendentes. Dessa forma, no que tange a elementos fáticos, a sinceridade judicial alia-se a um reconhecimento da influência que estes devem desempenhar na interpretação da Constituição. Cf. SULLIVAN, Kathleen M. The Candor of Justice Marshall. *Harvard Blackletter Law Journal*, v. 6, p. 83-9, 1989.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ Segundo Larenz, as ficções podem ser, em suma, técnica legislativa ou judicial. As primeiras se manifestam na equiparação entre fatos sabidamente desiguais ou diferenciação entre fatos iguais, tendo-se por finalidade atrair ou afastar uma incidência normativa. Trata-se, assim, em suas palavras, de remissões ou restrições encobertas. Já, em âmbito judicial, as ficções têm por finalidade atrelar-se a um fato, uma consequência que dele não decorreria na fundamentação de uma decisão. V.: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 366 e ss.

¹⁵ MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law – It's connection to the History of Early Society*. Reino Unido: Read Books, 2007. p. 12.

¹⁶ FULLER, Lon. *Legal Fictions*. Stanford: Stanford University, 1970. p. 56.

¹⁷ BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham – Under the Superintendence of his Executor, John Bowring (part I)*. Londres: Simpkin, Marshall & Co, 1838. p. 243.

quem a pronuncia, enquanto que, neste, não¹⁸. Aplicando-se essa classificação ao debate ora travado, apenas a ficção seria insincera.

2 OBJEÇÕES AO DEVER DE SINCERIDADE JUDICIAL

Apesar do apelo intuitivo do dever de sinceridade, diversas são as linhas de oposição ao seu emprego jurisdicional. É possível identificar três gêneros de objeções ao *judicial candor*, que podem ser agrupadas como (i) paternalistas, (ii) pragmáticas e (iii) da inutilidade de sua defesa.

2.1 OBJEÇÕES PATERNALISTAS

Entre as objeções (i) paternalistas, uma primeira delas argumenta ser preferível que certas verdades a respeito de situações conflituosas permaneçam ocultadas. Como exemplo disso, aduz-se que seria excessivamente danoso do ponto de vista social a admissão simultânea de que, de um lado, tão ruins são as condições das prisões que diversos presos reincidentes pelo crime de estupro preferem a castração ao retorno ao encarceramento e que, de outro, ainda assim, não há uma visão social consistente de que as condições das prisões devem ser melhoradas. A desonestidade nesse ponto reside na desconsideração da vontade de presos no sentido mencionado, qualificando-a como intrinsecamente viciada¹⁹. Os defensores dessa falsidade entendem que o seu emprego constitui um expediente altruístico, resguardando uma espécie de bem comum²⁰.

Outra linha paternalista de refutação à sinceridade, atrelada ao debate sobre criação judicial do direito, é apresentada por David Shapiro. Em artigo com o provocador título *Judges as liars* (Juizes enquanto mentirosos), o autor argumenta ser da essência da atividade jurisdicional que se minta a respeito do fato de que o parâmetro de solução do caso, por vezes, é concebido apenas no momento decisório. Sustenta Shapiro que, apenas dessa forma, a parte sucumbente aceitará a decisão, enquanto que uma postura sincera tenderia a provocar insatisfação. Subjaz essa tese a visão de que os litigantes não teriam maturidade suficiente para aceitar se submeter à autoridade judiciária, a qual

¹⁸ MULLER, John F. The Constitutional Incompleteness Theorem. *Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 5, p. 1380, 2013.

¹⁹ CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 172.

²⁰ Para uma crítica filosófica à noção de que o caráter doloroso de certas verdades justificaria o seu ocultamento do público, v.: BOK, Sissela. Lies for the Public Good. In: MENKEL, Carrie; WHEELER, Michael (Coord.). *What's Fair - Ethics for Negotiators*. São Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 371-82.

restaria preservada por meio do expediente de falseamento de razões²¹. Embora essa suposição demande comprovação empírica, ela é apresentada apenas de forma intuitiva.

Entendo que essa tese parte de duas premissas questionáveis. A primeira delas é a de que aqueles que venham a ser partes em litígios sejam familiarizados com a noção de Estado de Direito e com a sua vertente, segundo a qual este é incompatível com a retroatividade normativa. Essa formulação possui certo grau de sofisticação teórica, não sendo autoevidente – tampouco a visão com maior apelo intuitivo – que seja amplamente dominada por aqueles que venham a ser jurisdicionados. A segunda premissa é a de que o caráter criativo das decisões judiciais seja amplamente ignorado pelos não versados em direito, de modo que a sua negação preserve um estado de desconhecimento benigno. Considerando-se o amplo destaque conferido pelos meios de comunicação social a algumas das principais decisões das Supremas Cortes²² a respeito de questões morais centrais do debate público, associado à compreensão social de que, mediante esse tipo de provimento jurisdicional, direitos antes não reconhecidos passam a ser tutelados, também é questionável a tese de que a criação judicial do direito seja circunstância que escape do horizonte de compreensão de jurisdicionados sem formação jurídica²³. Especificamente a respeito da sociedade norte-americana, aduzem Jeffrey Seagal e Harold Spaeth que a visão segundo a qual juízes meramente aplicam um direito preexistente, demais fatores não impactando na tomada de decisão, se já teve alguma plausibilidade, desapareceu por completo após a decisão em *Bush v. Gore*²⁴.

2.2 OBJEÇÕES PRAGMÁTICAS

O segundo grupo de objeções, que são as (ii) pragmáticas, é o mais numeroso. O primeiro argumento nesse sentido é um de ladeira escorregadia. De acordo com tese apresentada por Guido Calabresi, a sinceridade quanto à tomada de decisões juridicamente questionáveis poderia promover um incremento de linhas jurisprudenciais que aprofundem um equívoco pontual. Exemplifica

²¹ SHAPIRO, Martin. Judges as liars. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, p. 156, 1994.

²² A observação vale tanto para os Estados Unidos quanto para o Brasil.

²³ Para uma visão de que o público compreende que a atividade jurisdicional não tem natureza mecânica, v.: DWORKIN, Ronald. Introduction. In: DWORKIN, Ronald (Coord.). *A badly flawed election*. Nova York: The New Press, 2002. p. 53.

²⁴ SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 10.

o autor com a hipótese de que, embora o Judiciário norte-americano tenha mantido a proibição da poligamia, negando ser isso uma regulação da religião mórmon, tal inequivocamente o foi. Entretanto, a admissão disso poderia servir como um estímulo a novas intrusões estatais sobre práticas religiosas, enquanto que o seu ocultamento funcionou como uma forma de conter eventuais novas intervenções²⁵.

Outra linha pragmática defende o preterimento da sinceridade em prol de atingir o julgador resultados que repute melhores do que aqueles que decorreriam de uma aderência estrita ao direito legislado. Frederick Schauer e Ronald Dworkin já argumentaram nesse sentido. De acordo com o primeiro, os juízes, como regra, primeiramente identificam qual solução jurídica desejam conferir a um caso para, apenas em um segundo momento, conceber a fundamentação que conduza a esse resultado. Isso significa que a motivação não reflete o itinerário do raciocínio jurídico empreendido pelo juiz para atingir aquela conclusão, mas apenas constitui um suporte *ex post* por esta, o que seria suficiente, sendo as razões decisórias juridicamente razoáveis, embora não, necessariamente, sinceras. Tendo em vista o caráter generalizado desse cenário, Schauer conclui constituir a preocupação com a sinceridade judicial um exagero²⁶.

Entendo que essa postura não é satisfatória, na medida em que parece deixar de depositar na fundamentação das decisões a sua devida relevância. Afinal, escrevendo esse autor pressupondo um sistema jurídico de *common law*, sabe-se que a fundamentação de um órgão jurisdicional repercute e constrange decisões de casos futuros similares, sobretudo se esta integrar a *ratio decidendi*. No *civil law*, o mesmo se passa em relação às hipóteses de aplicação da teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes. Afirmativas desnecessárias para a solução do caso podem constranger órgãos decisórios subsequentes de forma imprevista, impondo soluções que mesmo os prolores da decisão original não desejariam. Esse risco tende a se agravar caso as razões empregadas na fundamentação das decisões sequer sejam genuinamente compreendidas como realmente conducentes àquele resultado.

Em linha similar, é possível colher na doutrina de Dworkin a defesa de que, por vezes, a sinceridade seja deixada de lado de modo a que o julgador afaste uma solução legal que repute injusta. Trata-se da hipótese de reconhecimento de

²⁵ Idem, p. 173.

²⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University, 2009. p. 175.

um direito moral, cujas razões de incidência em um dado caso sejam tão fortes, que façam o julgador se sentir compelido, moralmente, a afastar a aplicação de um direito legal. Nesse caso, a inverdade consiste em maquiagem o que se entende como esse último, de forma a sintonizá-lo com o direito moral²⁷. Contudo, aduz que, no âmbito acadêmico, deve-se enfrentar esse tipo de hipótese, típica dos casos difíceis, de forma honesta, isto é, tratando-a como um conflito entre um direito legal e outro, moral²⁸. Outro expediente similar a que faz menção Prieto Sanchís é a manipulação da descrição fática, de modo a atrair-se a incidência de um tratamento normativo distinto e mais aceitável perante a ótica do julgador²⁹.

Sob ângulo diverso, especialmente nas hipóteses em que o julgador não se sinta seguro a respeito dos efeitos que podem advir de sua decisão, é possível que a redação da fundamentação e, mesmo, da parte dispositiva, empregue um minimalismo não franco, ocultando-se uma série de considerações compreendidas como aparentemente corretas, porém deixadas de lado por razões de cautela³⁰. Trata-se de uma postura de humildade institucional, excluindo-se da decisão elementos nos quais, embora o juiz acredite, se auto-contém em razão de sua potencial falibilidade em relação à previsão de consequências.

Prosseguindo-se na exposição das refutações à tese da sinceridade judicial, argumenta-se que, dadas as visões prevalentes a respeito da separação de poderes, apesar da inevitabilidade da criação do direito pela via judicial, a sua negação seria uma forma de resguardo do Poder Judiciário de críticas equivocadas³¹. Essa acusação de usurpação da função política contribuiria para um desprestígio institucional do Poder Judiciário, justificando, assim, a insinceridade enquanto postura defensiva. Segundo Richard Posner, o recurso a retóricas formalistas na tomada de decisão em boa parte constitui exemplo disso, já que estas geram uma aparência de que a atividade desempenhada pelo juiz é essencialmente vinculada a comandos estabelecidos pelo legislativo, ocultando

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978. p. 327.

²⁸ Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, v.: CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 180-1.

²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Lima: Temis, 2007. p. 126.

³⁰ IDLEMAN, Scott. *Op. cit.*, p. 1382.

³¹ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 137. O autor não adere a esse argumento, entendendo haver uma decadência da visão tradicional a respeito da separação de poderes e que as disposições constitucionais que estipulam a superioridade hierárquica da Constituição e atribuem ao Poder Judiciário funções de controle de constitucionalidade conferem a necessária legitimação a esse tipo de atuação criativa.

escolhas do julgador³². Na medida em que o funcionamento do direito depende de um grau mínimo de aceitação social, o expediente de falsear fundamentações e ocultar a criatividade judicial seria pragmaticamente justificado ao preservar a adesão ao direito e às instituições³³. Essa tese, como o argumento paternalista, também parte da premissa de que a criatividade judicial do direito seja largamente ignorada, bem como que a sua negação – a despeito dos resultados a que chegam as Cortes em seus julgados – é mecanismo idôneo para camuflar esse aspecto decisional. Mais problemática do que isso, entretanto, é a visão de que é legítimo o Poder Judiciário buscar se esquivar da crítica pública camuflando, por meio de expedientes retóricos, os contornos da atividade que desempenha. As teses favoráveis à sinceridade judicial têm como premissa a negação dessa visão.

Adicionalmente, é possível objetar que a exigência de sinceridade das Cortes seria pouco realista, ignorando o modo de funcionamento da estrutura judiciária. Juízes contam com assessores para se desincumbir de seu volume de trabalho, não redigindo todas as suas manifestações jurisdicionais³⁴. Isso pode tornar dificultoso que a integralidade das manifestações contidas em votos seja sincera. É possível que parte delas atue como argumento de reforço das linhas mestras indicadas pelo julgador ao orientar seus assessores sobre a solução preconizada. Em um cenário menos ideal, é concebível que o julgador sequer tenha domínio pleno do conteúdo das decisões que prolata com o auxílio de seus assessores. Dada a inviabilidade fática de o juiz arcar com seu acervo processual de forma solitária, então o dever de sinceridade pressuporia um cenário irrealizável de o próprio julgador, após refletir sobre qual solução acredita ser ditada juridicamente para uma determinada questão surgida, aplicá-la ao caso. De toda forma, tal não parece inviabilizar o dever de sinceridade. Apenas ressalta-se uma exigência anterior a essa da atividade julgadora, que é a de que

³² POSNER, Richard. *The Federal Courts*. Cambridge: Harvard University, 1999. p. 309.

³³ LEFLAR, Robert A. Honest Judicial Opinions. *Northwestern University Law Review*, v. 74, n. 5, p. 739, 1979. O autor levanta esse argumento a título de suposição, mas posiciona-se favoravelmente à sinceridade judicial.

³⁴ Segundo Posner, ao longo da história, progressivamente, juízes passaram a confiar e delegar mais a seus assessores. Esse acadêmico é membro de Tribunal de Segunda Instância nos Estados Unidos, afirmando que alguns juízes de seu convívio nunca redigiram uma decisão judicial e que, quanto ao grau de controle do que redigem os assessores, o grau é variável, conforme o julgador. Cf. POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, p. 61, 2005.

aquele dotado da competência jurisdicional para solucionar um litígio que lhe seja dirigido tenha, ao menos, domínio e aprovação do conteúdo elaborado por seus assessores.

2.3 OBJEÇÃO DA INUTILIDADE DA DEFESA DA SINCERIDADE

Por fim, um terceiro gênero de objeções concebível é o de que é (iii) inútil defender esse dever, em razão da impossibilidade de aferição do seu cumprimento. Neste contexto, é pertinente mencionar o conceito da psicologia social de raciocínio motivado (*motivated reasoning*). De acordo com Dan Kahan, o raciocínio motivado corresponde à tendência humana de, inconscientemente, processar informações como dados empíricos, ditos orais e escritos, de forma a promover interesses compatíveis com as preferências pessoais de quem recebe o conteúdo³⁵. De forma simples e leiga, trata-se de uma modalidade de pensamento enviesado. Isso significa que, ainda que se verifique uma correspondência entre o perfil ideológico de um juiz e as decisões que profira³⁶, isso não decorre, necessariamente, de uma insinceridade. É que o raciocínio motivado tende a ser inconsciente³⁷.

A não demonstrabilidade do cumprimento de um dever não significa que ele inexistia. A dificuldade de aferir se a ideologia de um juiz atua como critério definidor da tomada de decisão não ilide o fato de que, caso ele assim proceda conscientemente, descumprirá esse dever. Ademais, embora a insinceridade não seja passível de comprovação empírica – salvo se expressamente confessada –, isso não afasta a possibilidade de identificação de indícios desse comportamento, o que pode munir críticas a linhas jurisprudenciais e fomentar o diálogo e a reflexão³⁸.

³⁵ KAHAN, Dan. Neutral Principles, Motivated Cognition and some problems for constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 1, p. 7, 2011.

³⁶ Costuma-se denominar isso de modelo atitudinal do comportamento judicial. Sobre esses modelos – em síntese apertada, legalista, atitudinal e estratégico, o primeiro explicando a postura decisória dos juízes como norteadora pelo que compreendem ser o direito, a segunda por sua ideologia e o terceiro por interações com outros atores de modo a se avançar resultados desejados –, v.: BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema judicial versus diálogos constitucionais: quem tem a última palavra na interpretação da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 225 e ss.

³⁷ KAHAN, Dan. Op. cit., p. 8.

³⁸ Investigação dessa natureza será realizada no Capítulo 3, item 3.5, no que diz respeito a posturas judiciais de negação da criação judicial do Direito e, em especial, à tese veiculada pela jurisprudência do STF de que esse Tribunal seria um legislador negativo.

De fato, em cenários como esse, a sujeição do julgador a críticas dessa natureza funciona como um convite a que ele argumente pela correção de seu ponto de vista, ou o modifique, o que revela um potencial dialógico, e não uma inutilidade, da defesa do dever de sinceridade. Diversos outros argumentos podem ser elencados em prol da aderência judicial a esse valor.

3 AS TESES FAVORÁVEIS AO *JUDICIAL CANDOR*

As vertentes de defesa da sinceridade judicial costumam ter natureza deontológica. Os argumentos tendem a apresentar interconexões, atuando sinergicamente em prol de requisitos do que se compreende como parâmetros de legitimação da atividade jurisdicional. Neste sentido, a apresentação apartada dos fatores de prestígio à sinceridade atende a uma finalidade didática.

Uma primeira formulação usual nesse sentido conecta-se à noção de que a publicidade é um elemento legitimador fundamental da atuação jurisdicional. O exercício da autoridade estatal deve ser acompanhado por razões justificadoras, as quais devem estar disponíveis, num patamar mínimo, ao menos àqueles que se sujeitem a um ato coercitivo do Poder Público³⁹. Como ensina John Rawls, a publicidade, associada à noção de que a organização política não deve esconder ou enganar os cidadãos a respeito dos contornos de seu funcionamento, constituem condição da autonomia⁴⁰. Embora nem sempre seja possível atestar com certeza a veracidade de informações prestadas, a publicidade ao menos as torna suscetíveis ao escrutínio público e, *a fortiori*, à aceitação ou crítica⁴¹.

Afirmar que os juízes se tornam em maior medida sujeitos a crítica por consequência de exigência de exposição pública e honesta de suas razões de decidir significa, também, que eles se tornam sujeitos a maior *accountability*⁴². Acredita-se, ainda, que uma maior exposição dos juízes e de suas decisões, associada ao entendimento de que as fundamentações apresentadas devem ser sinceras, os imbuí de um senso de responsabilidade individual e os impele a proferir decisões mais bem redigidas, tanto em termos formais, quanto de

³⁹ SCHWARTZMAN, Micah. Op. cit., p. 1.010.

⁴⁰ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University, 1996. p. 68 e ss.

⁴¹ Idem, ibidem. Tal é visto como um elemento de fortalecimento da democracia, empregando-se essa discussão teórica para se sustentar o acesso público às deliberações da Suprema Corte norte-americana. V.: MILLER, Arthur Selwyn; SASTRI, D. S. Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain. *Buffalo Law Review*, v. 22, n. 3, p. 822, 1973.

⁴² FORRESTER, Ray. Truth in Judging: Supreme Court Opinions as Legislative Drafting. *Vanderbilt Law Review*, v. 38, n. 3, p. 477, 1985.

conteúdo. Como esclarece a Juíza da Suprema Corte norte-americana Ruth Bader Ginsburg, atrelam-se à *accountability* judicial decorrente da exposição pública de votos um exame de consciência do juiz a respeito do teor de sua manifestação e, de forma associada, uma preocupação com a manutenção de sua reputação – em síntese, um maior desejo de *acertar* na prolação da decisão⁴³. Ronald Dworkin sintetiza esses argumentos e de que forma eles se conectam, em passagem cuja qualidade justifica a extensa citação:

Juízes não recebem legitimidade de Deus ou por eleições ou pela vontade dos governados ou por seu suposto talento pragmático ou domínio inspirado da razão. A única base de sua legitimidade – a única base – é a disciplina argumentativa: Seu comprometimento institucional de não realizar nada que não estejam prontos para justificar através de argumentos que satisfaçam, ao mesmo tempo, duas condições básicas. A primeira é a sinceridade: Eles devem acreditar, após reflexão introspectiva, que os argumentos empregados justificam o que fazem, e eles devem estar prontos para realizar o que tais argumentos justificam em casos posteriores e talvez bastante diversos, inclusive quando suas preferências pessoais ou políticas conduzam a resultado distinto. A segunda condição é a transparência. Os argumentos que eles considerem convincentes devem ser exatamente os argumentos apresentados aos profissionais e publicamente expostos em suas opiniões, com o grau de detalhamento necessário para permitir ao público que avalie por si próprio a adequação e consequências futuras desses argumentos.⁴⁴

⁴³ GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*, v. 65, n. 1, p. 140, 1990.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. Introduction..., cit, p. 54-5: “Judges do not gain legitimacy from God or election or the will of the governed or their supposed pragmatic skill or inspired reasonableness. The sole ground of their legitimacy – the sole ground – is the discipline of argument: Their institutional commitment to do nothing that they are not prepared to justify through arguments that satisfy, at once, two basic conditions. The first is sincerity. They must themselves believe, after searching self-examination, that these arguments justify what they do, and they must stand ready to do what the arguments justify in later, perhaps very different, cases as well, when their own personal preferences or politics are differently engaged. The second condition is

Prosseguindo-se, outro viés de defesa a decisões sinceras parte da visão de que a atividade jurisdicional desempenha uma tarefa, a curto ou longo prazos, de atualização do sentido do direito. De forma interna ao Poder Judiciário, a atualização do direito pode sobrevir de votos minoritários persistentes, que, ao longo do tempo, conquistem a maioria da Corte. Caso, entretanto, opte-se por se resignar à maioria, votando-se de forma conforme, porém insincera, restringe-se essa via de aprimoramento do direito. Segundo Ruth Ginsburg, votos minoritários desempenham algumas funções relevantes nas Cortes. Uma delas é a de que o juiz responsável por redigir a opinião da maioria se sentirá naturalmente compelido a apresentá-la com maior clareza e apuro técnico⁴⁵. De forma menos frequente, é possível que um voto divergente seja tão persuasivo, que acabe conquistando mudanças de entendimento e formando uma nova maioria definitiva. Implícita a divergências judiciais é a noção de que essa postura não decorre de um capricho, mas de uma genuína discordância a respeito de qual solução jurídica deve corretamente reger o caso⁴⁶.

Além disso, essa atividade de atualização do direito, que pode decorrer da interação no interior da Corte, pode se manifestar, externamente, por diálogos institucionais. Ao invalidar uma lei, expondo os motivos da inconstitucionalidade, é possível que o parlamento torne a legislar sobre a matéria, buscando adaptar o conteúdo da disciplina adotada, cedendo à visão do órgão jurisdicional que tenha invalidado a norma. Caso a motivação apresentada para invalidar o ato normativo não tenha sido sincera, é possível que a adaptação legislativa que parta de um esforço de absorção das razões apresentadas pela Corte invalidadora, na verdade, remanesça constitucionalmente insatisfatória. Um novo e eventual reconhecimento disso pelo Poder Judiciário potencialmente geraria um descrédito no potencial dos diálogos, além de sugerir um decisionismo judicial. Para Robert Leflar, decisões criativas são as em que o dever de sinceridade se

transparency. The arguments they themselves find convincing must be exactly the arguments that they present to the professional and lay public in their opinions, in as much detail as is necessary to allow that public to judge the adequacy and future promise of those arguments for themselves" (tradução livre).

⁴⁵ GINSBURG, Ruth Bader. The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 1, p. 3, 2010. Segundo narra a autora, essa situação já foi pessoalmente vivenciada pela mesma, ao votar, com a maioria da Suprema Corte, no sentido de que a vedação do ingresso de mulheres ao *Virginia Military Institute* violava a cláusula da igual proteção. Contudo, o Juiz Scalia divergiu da maioria, de uma forma, na avaliação de Ginsburg, que chamou a atenção do público, fazendo com que a juíza redigisse mais de uma dúzia de rascunhos da opinião da maioria, atingindo resultado final bastante superior aos escritos iniciais.

⁴⁶ É possível, contudo, que a divergência parta de uma leitura insincera das normas jurídicas, a fim de se buscar avançar um resultado que o julgador entenda mais conveniente por razões extrajurídicas.

manifesta com maior intensidade, já que são aquelas cuja qualidade mais deve chamar a atenção do público, o qual deverá tomar nota da alteração do direito, seja para questioná-la, seja para se adaptar à inovação⁴⁷.

David Shapiro sustenta que o *judicial candor* vincula-se ao dever de tratamento das pessoas com respeito. Para ele, de forma implícita à defesa da insinceridade, manifesta-se uma visão mesquinha da parte sucumbente, de que esta não seria capaz de lidar com a verdade. Além de tal representar um tratamento desrespeitoso da parte, entende Shapiro que tais posturas abalam a confiança nas relações humanas, um atributo desejável destas⁴⁸. Ademais, especialmente a longo prazo, posturas como essa tendem a não passar despercebidas, o que pode contribuir para uma perda de prestígio institucional, ou apoio difuso ao Poder Judiciário⁴⁹. Acrescenta esse autor que a própria natureza das decisões judiciais – que devem ser pautadas por razões e se sujeitar a debate e crítica – pressupõe que estas sejam construídas com honestidade. Ausente essa postura, os motivos pelos quais a autoridade judiciária é exercida tornam-se encobertos, desvirtuando-se o debate e a crítica públicas às decisões, o que abre margem a abusos e à inviabilização do necessário constrangimento do exercício de poder judicial⁵⁰. Como instrui Karl Larenz, o uso de ficções jurídicas na motivação das decisões judiciais torna a fundamentação apenas aparente⁵¹, o que constitui uma burla a esse parâmetro de exercício da atividade jurisdicional. Esse raciocínio pode ser ampliado para expedientes insinceros, em geral destinados a enganar aquele a quem a decisão se dirige.

De outra parte, a maior controlabilidade da atividade jurisdicional, especialmente quando criativa, não é o único ganho decorrente da sinceridade. Por meio desta, cai por terra a visão de que cabe exclusivamente a juízes especializados na intrincada e inacessível ciência jurídica apresentar respostas às questões constitucionais difíceis, como se a solução dessas decorresse de um

⁴⁷ LEFLAR, Robert. Op. cit., p. 737.

⁴⁸ SHAPIRO, David. Op. cit., p. 736-7.

⁴⁹ A ideia de apoio difuso à Suprema Corte corresponde à circunstância de a opinião pública ter uma visão positiva da Corte e de sua independência, mesmo que discorde de decisões suas, pontualmente. V.: FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 326, 2005.

⁵⁰ Idem, p. 737.

⁵¹ LARENZ, Karl. Op. cit., p. 369-70.

esforço de se desvelar uma norma jurídica oculta preexistente⁵². A compreensão de que as manifestações criativas da Corte espelham escolhas substantivas e passíveis de revisão representa um convite a que a sociedade civil atue como partícipe na interpretação constitucional. O senso de que questões constitucionais difíceis não têm respostas prontas e de que não há palavra final em caráter definitivo sobre o sentido da Constituição dignificam as interpretações não oficiais da Lei Maior, promovendo uma maior consciência epistêmica das credenciais do constitucionalismo democrático. Adotando-se a concepção de Jack Balkin de que a Constituição é uma moldura para o funcionamento da política⁵³, a insinceridade quanto à criação judicial do direito favorece, quer conscientemente, ou não, um esmorecimento popular da reflexão crítica e defesa pública de visões próprias sobre questões constitucionais, como se estas não lhes dissessem respeito.

4 SINCERIDADE EM ÓRGÃOS COLEGIADOS

A sinceridade não necessariamente conquista votos.
(Susan Estrich)

Um aspecto do debate sobre sinceridade judicial que não foi levado em consideração, senão tangencialmente, até o momento é o de como a colegialidade pode impactar nesse dever. Segundo a doutrina norte-americana, o então Juiz da Suprema Corte William Brennan teria o hábito de perguntar a seus assessores qual seria a mais importante regra do direito constitucional. Ouvidas as respostas, sua reação seria a de erguer a mão, mostrando os seus cinco dedos, número equivalente ao mínimo de votos para formar uma maioria no Tribunal⁵⁴. A narrativa ilustra a circunstância de que integrar um órgão colegiado afeta a atividade julgadora. Os juízes devem buscar conciliar suas compreensões normativas individuais com a necessidade de atingir resultados dentro de grupos. Além disso, tendem a modelar o conteúdo de suas pronúncias com base na avaliação de que reação tendem a produzir em outros órgãos

⁵² FORRESTER, Ray. Truth in Judging: Supreme Court Opinions as Legislative Drafting. *Vanderbilt Law Review*, v. 38, n. 3, p. 477, 1985.

⁵³ BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University, 2011. p. 21.

⁵⁴ STAUDT, Nancy; FRIEDMAN, Barry; EPSTEIN, Lee. On the role of ideological homogeneity in generating consequential constitutional decisions. *Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, p. 384, 2008.

políticos⁵⁵. Costuma-se denominar isso modelo estratégico de decisão judicial⁵⁶. Parte dessa estratégia envolve a compreensão de que a sinceridade pode não funcionar como um fator de atração de votos em sentido similar⁵⁷.

Diversos fatores repercutem sobre o comportamento judicial em Tribunais – inclusive no que diz respeito ao conteúdo de suas manifestações. Segundo Lawrence Baum, estes envolvem fatores psicológicos, como evitar a frustração de “perder” (não integrar a maioria)⁵⁸. Além disso, os juízes, presumivelmente, se importam com a “marca” que deixarão na história do Tribunal que integraram. Em julgamentos de grandes questões constitucionais, que integrem destacadamente a história de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais, é possível cogitar de uma adesão insincera à orientação dos demais votantes, em especial se já formada a maioria. Com isso, aquele que, em seu íntimo, discorde dos demais, evita o cenário de eternizar-se como o juiz que foi contrário a um marco jurisprudencial. Quer por esse motivo, ou não, é possível identificar na jurisprudência do STF unanimidades em matérias tipicamente divisivas moralmente, como ações afirmativas raciais⁵⁹ e uniões homoafetivas⁶⁰, cuja resolução em Tribunais de outros países costuma ser acirrada.

Outro fator estratégico que repercute sobre o comportamento judicial é a busca por manter-se em estima elevada entre os demais membros da Corte (no que derrotas sucessivas tendem a não contribuir)⁶¹. Ao manter o prestígio entre seus pares, os juízes tenderiam a, com maior facilidade, conquistar a adesão da maioria no que compreendam como a solução devida em outros

⁵⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 250: “[A] atuação estratégica dos Tribunais [é] guiada por uma série de fatores institucionais e políticos, dentre os quais se destacam os métodos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais [...]. Tendo em vista que tais medidas afetam negativamente o Judiciário enquanto instituição, especialmente a Suprema Corte tende a evitar o seu efetivo emprego com vistas à sua autopreservação, de maneira a não raro se guiar por uma postura de ‘reação antecipada’, na qual altera a sua preferência original para adequar-se a perspectiva aceitável pelos poderes políticos”.

⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. Op. cit., p. 280 e ss.

⁵⁷ ESTRICH, Susan. *The Justice of Candor*. *Texas Law Review*, v. 74, n. 6, p. 1228, 1996.

⁵⁸ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behaviour*. Nova Jersey: Princeton University, 2006. p. 55.

⁵⁹ BRASIL. STF, ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 22.03.2013.

⁶⁰ BRASIL. STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011.

⁶¹ BAUM, Lawrence. Op. cit., p. 55.

casos⁶². Contudo, esse exercício tende a envolver o custo de se empreender argumentações insinceras. É possível, ainda, que a insinceridade tenha como objetivo impelir a maioria em direção que, embora não seja na ótica pessoal do julgador a mais desejável, tenha o efeito de impedir que se atinja um resultado reputado ainda pior⁶³. Segundo Evan Caminker, a avaliação quanto à realização de um desvio insincero de modo a induzir a maioria em um sentido que, embora não ideal, seja menos equivocado, envolve fatores como: *i*) os custos do erro, o que diz respeito a que tipos de princípios ou valores seriam sacrificados pela decisão equivocada; *ii*) a proporção do erro – *e.g.*, em que medida um bem relevante será afetado pela decisão; *iii*) a rigidez do equívoco, descrita como o grau de vinculatividade desta perante os jurisdicionados; *iv*) a estabilidade do erro, o que diz respeito ao quão difícil será revisá-lo; e *v*) o grau de convicção que se tenha a respeito do caráter equivocado do resultado que se busca evitar⁶⁴. Tudo isso indica que os juízes possuem incentivos substancialmente inferiores para atuarem de forma sincera quando integram órgãos colegiados.

Entretanto, a admissão da possibilidade de os juízes realizarem esse tipo de cálculo é sujeita a controvérsias doutrinárias. De um lado, levanta-se a hipótese de que não cabe aos julgadores sequer realizar esse tipo de aferição, por ser isso uma postura ilegítima, ao desviar o julgador do seu dever máximo, que é o de buscar o prevailecimento do que entende como a solução constitucional ao caso⁶⁵. Já outros autores entendem que questões constitucionais são relevantes demais para que o julgador meramente adote uma postura purista quanto à interpretação constitucional, sem se preocupar com o resultado atingido pela maioria. Tal será mais grave quanto mais difícil for a reversão da decisão que venha a ser tomada⁶⁶.

É possível, ainda, que o desvio estratégico seja fruto da necessidade de se atingir uma solução compromissória. Como argumenta Evan Caminker, em hipóteses em que haja três ou mais resultados razoáveis de julgamento, uma

⁶² *Idem*, p. 56.

⁶³ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 55, 1993.

⁶⁴ CAMINKER, Evan. Sincere and Strategic Voting on Multimember Courts. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 8, p. 2313 e ss., 1999.

⁶⁵ Narrando essa objeção a avaliações estratégicas, v.: SCHWARTZMAN, Michah. *Op. cit.*, p. 1010.

⁶⁶ IDLEMAN, Scott. *Op. cit.*, p. 1384.

sinceridade unânime pode produzir como resultado inviabilizar a formação de uma maioria. Nesses cenários, é provável que se forme uma coalizão de modo a se atingir um resultado que a maior parte dos membros do Tribunal considere subótimo, mas não rejeite integralmente⁶⁷. Sobre situações de desacordo moral, Richard Fallon sustenta que a fidelidade à Constituição por um órgão colegiado não deve ser compreendida como atendida se cada um de seus membros adotar como postura votar apenas à luz de sua concepção individual sobre o assunto. Para o professor da Universidade de Harvard, a fidelidade deve ser entendida, ao menos parcialmente, em termos institucionais, no sentido de todos os membros do Tribunal buscarem um ponto de equilíbrio na solução de um caso difícil, o que, até certo ponto, envolve o sacrifício de visões pessoais⁶⁸. Isso envolve a admissão de que o papel do julgador variará conforme decida um caso isoladamente, ou em grupo.

Teoricamente, é possível conciliar esse tipo de compromisso com uma versão não exigente do dever de sinceridade⁶⁹, caso o resultado atingido seja visto por todos os membros da maioria, ou unanimidade, como ao menos razoável, ainda que não, necessariamente, representem sua preferência pessoal. Nesses cenários, é possível que uma estratégia de decisão minimalista auxilie na prolação de uma decisão, cujo resultado seja apoiado pela maioria, mesmo na ausência de acordo em relação aos fundamentos. Fallon elabora sua tese tendo como objeto de análise a Suprema Corte norte-americana. Contudo, se alterada a análise para Tribunais que adotem o modelo de decisão *per curiam* – prolação de decisão única do Tribunal sem identificação nominal do seu redator –, esse ideal de compromisso deve se tornar a regra. O próprio transplante da noção de sinceridade para um nível institucional é empreitada conceitualmente complexa. Nesse tipo de situação, é possível resgatar o modelo de Scott Idelman – rechaçado nesse estudo em relação a modelos de julgamento nos quais seja possível identificar individualmente o(s) julgador(es) –, no sentido de objetivação do dever de sinceridade, para se sustentar que há falha quanto ao seu atendimento se a decisão prolatada for irrazoável do ponto de vista lógico, ou empírico, ou flagrantemente incorreta.

⁶⁷ CAMINKER, Evan. Op. cit., p. 2316.

⁶⁸ FALLON, Richard H. The Supreme Court 1996 Term. Foreword: Implementing the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 1, p. 121, 1997.

⁶⁹ Tende-se a se prescindir, portanto, de se exigir o que se descreveu como franqueza.

5 UM MAU EXEMPLO: LEGISLADOR NEGATIVO E A INSINCERIDADE DE DISCURSOS DE NEGAÇÃO DA CRIATIVIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*Juízes, em um sentido real, “criam” direito.
Mas eles o fazem como juízes, é dizer, fazendo
de conta que o “encontram”.
(Juiz Antonin Scalia)*

A resistência em se reconhecer a criação judicial do direito – contrariando o senso comum a respeito – não é circunstância exclusiva de sistemas de *civil law*. Segundo Hannis Taylor, a negação da criatividade, aliada à defesa de que um novo princípio concebido pelo Poder Judiciário é mera norma extraída de âmbitos nebulosos do já existente corpo do direito, constitui a mais antiga das ficções jurídicas, firmando raízes no Direito romano, através da noção de equidade⁷⁰. De acordo com esse historiador e jurista norte-americano, a sobrevivência da Constituição Federal desse país somente foi possível em virtude de intervenções criativas dos juízes, sem as quais esse documento jurídico teria se descolado das novas demandas sociais⁷¹. Em relação ao *common law*, essa postura já se fazia presente em manifestações do princípio da história da Suprema Corte americana. Como exemplo eloquente do que se afirma, confira-se trecho de decisão redigida pelo então *Chief Justice* Marshall:

O Poder Judiciário, se comparado ao poder das leis, não existe. Cortes são os meros instrumentos da lei e nada podem querer. Quando se afirma que exerce discricionariedade, trata-se apenas de uma discricionariedade legal, uma discricionariedade a se exercer no discernimento do direito prescrito; e, quando este for discernido, é dever da Corte segui-lo.⁷²

⁷⁰ TAYLOR, Hannis. Legitimate functions of judge-made law. *The Green Bag*, v. XVII, n. 10, p. 562, 1905.

⁷¹ Idem, p. 563.

⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Osborn v. Bank of U.S.*, 22 U.S. 738, 1824: “Judicial power, as contradistinguished from the power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law and can will nothing. When they are said to exercise a discretion, it is a mere legal discretion, a discretion to be exercised in discerning the course prescribed by law; and, when that is discerned, it is the duty of the court to follow it” (tradução livre).

Há fundados motivos para se considerar essa passagem insincera. Como se sabe, o juiz Marshall foi responsável por proferir a mais conhecida decisão da Suprema Corte norte-americana, *Marbury v. Madison*, na qual foi produzido construtivamente, a partir da cláusula da supremacia da Constituição Federal, o controle de constitucionalidade. Não só construções constitucionais são, em si, atos de criatividade, como esta, em especial, conferiu enorme poder ao Judiciário sobre o Legislativo, o que revela total dissonância com o excerto transcrito. É fora de cogitação, ainda, que a decisão *Marbury v. Madison* tenha sido fruto de algo como um singelo e neutro ato de discernimento do conteúdo do Texto Constitucional a partir de sua interpretação ou sequer que Marshall acreditasse nisso. Bruce Ackerman demonstrou, em denso estudo histórico, que a decisão foi tomada em meio a um contexto político de acirrada disputa de poder, sobretudo entre membros do Executivo e Judiciário⁷³.

Embora haja uma tendência em juristas de países de tradição romano-germânica em enxergar o *common law* com a impressão de que, ao menos recentemente, o fenômeno da criatividade judicial seja encarado com naturalidade nesse domínio, tal não é verdadeiro. A negação dessa atividade permanece uma realidade em países dessa família jurídica, como a epígrafe do presente tópico demonstra⁷⁴. Em matéria constitucional, a circunstância de juízes criarem, ou não, o direito é o cerne do debate entre originalistas e adeptos da teoria da Constituição viva (*living constitutionalism*)⁷⁵.

⁷³ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge: Belknap, 2007.

⁷⁴ A passagem foi retirada do caso *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529, 1991.

⁷⁵ De forma sintética, para o originalismo, interpretação constitucional é a tarefa de descoberta do sentido original das disposições constitucionais, tal qual pretendido pelo constituinte. Já a teoria da Constituição viva defende a atualização do sentido das normas ao longo do tempo, de forma a se amoldar a visões de mundo atualizadas. V.: SCALIA, Antonin. *Common-law Courts in a Civil-law System*. In: GUTMANN, Amy (Coord.). *A Matter of interpretation*. Nova Jersey: Princeton University, 1997. p. 3-47; FLEMING, James. *Fidelity to our imperfect constitution: for moral readings and against originalisms*. Oxford: Oxford University, 2015. Deve ser observado que o originalismo apenas prescreve que os juízes não devem criar direito, mas não é capaz de demonstrar que isso de fato não ocorra. De fato, é justamente da percepção de que, por vezes, a criação ocorre, associada à avaliação de que isso seria errado, que surgem outras correntes de interpretação constitucional no *common law*, como o *doctrinalism*. De acordo com esse ponto de vista, criações judiciais que descolem o direito jurisprudencial daquele positivado pelo constituinte seriam expediente intrinsecamente incorreto. Nessa perspectiva, a única razão normativa para a manutenção de decisões inovadoras seria o princípio do *stare decisis*. Cf. CALABRESI, Steven G. *Text vs. Precedent in Constitutional Law*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, p. 947-959, 2008. Por fim, vale observar que, recentemente, começa a se testemunhar movimento de síntese entre os polos antagônicos desse debate, por meio

No Brasil, o mecanismo, por excelência, de negação da criatividade no âmbito da jurisdição constitucional, pelo STF, corresponde à tese de que este seria um *legislador negativo*⁷⁶. Há sérios indícios da insinceridade dessa tese. De início, não faltam exemplos de decisões altamente inovadoras prolatadas pela Corte⁷⁷. Ademais, a análise atenta de sua jurisprudência expõe como a adesão

do surgimento do que se tem denominado novo originalismo. Novos originalistas distinguem a interpretação – que permanece guiada pelos parâmetros do originalismo tradicional – da atividade de construção: em hipóteses de indeterminação semântica, ou do sentido originalmente pretendido a uma disposição constitucional, haveria espaço para intervenções judiciais criativas. V.: BALKIN, Jack. The New Originalism and the Uses of History. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 1, p. 641-719, 2013; SOLUM, Lawrence. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, p. 95-118, 2010.

⁷⁶ BRASIL. STF, ADO 22, Rel^a Min. Cármen Lúcia, DJ 03.08.2015: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13º GL) – AUSÊNCIA DE OMISSÃO – ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO – ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES”; BRASIL. STF, ARE 710026-ED, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.04.2015: “3. O Poder Judiciário não pode atuar na condição de legislador positivo, para, com base no princípio da isonomia, desconsiderar os limites objetivos e subjetivos estabelecidos na concessão de benefício fiscal, de sorte a alcançar contribuinte não contemplado na legislação aplicável, ou criar situação mais favorável ao contribuinte, a partir da combinação – legalmente não permitida – de normas infraconstitucionais”. Algumas teses jurídicas do Tribunal surgiram como desdobramentos da noção de legislador negativo – como, *e.g.*, a vedação a que o Tribunal declare a inconstitucionalidade de parcela de um enunciado normativo e a recusa de extensão de benefícios pecuniários com fundamento no princípio da isonomia. Essa formulação decorre de importação da doutrina do austríaco Hans Kelsen. Entretanto, a leitura atenta à obra do autor demonstra que este não negava a circunstância de que Tribunais criam direito, o que pode ser compreendido por meio de sua imagem da pirâmide normativa: as decisões judiciais correspondem a atos de criação de normas individuais, à luz das normas gerais, positivadas pelo legislador. No modelo desse autor, a criatividade judicial se manifesta em especial nas hipóteses de discricionariedade decorrente da vagueza linguística das leis. V.: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁷⁷ Decisão conhecida nessa sentido é a de *produção da regra de vedação ao nepotismo* por força do princípio da moralidade administrativa, contido no art. 37 da CF/1988, por meio da decisão na ADC 12. Por meio desta, reconheceu-se que a mencionada vedação se expande até o terceiro grau de parentesco nos três poderes e em todas as esferas federativas. Não é razoável considerar que o grau de detalhamento do acórdão tenha sido reflexo de um mero ato de interpretação reveladora do conteúdo do princípio da moralidade. Outro julgado relevante é o AgRg-RE 699199. Em matéria de pensão por morte de servidor público, foi judicializada a constitucionalidade de dispositivo da lei estadual de Minas Gerais que disciplina o assunto. Conforme dispõe a disciplina legal do art. 7º da Lei nº 9.380/1986, “[c]onsideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei: I – a esposa, o marido inválido, [...]”. Como se vê, a lei mineira estabelece regime jurídico mais gravoso para os viúvos do que para as viúvas, já que apenas àqueles se impõe o requisito adicional da invalidez, para poderem ser

a esse parâmetro é seletiva, sendo possível identificar julgados que aplicam parâmetros normativos opostos aos decorrentes da teoria do legislador negativo, inclusive pela invocação de figuras opostas a essa, como a de que o STF seria um poder constituinte permanente⁷⁸. Por fim, recentemente, os próprios membros do Tribunal vêm questionando a correção dessa tese, a qual, não obstante, subsiste⁷⁹.

Posturas como essas não são saudáveis em democracias constitucionais, modelo de organização política em que o exercício da autoridade, quaisquer as vestes em que ela seja revestida, deve ser transparente e sujeito à crítica pública. Adicionalmente, esse discurso conta com a “conveniência” de desonerar os Tribunais em relação a decisões impopulares: como estas constituiriam mera aplicação de o que a Constituição “já impunha”, então, caso um pronunciamento seja recebido com insatisfação popular, simplesmente, caberia ao povo, por meio dos órgãos eleitos, reformar a Constituição, não havendo, assim, qualquer parcela de responsabilidade da Corte pelas decisões impopulares que veicula. Em oposição a isso, mediante fundamentações sinceras, escolhas valorativas ou visões distintas sobre a interpretação constitucional em geral se elevam ao patamar de centralidade dos debates jurisdicionais⁸⁰.

beneficiários da pensão por morte. Entendendo o STF que essa distinção viola o princípio da isonomia, decidiu o Tribunal estender o tratamento conferido pela lei aos cônjuges supérstites de sexo feminino aos de sexo masculino. Dessa forma, rechaçou o argumento de que seria necessária a intervenção do Poder Legislativo para disciplinar o direito à pensão de maridos sobreviventes não inválidos.

⁷⁸ Exemplo pertinente a respeito é o MS 26604, no qual o STF criou nova hipótese de perda do mandato parlamentar, decorrente de infidelidade partidária. Considerou-se que o dever de fidelidade partidária independe de menção constitucional expressa, pois integra o regime de responsabilidades a que os deputados eleitos devem se submeter. O caso é emblemático quanto ao ativismo da Corte Suprema. Embora tenha optado o constituinte originário por excluir da perda do mandato parlamentar a infidelidade partidária – que era contida no art. 35 da Constituição anterior (CF/1969, art. 35, V) – e, apesar de haver regras expressas elencando os casos de perda do mandato no novo Texto Constitucional (CF/1988, art. 55), extraiu o STF essa nova hipótese de enunciados semanticamente vagos, embora axiologicamente centrais. Talvez, justamente, por contrariar as duas sinalizações do constituinte originário de não pretender contemplar essa regra é que o Ministro Celso de Mello tenha feito menção à figura do poder constituinte permanente na fundamentação de seu voto.

⁷⁹ BRASIL. STF, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 13.10.2011: “[É] certo que o STF já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo” (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes).

⁸⁰ CHEMERINSKY, Erwin. Seeing through the emperor’s clothes: recognizing the reality of constitutional decision making. *Boston University Law Review*, v. 86, n. 5, p. 1079, 2006.

Vale mencionar que os riscos da insinceridade à jurisdição constitucional não se manifestam apenas no momento decisório, mas, também, na etapa de sabatina dos juízes. Como narra Erwin Chemerinsky, nos Estados Unidos, os atuais membros da Suprema Corte Juízes Roberts e Alito, usualmente associados à ala conservadora da Corte, recusaram-se a responder quaisquer perguntas atinentes a suas posições pessoais sobre questões morais controversas⁸¹. Como forma de se esquivar desse tipo de exposição, apenas adotava-se o discurso de que seus papéis como juízes seria o de aplicar a Constituição, colocando suas visões pessoais de lado. Nessa linha, o Juiz Roberts comparou a atividade desempenhada pelo juiz da Suprema Corte à de um árbitro de beisebol⁸².

Esse tipo de retórica encontra eco favorável em governos republicanos. Como informa Chemerinsky, um dos motes da campanha presidencial de 2005 de George Bush era o de que ele selecionaria juízes que *apliquem a lei, e não legislem do Tribunal*⁸³. Isso acaba funcionando como um incentivo adicional à insinceridade a respeito da criação do direito, já que adotar o discurso de sua negação pode favorecer as chances de um jurista de ser nomeado como membro da Suprema Corte, um cargo presumivelmente cobiçado. Estabelecendo-se um paralelo com o cenário brasileiro, seria como se, em uma sabatina, o jurista nomeado se esquivasse de responder perguntas que reputasse inconvenientes, através da resposta de que, como Ministro do STF, atuará como legislador negativo, não desempenhando qualquer papel criativo, razão pela qual sua visão pessoal sobre quaisquer assuntos é irrelevante. Esse discurso conta, ainda, com o apelo adicional de ser, pretensamente, democrático. Afinal, se o julgador não desempenha atividades criativas, isso significa que ele realiza sua função exclusivamente por meio da aplicação de atos normativos elaborados pelo legislativo ou constituinte. Tal seria extremamente positivo ao princípio democrático e à separação de poderes, não fosse um mito.

De fato, o efeito decorrente desse tipo de discurso é, justamente, oposto à promoção desses princípios. Sendo os juízes vitalícios nos EUA, entre nós se sujeitando à aposentadoria compulsória ao completar 75 anos, sabinas são o momento em que, de forma mais acentuada, se deve fazer presente uma forma de controle de cunho democrático e que afirme o princípio da separação de poderes, ao permitir que o parlamento desempenhe um papel na composição

⁸¹ Idem, p. 1077.

⁸² Idem, p. 1069.

⁸³ Idem, *ibidem*.

das mais altas Cortes⁸⁴. Por esse mecanismo, busca-se aferir se os entendimentos do juiz nomeado a respeito de questões controvertidas e que ocupem espaços destacados no debate público possuem algum grau de afinamento com visões que contem com adesão. Esse discurso insincero pode acobertar ideologias totalmente dissonantes ou idiossincráticas. Naturalmente, pesquisas a respeito do histórico da carreira daquele que tenha sido nomeado podem atenuar esse risco.

Considerando-se a criatividade um traço inevitável da atividade adjudicatória, então o que o princípio da separação de poderes exige não pode ser um fingimento judicial manifestado pela pretensa mera aplicação de um direito pré-pronto, mas que a jurisdição criativa seja sujeita a controles pelas instâncias majoritárias. Dessa forma, tornar pesquisas prévias a respeito do nomeado o único mecanismo de controle efetivo significa condenar a sabatina à irrelevância, degradando-a em um palco de performances teatrais falsas, em vez de um espaço de exposição à crítica pública. Lamentavelmente, estudos empíricos confirmam essa tendência⁸⁵.

Apesar disso, a consciência em relação à inevitabilidade de escolhas substantivas na interpretação constitucional parece ser um aspecto unanimemente reconhecido, embora negado por razões estratégicas. Isso torna inevitavelmente insincero o uso de concepções como a tese do legislador negativo, ou vertentes do originalismo, de forma a sugerir que a jurisdição constitucional não envolve a produção de novos conteúdos normativos. A sinceridade quanto a esse aspecto basilar da atividade julgadora deve ser encarada como uma exigência indispensável. Dessa forma, decisões criativas restarão devidamente sujeitas à crítica pública. Resultados considerados inaceitáveis sobre questões altamente controvertidas não poderão ser justificados como uma mera decorrência do que teria decidido o constituinte. Do contrário, corre-se o risco de as manifestações jurisdicionais tornarem-se incontroláveis⁸⁶.

⁸⁴ Idem, p. 1078.

⁸⁵ WEDEKING, Justin; FARGANIS, Dion. The candor factor: does nominee evasiveness affect judiciary committee support for supreme court nominees? *Hofstra Law Review*, v. 39, n. 2, p. 366, 2011. Para esses autores – que estudam os debates parlamentares sobre nomeações de ministros de 1955 até a data de elaboração do trabalho –, embora a insinceridade se sujeite a críticas no âmbito do parlamento, esse fator não é decisivo no resultado da sabatina. Diversamente, a ideologia dos juízes é fator de maior relevância, o que é aferido mediante estudos prévios de seus perfis.

⁸⁶ Em linha similar, v.: SMITH, Peter J. New legal fictions. *Georgetown Law Journal*, v. 95, n. 5, p. 1483 e ss., 2007.

Clareza e sinceridade são, contudo, intimamente interligadas, na medida em que, sem a primeira, torna-se mais difícil a segunda. Ademais, há uma estreita interdependência entre o grau de poder das Cortes e os métodos decisórios que estas empreguem – abertamente, ou não⁸⁷. Em síntese, a legitimidade e a controlabilidade do poder dependem de que este se exerça inspirado por esses valores, ainda que de forma temperada por considerações estratégicas mínimas.

PALAVRAS FINAIS

Um dos sentidos mais basilares do conceito de Estado de Direito é a noção de que o conteúdo do jurídico não se confunde com a vontade de uma autoridade, nem com aquilo que esta deseje alçar a esse patamar. Além disso, aceita a premissa pós-positivista de que é intrínseco e definidor do direito a sua pretensão de correção, torna-se imprescindível que as razões de decidir empregadas pelos órgãos jurisdicionais, bem como o resultado ao qual estas conduzem, correspondam ao que o julgador entenda como legalmente certo. A sinceridade é, portanto, requisito indispensável para a legitimação do exercício de poder estatal pelo Judiciário.

Essa constatação é ainda mais necessária e premente no que diz respeito à jurisdição constitucional. A Constituição é, simultaneamente, fundação e cume do ordenamento jurídico. De um lado, é por meio da interpretação coletiva desta – muitas vezes, de caráter criativo – que se demarcam os princípios basilares e os direitos inafastáveis regentes de uma determinada organização política. De outro, ela se situa no vértice do sistema, servindo de parâmetro de validade de todos os atos estatais. Os valores em jogo na guarda da Constituição são elevados demais para que os responsáveis por essa tarefa cedam a ímpetos de insinceridade.

De forma correlata, recentemente, vem sendo sustentado que o Poder Judiciário possui uma representatividade de caráter argumentativo, isto é, que esse poder, embora não seja eleito, legitima-se democraticamente pelos argumentos que empregue, os quais, não apenas persuasivos, não devem ser falsos⁸⁸. O julgador insincero trai todos esses ideais simultaneamente, bem como – não menos importante – os próprios jurisdicionados.

⁸⁷ PANZERA, Claudio. *Interpretare, Manipolare, Combinare*. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 19.

⁸⁸ Esse debate se popularizou, no Brasil, por meio de escritos do constitucionalista germânico Robert Alexy, que cunhou o conceito de representação argumentativa do Tribunal Constitucional. A respeito, v.: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54 e ss.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge: Belknap, 2007.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALTMAN, Scott. Beyond Candor. *Michigan Law Review*, v. 89, n. 2, p. 296-351, 1991.

BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University, 2011.

_____. The New Originalism and the Uses of History. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 1, p. 641-719, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 24-50, 2015.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behaviour*. Nova Jersey: Princeton University, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham - Under the Superintendence of his Executor, John Bowring (part I)*. Londres: Simpkin, Marshall & Co, 1838.

BOK, Sissela. Lies for the Public Good. In: MENKEL, Carrie; WHEELER, Michael (Coord.). *What's Fair - Ethics for Negotiators*. São Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 371-82.

BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema judicial versus diálogos constitucionais: quem tem a última palavra na interpretação da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. STF, ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 22.03.2013.

_____. STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010.

_____. STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 13.10.2011.

_____. STF, ADO 22, Rel^a Min. Cármen Lúcia, DJ 03.08.2015.

_____. STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011.

_____. STF, ARE 710026-ED, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.04.2015.

Sobre o tema, v., ainda: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 24-50, 2015; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poiesis*, n. 17, p. 343-359, 2014; POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Destaque-se, por fim, que essa tese já recebeu acolhida na jurisprudência do STF, inclusive para pautar pronúncias de caráter ativista. Nessa linha, cf. BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010, em especial o voto do Ministro Gilmar Mendes.

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University, 1982.

CALABRESI, Steven G. Text vs. Precedent in Constitutional Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, p. 947-959, 2008.

CAMINKER, Evan H. Sincere and Strategic Voting on Multimember Courts. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 8, p. 2297-2380, 1999.

CHEMERINSKY, Erwin. Seeing through the emperor's clothes: recognizing the reality of constitutional decision making. *Boston University Law Review*, v. 86, n. 5, p. 1069-1082, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. Introduction. In: DWORKIN, Ronald (Coord.). *A badly flawed election*. Nova York: The New Press, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Osborn v. Bank of U.S.*, 22 U.S. 738, 1824.

FALLON, Richard H. The Supreme Court 1996 Term. Foreword: Implementing the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 1, p. 54-152, 1997.

FLEMING, James. *Fidelity to our imperfect constitution: for moral readings and against originalisms*. Oxford: Oxford University, 2015.

FORRESTER, Ray. Truth in Judging: Supreme Court Opinions as Legislative Drafting. *Vanderbilt Law Review*, v. 38, n. 3, p. 463-477, 1985.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257-337, 2005.

FULLER, Lon. *Legal Fictions*. Stanford: Stanford University, 1970.

GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*, v. 65, n. 1, p. 133-150, 1990.

_____. The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 1, p. 1-8, 2010.

HIRSCH, Alan. Candor and Prudence in Constitutional Adjudication. *George Washington Law Review*, v. 61, n. 3, p. 858-870, 1993.

IDLEMAN, Scott. A Prudential Theory of Judicial Candor. *Texas Law Review*, v. 73, n. 2, p. 1307-1417, 1995.

LEFLAR, Robert A. Honest Judicial Opinions. *Northwestern University Law Review*, v. 74, n. 5, p. 721-741, 1979.

KAHAN, Dan. Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 1, p. 1-77, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KITROSSER, Heidi. Interpretive Modesty. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 14-34, p. 1-43, 2014.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-60, 1993.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law – It's connection to the History of Early Society*. Reino Unido: Read Books, 2007.

MILLER, Arthur Selwyn; SASTRI, D. S. Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain. *Buffalo Law Review*, v. 22, n. 3, p. 799-824, 1973.

MULLER, John F. The Constitutional Incompleteness Theorem. *Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 5, p. 1373-1454, 2013.

PANZERA, Claudio. *Interpretare, Manipolare, Combinare*. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poiesis*, n. 17, p. 343-359, 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard. *The Federal Courts*. Cambridge: Harvard University, 1999.

_____. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, p. 32-102, 2005.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 545-574, 2006.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University, 1996.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Lima: Temis, 2007.

SCALIA, Antonin. Common-law Courts in a Civil-law System. In: GUTMANN, Amy (Coord.). *A Matter of interpretation*. Nova Jersey: Princeton University, 1997. p. 3-47.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University, 2009.

SCHWARTZMAN, Micah. The Principle of Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*, v. 94, n. 4, p. 987-1028, 2008.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

SHAPIRO, David L. In defense of judicial candor. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 731-750, 1987.

SHAPIRO, Martin. Judges as liars. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, p. 155-156, 1994.

SMITH, Peter J. New legal fictions. *Georgetown Law Journal*, v. 95, n. 5, p. 1435-1496, 2007.

SOLUM, Lawrence. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, p. 95-118, 2010.

STAUDT, Nancy; FRIEDMAN, Barry; EPSTEIN, Lee. On the role of ideological homogeneity in generating consequential constitutional decisions. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, p. 361-386, 2008.

SULLIVAN, Kathleen M. The Candor of Justice Marshall. *Harvard Blackletter Law Journal*, v. 6, p. 83-9, 1989.

_____. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *Social Research*, v. 74, n. 1, p. 1-24, 2007.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, Hannis. Legitimate functions of judge-made law. *The Green Bag*, v. XVII, n. 10, p. 557-565, 1905.

WEDEKING, Justin; FARGANIS, Dion. The candor factor: does nominee evasiveness affect judiciary committee support for supreme court nominees? *Hofstra Law Review*, v. 39, n. 2, p. 329-368, 2011.

Submissão em: 29.07.2016

Avaliado em: 10.08.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 10.08.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 14.09.2016