

A deferência do STF à administração pública no Brasil constitui um problema? Causas e sintomas da insatisfação ao comportamento deferente

Is the STF's deference to public administration in Brazil a problem? Causes and symptoms of dissatisfaction with deferential behavior

Fabiano Teodoro Lara¹
Daniel dos Santos Rodrigues²

Resumo: Tendo como campo de estudo o Direito e Desenvolvimento e utilizando-se do método jurídico-

-
- 1 Fabiano Teodoro Lara é Bacharel (1996), Mestre (2001) e Doutor (2008) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Bacharel em Comunicação Social pela PUC-MG (1996). Professor Associado de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação, Mestrado e Doutorado). Professor Visitante da Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento (2018). Advogado. gpedireito.ufmg.br
 - 2 Atualmente é Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi International Visiting Graduate Student na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto, Canadá. Foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP (2017-2020). <http://lattes.cnpq.br/6027669602797160>

-exploratório, investiga-se nesse artigo dois problemas: 1) se a deferência do STF ao Executivo é prejudicial à proteção dos direitos fundamentais. 2) Por que a literatura jurídica brasileira critica essa deferência. Para o primeiro problema, os resultados revelam que essa deferência não é intrinsecamente problemática, pois reflete, especialmente, a busca por legitimidade política e estabilidade democrática por parte das cortes superiores. Em relação ao segundo problema, atribui-se a insatisfação com a deferência à falta de compreensão da relação entre Direito e política no contexto brasileiro, que surge na transição não mediada para a República em 1889, derivada da tensão entre o poder central e as oligarquias regionais ao término do período imperial. Conclui-se que o desconforto da doutrina brasileira em relação à deferência do STF ao Executivo remonta, particularmente, à implantação do regime republicano no Brasil, ao final do século XIX, quando, sem uma tradição da doutrina do *stare decisis* e sem uma compreensão mais profunda do *common law*, abandonou-se o paradigma de jurisdição administrativa (Conselho de Estado) que equilibrava as relações entre as esferas jurídica e política.

Palavras-chave: 1. Deferência judicial; 2. Judicialização da política; 3. Precedentes vinculantes; 4. *Common law*; 5. *Civil law*.

Abstract: Taking Law and Development as its field of study and using the legal-exploratory method, this article investigates two problems: 1) whether the STF's deference to the Executive is detrimental to the protection of fundamental rights. 2) Why Brazilian legal literature criticizes this deference. Regarding the first problem, the results show that this deference is not intrinsically problematic, as it reflects, in particular, the search for political legitimacy and

democratic stability on the part of the higher courts. About the second problem, dissatisfaction with deference is attributed to a lack of understanding of the relationship between law and politics in the Brazilian context, which arose in the unmediated transition to the Republic in 1889, deriving from the tension between the central power and the regional oligarchies at the end of the imperial period. We conclude that the discomfort of Brazilian doctrine in relation to the STF's deference to the Executive goes back, in particular, to the establishment of the republican regime in Brazil at the end of the 19th century, when, without a tradition of the doctrine of *stare decisis* and without a deeper understanding of common law, the paradigm of administrative jurisdiction (Council of State) that balanced relations between the legal and political spheres was abandoned.

Keywords: 1. Judicial deference; 2. Judicialization of politics; 3. Binding precedents; 4. Common law; 5. Civil law.

Introdução

Há evidências na literatura de que o Supremo Tribunal Federal (STF), de maneira geral, tende a decidir, favoravelmente, ou ser mais deferente ao Poder Executivo³, comportamento que, conforme parte razoável da doutrina nacional, ocorreria em detrimento da proteção dos direitos fundamentais⁴. Em resumo, haveria, no funcionamento da corte, um problema relacionado à realização de justiça distributiva.

3 COSTA; BENVINDO, 2014; FALCÃO *et al.*, 2013, 2014; FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011; KAPISZEWSKI, 2010; NUNES, 2010; POGREBINSCHI, 2012; TAYLOR, 2008.

4 ANDRADE, 2015; DAVID, 2018, p. 161-179; LUNARDI, 2021.

Muito embora essa deferência não constitua uma marca do STF, mas um comportamento padrão das cortes constitucionais e supremas em vários países⁵, os seguintes questionamentos mostram-se relevantes: 1) haveria algum problema fundamental na deferência do STF ao Executivo? Isso afetaria a proteção dos direitos fundamentais? 2) E, no caso de não haver qualquer problema, por qual razão parte considerável da literatura jurídica compreende esse comportamento como problemático?

Considerando o papel das instituições jurídicas no desenvolvimento⁶, as perguntas acima se apresentam importantes porque podem auxiliar a pensar, de forma diferente, questões como o equilíbrio entre independência e *accountability*, ativismo *versus* autocontenção judiciais e, especialmente, os limites e contatos entre Direito e política. Se o STF, como a instituição com o maior grau de independência do Poder Judiciário, demonstra deferência em relação ao Poder Executivo, surge, então, à primeira vista, um paradoxo: uma corte independente e, ao mesmo tempo, deferente ao Executivo. O STF não deveria ser necessariamente uma corte contramajoritária? Com base em uma metodologia jurídico-exploratória⁷, são essas as questões que o presente artigo se propõe a examinar.

Além da introdução e da conclusão, o texto está dividido da seguinte forma. No item 1, discute-se, essencialmente, a pergunta acerca de ser um problema em si a deferência do Judiciário ao Executivo. Observa-se que essa questão pode ser respondida negativamente, em razão de dois elementos

5 DA ROS, 2017, p. 81.

6 Utiliza-se, neste artigo, o termo “desenvolvimento” com base em Amartya Sen, qual seja, o de abarcar várias dimensões do bem-estar humano e da liberdade das pessoas para viverem as vidas que elas mesmas valorizam, cf. SEN, 2000.

7 DIAS; GUSTIN, 2006, p. 28.

cruciais: em primeiro lugar, tendo em vista as diferentes ideologias a respeito do papel dos direitos fundamentais e do próprio Estado defendidas pelas forças políticas que ocupam situação e oposição em determinado momento e, em segundo lugar, em vista das evidências, especialmente ciência política, de que a deferência ao Executivo se relaciona com a busca do Poder Judiciário por legitimidade e, por conseguinte, à manutenção de certa estabilidade do sistema político democrático.

Em seguida, no item 2, iniciando-se a investigação sobre as causas dessa insatisfação com relação ao comportamento deferente do Judiciário, entende-se que, talvez, ela tenha uma origem imediata na incompreensão no Brasil da interrelação entre Direito e política, questão que se manifesta mais latente no fenômeno da judicialização da política.

No item 3, esboça-se a hipótese de que o incômodo com o comportamento deferente possa ter como causa a importação pelo constitucionalismo brasileiro de diferentes modelos de funções dos poderes do Estado; quais sejam, o de separação dos poderes francês, com a Constituição de 1824, e, posteriormente, o modelo de pesos e contrapesos americano, com a Constituição de 1891.

No item 4, promove-se uma comparação do desenvolvimento das tradições do *common law* e do *civil law*, já que esta, especialmente em razão da influência francesa, demonstra prescrever ao Judiciário um papel político mais restrito. Essa questão será examinada sob a ótica da produção dos precedentes e a suposta eficiência econômica do *common law* por ser um Direito eminentemente produzido por juízes. Em suma, no *common law*, supostamente, a relação entre Direito e política seria mais natural, uma vez que, sendo um Direito construído por juízes (*case law*), o processo de sopesamento dos custos e benefícios (*trade-off*) entre a defesa de direitos privados e a governabilidade seria mais fácil. No entanto,

nada obstante não ser possível afirmar uma superioridade econômica do *civil law*, será visto que este foi mais marcadamente influenciado pelo positivismo e pelo formalismo jurídico, ao menos até o desenvolvimento ulterior da jurisdição administrativa na França no final do século XIX, momento em que o Brasil importa o constitucionalismo estadunidense.

No item 5, discutem-se as especificidades da realidade brasileira, relacionadas à construção do Poder Judiciário na passagem do Império para a República. Conquanto a influência do *civil law* francês seja indiscutível na tradição jurídica brasileira, observa-se que a República promove a instalação de uma nova instituição estatal, o STF, com o intuito de que esse realizasse um papel semelhante ao do Poder Moderador no Império. Nada obstante, essa tarefa se mostrou impossível, uma vez que não foram entregues à Suprema Corte poderes análogos ao do Poder Moderador. Em resumo, é mais especificamente nesse período, na transição não mediada de uma tradição jurídica para outra, que surge a aversão ao poder político da cúpula do Poder Judiciário. A hipótese é que as oligarquias estaduais — que deram o golpe de 1889 como parte do projeto de garantir maior autonomia às suas respectivas regiões em detrimento da centralização política, — pensaram esse fenômeno, aliado à perda de poder e prestígio dos juízes ditos inferiores ao final do período imperial.

Por fim, no capítulo 6, examina-se a influência da tensão marcante da história republicana brasileira, qual seja, entre poder central e poderes regionais oligárquicos, bem como a influência desse fenômeno na consolidação da independência e da centralização do poder judiciário e na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil.

1. Ser deferente é um problema em si?

Para além dos casos nos quais há amplo consenso na comunidade jurídica acerca da constitucionalidade de determinadas decisões tomadas pelo Executivo, de forma que a mera concordância com elas por parte da Suprema Corte não pode ser considerado um comportamento deferente, evidentemente o fato de a deferência ser, ou não, um problema depende das várias concepções ideológicas dos atores instalados nos poderes constituídos em determinado momento histórico. Ou seja, ser deferente ou não é um problema relativo, a depender de quem ocupará a situação e a oposição política.

Além disso, constata-se que essa deferência do Poder Judiciário, conforme a literatura em ciência política, é comum nas democracias contemporâneas. As Supremas Cortes atuam, de alguma forma, estrategicamente, no sentido de acompanhar os retornos eleitorais ou o “sentimento” do público e isso se vincula ao objetivo de elas se manterem como instituições legítimas e/ou eficientes de governo⁸. Porém, apesar de esse comportamento ser também teorizado como mais natural e não estratégico, no sentido de que a opinião pública influencia as cortes porque seus membros estão simplesmente inseridos na sociedade como qualquer outra pessoa, outras evidências revelam que o Executivo funciona como um ponto focal óbvio aos juízes em razão de ele sinalizar imediatamente a vontade popular⁹.

Em verdade, a deferência judicial ao Executivo é um componente essencial para a legitimidade e para a estabilidade do sistema político, de modo que os governos possam

8 DA ROS, 2017, p. 81; EPSTEIN; WEINSHALL, 2021, p. 26.

9 FERREJOHN; WEINGAST, 1992.

entregar resultados. Dahl já havia constatado, na década de 1950, que raramente a Suprema Corte estadunidense declarava inconstitucional ato legislativo em até 4 anos de sua promulgação — constatação também que contraria a ideia da Corte como uma instituição contramajoritária. E por quê? Segundo o autor, a Suprema Corte extrairia sua legitimidade especialmente por meio da garantia das regras do jogo democrático, sendo a principal delas o sucesso da coalizão vencedora das eleições para a realização de suas políticas públicas fundamentais¹⁰. Mais recentemente, também no contexto estadunidense, Whittington encontrou evidências semelhantes, destacando que a Suprema Corte atua deferentemente à coalizão vencedora das eleições de modo que ela possa governar e não seja atormentada, abusivamente, pela oposição, que é especialmente saliente no federalismo e em regimes políticos fragmentados¹¹.

Nas matérias de direito público se apresenta, com frequência, a máxima tensão entre interesses públicos e privados, que, no limite, testa os entendimentos sobre as fronteiras entre Direito e política, e a relação entre *accountability* e independência. Em suma, em muitos casos, a própria categoria de interesse público estaria sendo disputada. Ou seja, STF e Poder Executivo estariam em negociação contínua acerca da forma de regulação da administração pública. Assim, não se pode ignorar que a atuação do STF se articule, no limite, à manutenção do equilíbrio orçamentário para a própria viabilidade do Estado e dos seus serviços públicos. Além disso, decisões *a priori* razoáveis sob um ponto de vista estritamente jurídico podem ter implicações catastróficas para o funcionamento do Estado. Assim, não há como ignorar que qualquer discussão envolvendo múltiplos interesses,

10 DAHL, 1957.

11 WHITTINGTON, 2005.

especialmente o do funcionamento do próprio Estado, não se alienam do mundo real ou de como as prescrições judiciais serão cumpridas na prática. Aliás, as prescrições dos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942, alterado pela Lei n.º 13.655/2018), com marcante influência do consequencialismo, dão à medida da importância da conclusão de que juízes, por óbvio, deveriam sempre considerar “as consequências práticas da decisão”.

No entanto, mesmo em vista disso tudo, na literatura jurídica nacional há um incômodo mais agudo com esse comportamento deferente do Poder Judiciário ao Executivo, em especial em vista da desconfiança geral com relação ao último, derivada dos vários períodos autoritários pelos quais o Brasil passou. Certamente, essa é uma razão, mas a explicação é um pouco mais complexa, envolvendo o desenho institucional de separação dos poderes, questão que pode ser melhor investigada a partir do fenômeno da judicialização da política, apresentada à frente. Além disso, vale à pena examinar o tema da judicialização da política, porque, por meio dele, compreendem-se melhor as contradições do desenho institucional brasileiro e do paradoxal purismo nacional a respeito da separação entre Direito (esfera pretensamente exclusiva do Poder Judiciário) e política (esfera pretensamente exclusiva do Executivo e do Legislativo).

2. Judicialização da política e ativismo judicial – o mito da separação entre direito e política

As críticas ao suposto “ativismo judicial”, atualmente, são um clichê das democracias contemporâneas. Além disso, são articuladas por vários públicos (por cidadãos comuns, pela opinião pública, por políticos profissionais e pela academia) e acompanham invariavelmente exigências sociais por

maior controle sobre a atividade jurisdicional, no sentido de que essa possa se separar, estritamente, da atividade política.

No entanto, de início importa destacar que é irrelevante a separação que grande parte da literatura apresenta acerca dos termos “judicialização da política” e “ativismo judicial”, na qual o primeiro teria um caráter meramente descritivo, explicando o fenômeno da discussão de temas morais polêmicos e de políticas públicas nas arenas judiciárias, e o segundo teria, invariavelmente, um caráter prescritivo, sendo um comportamento “indevido” ou mais “ousado” do judiciário em se imiscuir nos temas citados, que deveriam estar a cargo das instâncias representativas (Legislativo e Executivo). Nessa acepção, em oposição ao comportamento “ativista” ou “indevido” de muitos juízes, haveria um comportamento “devido” e “adequado”, mais contido ou restrito¹². Por que é irrelevante essa separação? Porque ela parte de um erro epistemológico de que seria possível encontrar uma separação estanque entre atividade jurisdicional e atividade política. Evidentemente, por ser mais descritivo, o termo “judicialização da política” é preferível, mas o desconforto com os fatos que fundamentam ambos os conceitos (“judicialização da política” e “ativismo judicial”) possui origem similar.

Rodrigues, explorando as origens filosóficas dos dilemas da judicialização da política nas democracias contemporâneas, advindas da tensão incompreendida entre a tradição liberal e a tradição democrática, conclui que o problema reside menos na judicialização da política em si e mais na forma como se lida com os seus paradoxos. Em verdade, o problema reside no mito da modernidade, mais especificamente na crença de que se pode eliminar a política por meio

12 BARROSO, 2009.

da ciência e da técnica¹³. No Direito, esse mito se faz ainda presente na fé inconsciente — presente principalmente dos países da *civil law* mais influenciados pela Revolução Francesa — de que o judiciário não pode agir politicamente. É uma crença metafísica do cientificismo moderno, no sentido de que há, sempre, uma verdade e que sempre ela pode ser acessada.

Portanto, a resposta à questão do “ativismo” do Poder Judiciário ser um problema em si é negativa, pois é impossível encontrar um critério normativo para se classificar uma atuação como ativista ou não, política ou não, indevida ou não¹⁴.

Se é uma tarefa impossível fazer com que o judiciário não atue politicamente, qualquer pretensão normativa *ope legis* (ou seja, “técnica”), nesse sentido, é inútil e contraproducente, pois o seu efeito colateral implica esconder ou ignorar a natureza das coisas. Pois — concordando com Mouffe — se a política representa o caráter indecível da vida social, a impossibilidade de se validar algum critério último de “verdade”, fenômeno que é inaugurado pela revolução democrática moderna, com efeito, não há uma separação epistemológica entre Direito e política, de modo que lutar contra tal constatação seria como querer a revogação da lei da gravitação universal¹⁵.

Não se quer dizer, agora ao contrário, que então a construção de parâmetros e balizas normativos para a atividade jurisdicional é inútil. Mas que essa construção é, potencialmente, contraproducente, pois invariavelmente desconsidera como as decisões são construídas na prática. Em outros termos: a preocupação exclusiva ou preponderante com os

13 RODRIGUES, 2020.

14 NOBRE; RODRIGUEZ, 2011; RODRIGUES, 2020.

15 MOUFFE, 1996, p. 22-24.

limites substanciais da criação jurídica, invariavelmente, olvida-se dos limites procedimentais, e são os segundos que criam, efetivamente, os insumos dos primeiros.

3. As contradições da importação brasileira da Teoria da Separação dos Poderes e da Teoria de Pesos e Contrapesos

Independentemente do matiz ideológico, a oposição política sempre criticará uma decisão do Judiciário deferente ao governo de ocasião, não primordialmente em seus méritos, mas considerando o argumento de que os juízes não deveriam ser ativistas. Ou seja, a princípio, um elemento ideológico (ao menos mais simplificado, separando esquerda e direita) não seria uma explicação para o desconforto com a deferência judicial ao Executivo. Assim, o que se faz mais relevante é se atentar para a complexidade da tradição liberal e de como ela foi importada no Brasil.

De um lado, há o paradigma liberal anglo-saxão, dos Papéis Federalistas, vinculado ao temor da “tirania da maioria” e à ideia do Judiciário como instituição contramajoritária e apta, em nome do “povo perpétuo” outorgante da Constituição, a contestar as maiorias ocasionais (o “povo atual”) nos demais poderes. De outro, na tradição liberal francesa, há a ideia da proibição de o Judiciário se imiscuir nas decisões tomadas pelos demais poderes eleitos pelo povo, o soberano do poder político. No *common law* anglo-saxão, a relação entre Direito e política sempre foi natural, em razão do papel legislativo do Judiciário — ainda há pouco os juízes ingleses tinham como corte de cúpula a Câmara dos Lordes, não se ignorando também o maior *accountability* político do judiciário estadunidense, seja por via eleitoral (Estados)

ou por maior controle congressual (União). No *civil law* francês, não obstante a separação aparente entre Direito e política operada pela Revolução Francesa, os dois elementos convivem razoavelmente bem na jurisdição administrativa, sendo esta considerada independente em função do desenho institucional do recrutamento e controle de seus membros. Ou seja, em qualquer um dos casos, apesar da configuração particular que cada sistema possui acerca de como separa os poderes estatais, há desenhos institucionais precisos em relação ao modo do controle do exercício do poder.

Talvez se origine da ausência de controle análogos aos dos EUA, da Inglaterra e da França o incômodo da doutrina brasileira com a deferência judicial ao Executivo. Ou melhor, no Brasil, esse incômodo, talvez, refira-se à importação e à combinação errática realizada a respeito dessas duas tradições (primeiramente a francesa, na Constituição de 1824, e, posteriormente, a anglo-saxã, na Constituição de 1891), ambas desposadas do desenvolvimento posterior dos seus desenhos institucionais, o que se revela, de forma explícita, no fenômeno da judicialização da política.

Apesar do influxo do constitucionalismo estadunidense na Constituição de 1891, a tradição jurídica brasileira é mais marcadamente influenciada pelo *civil law* francês. E geralmente é afirmado que o *civil law*, por supostamente ter um sistema de separação de poderes mais rígido e impedir a jurisdição de produzir o Direito, seria menos eficiente sob o ponto de vista do desenvolvimento do que o *common law*. Em suma, no *common law*, como um Direito construído por juízes (*case law*), supostamente a separação entre Direito e política não seria tão problemática, já que o processo de sopesamento dos custos e benefícios (*trade-off*) entre a defesa de direitos privados e a governabilidade seria mais fácil¹⁶.

16 CROSS, 2011, p. 107-108.

Como será visto à frente, é difícil afirmar uma superioridade do *common law* sobre o *civil law*, pois, abstraindo-se o período revolucionário francês, observa-se, em ambas as tradições jurídicas, o papel de governo e legislativo exercido desde sempre pelo Poder Judiciário. No entanto, a Revolução Francesa e o positivismo francês promoveram marcas mais profundas na tradição jurídica luso-brasileira, o que nos auxilia em parte a explicar a resistência, no Brasil, a um papel mais politicamente ativo do Poder Judiciário, expresso na nossa cultura errática de (pouco) respeito aos precedentes jurisdicionais.

4. *Common Law versus Civil Law* – o direito produzido por juízes seria melhor?

Na literatura do Direito e Economia (*Law and Economics*), a diferença entre o *common law* e o *civil law* é contada por meio da exaltação da primeira como uma instituição mais eficiente sob o ponto de vista econômico¹⁷. Em resumo, conforme Posner, o *common law* contempla uma lógica econômica intrínseca: por ser um direito construído por juízes (*judge-made law*), tende a ser mais eficiente porque respeita as transações feitas por agentes privados no mercado, o qual, por sua vez, é a instituição mais eficiente para a alocação de recursos¹⁸. Disso resulta que, para Posner, o direito produzido por juízes, como um estoque de capital

17 Posner adota o conceito de eficiência (ou de maximização da riqueza) de Kaldor-Hicks, que preceitua que uma alocação de recursos é eficiente se ela permite, ao menos, uma pessoa ficar melhor sem *potencialmente* deixar outras pessoas piores (ou seja, as partes ganhadoras de uma transação *podem* vir a compensar as potenciais perdedoras). Cf. POSNER, 2014, p. 34-36, p. 361.

18 POSNER, 2014, p. 53, 335.

(precedentes)¹⁹ com a função de diminuir a incerteza, tende a ser mais promotor do desenvolvimento do que o direito produzido pelo legislativo, especialmente por esse último ser facilmente capturado por grupos de interesses, por ter altos custos de transação (barganha política) e por ser escolhido por eleitores com poucos incentivos para exercerem qualquer *accountability* sobre seus representantes²⁰.

Especificamente na Nova Economia Institucionalista (NEI), North, seu mais eminente representante, assevera que o *common law*, baseado em construção judicial de precedentes, produz dois fatores críticos, somente aparentemente contraditórios, à construção de incentivos aos agentes para inovação necessária ao desenvolvimento: previsibilidade, para a redução de incertezas e assunção de riscos pelo agentes econômicos, e mudança incremental, que permite inovações legislativas contínuas para a redução de custos de transação diversos sem maiores resistências provocadas por radicais rupturas institucionais²¹. Mas como o *common law* surgiu? O autor responde a essa pergunta, primeiramente, tratando sobre o que faz com que instituições eficientes sejam criadas em um primeiro momento. Ou seja, se instituições determinam a performance econômica, então há de saber o que provoca a criação de instituições eficientes.

North considera o conceito de *path dependence* — os retornos crescentes de mecanismos que reforçam a direção de um caminho inicial tomado, mesmo que ele seja ineficiente — para comparar as trajetórias de desenvolvimento Grã-Bretanha-América do Norte *versus* Espanha-América Latina. Fundamentalmente, o autor avalia que dois eventos que ocorreram bem mais cedo na Grã-Bretanha do que na

19 Essa analogia econômica pode ser traduzida como “segurança jurídica”.

20 POSNER, 2014, p. 786-789, 816-819.

21 NORTH, 1990, p. 96, 125.

Espanha são decisivos para explicar a melhor performance econômica da primeira sobre a segunda: centralização estatal e supremacia do Parlamento.

A centralização do Estado inglês ocorre no século XII e o triunfo de um governo representativo (ascensão do Parlamento) no século XVII (Revolução Gloriosa de 1688). O Estado espanhol só foi se centralizar na virada do século XV para o século XVI, após a expulsão dos mouros e união dos reinos de Aragão e Castela; quanto ao triunfo do Parlamento espanhol (Cortes), esse não ocorre tão cedo. Na Inglaterra, o Parlamento se estabelece no século XIII, primeiro com a Magna Carta e, depois, com a compra, na prática, de seu direito de participar do governo inglês durante os reinados de Eduardo I e Eduardo III (séculos XIII e XIV). Nesse momento são instaladas as condições para a segurança do direito de propriedade, quais sejam, um judiciário mais eficiente e imparcial e um maior controle fiscal sobre a máquina pública inglesa²².

No entanto, esta batalha não estava totalmente vencida. No início do século XVI, as crises fiscais do reino persistem com os Stuarts, levando o Parlamento e as cortes do *common law* a medirem forças com a coroa, culminando com uma Guerra Civil e a vitória dos primeiros sobre a segunda. Porém há que se perguntar: o que levou exatamente à vitória dos parlamentaristas nos eventos que se estendem entre a Guerra Civil inglesa e a Revolução Gloriosa? Afinal, os Stuarts poderiam ter ganhado essas disputas. É uma pergunta que North ensaia deixar inconclusiva, mas há uma inclinação a defender que a força do *common law* e a proteção dos direitos de propriedade adquiridos anteriormente, como constrangimentos informais, teriam levado, de qualquer forma, à Revolução Gloriosa. A evidência explicativa seria a

22 NORTH, 1990, p. 112-114.

estabilidade do sistema político-econômico inglês, que permitia mudanças incrementais e suaves nas regras formais, ao contrário do que geralmente ocorre com mudanças radicais, as quais, gerando extrema tensão com os constrangimentos informais existentes, provocam, invariavelmente, instabilidade política em longo prazo²³.

Mas é séria a divergência acerca da suposta superioridade da *common law* no sentido de produção do desenvolvimento. Por exemplo, Nuno Garoupa e Carlos Gómez Liguerra contestam a literatura do Direito e Economia, especialmente em razão de seu enviesamento em termos metodológicos, pois seleciona, de forma arbitrária (*cherry-picking*), institutos específicos (geralmente somente alguns envolvendo direito de propriedade e direito contratual) para a realização de comparações entre tradições jurídicas. Para demonstrar isso, os autores selecionam outros institutos do *civil law* e os comparam com institutos semelhantes do *common law*, demonstrando que os primeiros são mais eficientes (ou no mínimo podem ser mais eficientes) em termos de fomento a transações econômicas. Citam-se as doutrinas da proteção do comprador de boa-fé (*bona fide*), o sistema de registro de propriedade imobiliária, a regra de não cumulação de responsabilidade contratual com responsabilidade civil (*non-cumul*) e a regra do bom samaritano (dever de resgate sem maiores riscos pessoais, mediante indenização posterior do resgatado). Em suma, os autores, denunciando também que essa literatura absolve o *civil law* alemão ou escandinavo (poderíamos acrescentar também o *civil law* japonês) ou ignora também as diferenças importantes de institutos entre países distintos do *common law* (o exemplo mais óbvio seria a África do Sul), argumentam que há de ser desenvolvida uma teoria razoável de micro indicadores,

23 NORTH, 1990, p. 137-138.

aliada a uma consideração de fatores locais, para que seja possível comparar sistemas distintos, tarefa que, no entanto, por sua complexidade, pode até mesmo ser inalcançável²⁴.

A respeito dessa dita superioridade do *common law*, altamente contestável, relevante que sejam rememoradas as eventualidades históricas tanto do *common law* quanto do *civil law*, a fim de demonstrar que eles não eram e, atualmente, não são tão diferentes assim, sendo determinado período histórico (Revolução Francesa) o responsável pelo temporário afastamento que experimentaram. Com efeito, ao menos até meados do século XVIII, com a Revolução Francesa destronando os juízes da produção jurídica, aqueles sistemas jurídicos europeus eram certamente diferentes, mas não tão diferentes no aspecto fundamental relacionado a quem produzia e controlava o código jurídico. Na Europa, após a queda do Império Romano do Ocidente e até 1789, essa produção foi obra, particularmente, de professores (que redescobriram no século XI a compilação do direito romano produzida por Justiniano) e de juízes (que é a tradição do *common law*, conforme a centralização política do reino inglês iniciada no século XI). O papel dos legisladores sempre foi limitado, tanto na França quanto na Inglaterra. Somente após a Revolução na França os legisladores entraram em cena de forma mais incisiva.

Tendo o direito a função de “colar reinos”, evidentemente a Europa ocidental medieval, ainda por volta do século XI, encontrava à deriva. Muito embora o *Corpus Iuris Civilis* estivesse em vigor no Império Bizantino, foi esquecido na Europa Ocidental e somente redescoberto no século XI em Bolonha, na Itália. Na Europa Ocidental continental, como ainda imperava uma ampla descentralização política, naturalmente o direito, a reger minimamente os conflitos

24 GAROUPA; LIGUERRE, 2011.

sociais, era escasso e impossível de ser produzido por juízes ou legisladores (afinal, esses precisam de uma autoridade para o uso legítimo da força, para lembrar Weber). Nessas circunstâncias, o direito romano compilado por Justiniano mostrou-se pertinente; no entanto, sua compreensão estava restrita aos eruditos especializados na língua latina, notadamente os professores da época²⁵.

A França seguiu esse percurso, mas com certa vacilação na construção de um Estado unitário e no processo de estabelecimento de um direito comum a se sobrepôr aos costumes locais feudais. Construída certa unidade nacional ao final da Idade Média, os franceses encontraram um equilíbrio entre o direito produzido por professores e por juízes (por meio dos tribunais de apelação, os *Parlements*²⁶), tendo a Assembleia dos Estados Gerais (*Etats generaux*) alguma importância, mas inferior. Em suma, certamente, essa evolução levou à certa estabilidade política para a construção de instituições minimamente eficientes, tendo permitido à França rivalizar com a Inglaterra, especialmente no século XIX²⁷.

Na Inglaterra, em função do desenvolvimento anterior do processo de construção do seu estado nacional, mas antes de haver notícia do direito romano codificado, o direito teve de ser produzido “do zero”, o que somente foi possível com um rei forte e com ampla legitimidade na ilha: Henrique II Plantageneta. Henrique II criou todo um sistema judiciário, com mandados régios (*writs*) e um sistema judiciário minimamente profissional, com juízes régios e juris, o qual facilmente suplantou em qualidade as antigas formas medievais de so-

25 CAENEGEM, 2010, p. 59-70.

26 Note-se, no entanto, a importância da corte régia central, o *Parlement* de Paris, que tinha a incumbência de registrar a legislação régia antes de ela se tornar Direito. Cf. CAENEGEM, 2010, p. 49.

27 CAENEGEM, 2010, p. 49, 73.

lução de litígios. O Parlamento inglês surgiu posteriormente, tendo mais a função de produção jurisdicional do Direito por ser a instância máxima da jurisdição do reino²⁸.

De todo modo, o debate histórico institucional, muito influenciado pela teoria neoclássica, apresenta uma subvalorização de vários elementos históricos que não são negligenciáveis a explicar o sucesso econômico da Inglaterra, como as guerras coloniais, o imperialismo, o colonialismo, a escravidão e a pirataria estimulada pela coroa. Em suma, não há como afirmar, mesmo que de acordo com o critério menos restritivo de Kaldor-Hicks, que o colonialismo, a pirataria e a escravidão foram instituições eficientes.

Assim, de fato, o elemento determinante da construção de instituições estáveis e eficientes parece ser obra mesmo do acaso (pois os próprios institucionalistas não ignoram que, mesmo considerando a criatividade humana, as contingências determinam em muito as escolhas), especialmente quando se estende o olhar para séculos ou milênios. Pois a estabilidade do direito romano, criado de forma prática e orgânica²⁹, exatamente como o celebrado *common law*, não implicou a criação da proteção do direito de propriedade e este à inovação. De outro lado, deve-se considerar, também, que algumas invenções históricas cruciais, como a imprensa de Gutemberg no século XV, ou as novas descobertas científicas de Galileu, Copérnico e Kepler, ou o Racionalismo de Descartes, ou o Renascimento italiano, eventos continentais e determinantes para a Iluminismo, a Revolução Científica moderna e a Revolução Industrial, possuem pouca relação com o *common law*. Ou o que dizer também se a Armada Espanhola não tivesse sido derrotada por Drake em 1588? Talvez essa história da eficiência do *common law* seja mais um

28 CAENEGEM, 2010, p. 80-82.

29 CAENEGEM, 2010, p. 87.

dos mitos criados pelos vencedores, iniciada desde a invasão inglesa na ilha da Irlanda nos séculos XII e XIII, e que continua a ser contada de outras formas, agora sob os auspícios de instituições internacionais de desenvolvimento, como os projetos de reforma legal do Banco Mundial, reproduzidos nos relatórios *Doing Business*³⁰.

Interessante notar, na doutrina jurídica nacional, especialmente a respeito da Teoria de Precedentes, uma certa compreensão de que as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* não seriam tão diferentes com relação à produção normativa por parte do judiciário, com exceção do período imediatamente pós-revolução francesa.

Para de Assis, na história do *civil law*, há uma tradição de vinculação a precedentes, porém ela teria sido abalada após a Revolução Francesa, particularmente com a irradiação aos países da América Latina do modelo de atuação da Corte de Cassação francês, fortemente fundado no dogma da supremacia da lei. Particularmente, esse modelo jurisdicional teria influenciado a Itália, de modo que alguns dos principais processualistas italianos teriam, posteriormente, causado forte impacto na doutrina brasileira³¹. Dider Jr. e Souza possuem opinião semelhante, afirmando que as tradições do *civil law* do Direito brasileiro e do Direito português sempre valorizaram uma cultura de jurisprudência e de precedentes, muito embora os autores não se aprofundem na compreensão do movimento errático dessa cultura, particularmente após a instauração da República no Brasil³².

Apesar dessa opinião, os autores não discutem, mesmo que tenham tangenciado o tema, que a República realizou um transplante jurídico não devidamente mediado e inevitável-

30 CAENEGEM, 2010, p. 83, 86; GAROUPA; LIGUERRE, 2011, p. 304.

31 DE ASSIS, 2016, p. 80-89.

32 DIDIER JR.; SOUZA, 2015.

mente radical³³. Partiu-se de uma cultura jurídica do *civil law*, que permitia a vinculatividade de precedentes judiciais por meio de autorização do Poder Executivo e o Poder Legislativo (interpretação autêntica), conforme a tradição do direito português, aliada a uma experiência francesa, ainda que incipiente, de jurisdição administrativa, a partir da atuação do Conselho de Estado do Segundo Reinado³⁴, para uma outra, do *common law*, porém profundamente alterado pelo constitucionalismo e pelo *judicial review* estadunidense, os quais destacam, expressamente, um novo papel ao Poder Judiciário (de controle de constitucionalidade) e um modelo de *checks and balances* (de controle recíprocos e não de divisões estanques, conforme o modelo de separação dos poderes francês), porém sem a doutrina do *stare decisis*. Não é possível admitir o impacto profundo dessa mudança e afirmar que “[a]ssim como no Império, o Direito republicano conferiu desde os seus primórdios elevado prestígio à jurisprudência”³⁵. Em suma, difícil afirmar que, após a Constituição de 1891, houve uma continuação e um aperfeiçoamento da cultura de respeito aos precedentes luso-brasileira da época do Império, sendo, nesse sentido, bem ilustrativa a influente obra de Carlos Maximiliano, para o qual a “sciencia dos arestos tornou-se a sciencia daquelles que não têm outra sciencia: e a *jurisprudencia* é uma sciencia facilima de adquirir: basta um bom indice das matérias”³⁶.

33 Para ilustrar este ponto, considere o art. 386 do Decreto n.º 848, de 11/10/1890, editado pelo Governo Provisório da República, que prescrevia que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

34 LOBO, 2018.

35 DIDIER JR; SOUZA, 2015, p. 112.

36 MAXIMILIANO, 1925, p. 195.

Portanto, vê-se que a literatura jurídica brasileira não realiza uma incursão histórico-político-institucional acerca dessa resistência à jurisprudência a partir do período republicano, especialmente quando se sabe que, no direito português, antes e após a Revolução Francesa, os efeitos vinculantes às decisões judiciais eram comuns. Além disso, estão ausentes nessas análises questões de economia política envolvendo a realidade brasileira, subjacentes à construção das instituições na transição entre o Império e a República. Em suma, a influência da tradição jurídica positivista francesa não é suficiente para explicar a relutância brasileira à adoção de um direito jurisprudencial. Afirmar que o Brasil já possuía uma cultura própria (relativamente) forte de respeito aos precedentes no Império, que se incrementou na República, contraria a histórica errática da vinculatividade das decisões do STF.

Muito embora uma cultura de precedentes não seja inexistente na tradição do *civil law*, é inegável que o acolhimento entre positivismo e liberalismo, no século XIX, produziu resultados marcadamente diferentes por algum tempo nas duas principais tradições jurídicas: no *civil law* francês, uma separação estanque dos poderes e o juiz boca da lei; no *common law* inglês, a exacerbação do princípio do *stare decisis*, determinando uma vinculação forte horizontal dos precedentes, impedindo que os juízes das cortes superiores pudessem superar (*overruling*) qualquer decisão por elas tomada anteriormente³⁷. Em ambos os casos, a intenção consistia em impedir a criatividade e a discricionariedade judiciais, porém, no caso do *common law*, os seus efeitos seriam previsivelmente mais ineficazes, em razão da sua tradição mais antiga do direito criado pelos juízes (*case law*). Além disso, esse impacto, de fato, foi menor na tradição do

37 BUSTAMANTE, 2012, p. 70-90.

common law de maneira geral, restringindo-se à Inglaterra, já que a criação do constitucionalismo e do *judicial review* estadunidense produziu uma forte e inegável influência em todo o mundo (especialmente ocidental) no que diz respeito à participação do Judiciário nas atividades típicas dos demais poderes “políticos” (Executivo e Legislativo). No entanto, mesmo no contexto do *civil law* francês, esse efeito foi posteriormente atenuado, em razão do desenvolvimento ulterior da jurisdição administrativa, compatibilizando de forma mais harmônica Direito e política. No Brasil, com a instalação da República, não foram criadas instituições com poderes equivalentes aos extintos Poder Moderador e Conselho de Estado. O STF não recebeu poderes análogos aos do Poder Moderador e aos do Conselho de Estado do período imperial, tampouco contava com uma doutrina de *stare decisis*.

Nada obstante, em relação às incursões supramencionadas, especialmente a explicação neoinstitucionalista acerca da evolução do *common law* e a evolução dos sistemas jurídicos europeus ocidentais, é possível divisar alguns elementos mais específicos da realidade brasileira a explicar a resistência ao papel mais político do judiciário. Os indícios se encontram nos processos históricos de transplantes institucionais e de mudança não mediada de uma cultura jurídica, ainda em desenvolvimento de uma arquitetura jurídica institucional de separação de poderes, para uma outra bem distinta. Paralelamente (mas também vinculado) a esses fatores, existiam questões relacionadas à (des)centralização política, bem como à especialização das funções estatais, no que diz respeito ao Poder Judiciário e às Forças Armadas, tudo culminando no golpe republicano de 1889. Ou seja, aspectos mais específicos de Economia Política, a serem discutidos em detalhes a seguir.

5. A trajetória do direito brasileiro: da construção estatal no Brasil imperial ao término do poder dos magistrados

A vinculação a precedentes não era infrequente no *civil law*, tampouco no direito português, exatamente porque, na Idade Média, não havia o conceito moderno de separação dos poderes: deveria ser o rei a fonte principal do direito (mas, na prática, competia com o direito local e com os juristas) e a Teoria do Poder (da política, portanto) era a Teoria da Jurisdição³⁸. Em Portugal, o direito por precedentes (casos concretos) e com força vinculante era produzido desde as *façanhas* da Lei das Partidas no século XIII, passando pelos arestos e casos quando julgados pelos Reis; posteriormente surgiram os assentos com força de lei, por meio de interpretação autêntica *in abstracto* da legislação pelo Poder Judiciário. Primeiramente, conforme o Alvará de 10 de dezembro de 1518 e, posteriormente, dando competência exclusiva à Casa da Suplicação, conforme a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769³⁹.

No entanto, no Brasil independente, a Constituição outorgada de 1824 deu poderes esvaziados à corte máxima do Império, encarregada apenas de um papel de corte de apelação⁴⁰. Inicialmente, o Supremo Tribunal de Justiça no Brasil não detinha atribuições comparáveis às do Supremo Tribunal do Reino de Portugal, conhecido como a Casa de Suplicação. Somente em 1875, houve a introdução de tais poderes, ainda que com utilização limitada por parte do Supremo Tribunal de Justiça. Isso ocorreu por meio do

38 CAZETTA JÚNIOR, 2004, p. 52.

39 CAZETTA JÚNIOR, 2004, p. 61-62; DA SILVA CARMIGNANI, 2016.

40 SOUZA, 2014.

Decreto n. 2.684, datado de 23 de outubro de 1875, o qual conferiu autoridade legal aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa e concedeu ao Supremo Tribunal de Justiça no Brasil a competência para estabelecer novas disposições.⁴¹ Quais seriam todas as possíveis explicações para essa baixa atenção aos precedentes vinculantes? Havia o estilo despótico-ilustrado de Dom Pedro I. Havia, também, a influência jacobina francesa e a sua desconfiança com relação ao Poder Judiciário. Apresentava-se também o projeto constitucional do Marquês de Caravelas, admirador de Montesquieu e de seu juiz “boca da lei”. Decorria, também, a influência de Benjamim Constant e de seu Poder Moderador. Ou do papel reservado ao Conselho de Estado, não apenas do exercício de funções administrativas, em auxílio ao Poder Moderador e à “Assembléa Geral”, mas também de produção normativa, de controle de constitucionalidade e de revisão de decisões judiciais⁴². E certamente a necessidade de unificação e de criação de ordem em um Estado recém-criado, juntamente a uma Era de Restauração na Europa, impunha a urgência de pouco se dividir o poder. As “constituições nominais” na América Latina remontam a esse período, “cuja vigência cedia à discricção do chefe do Estado sempre que a ordem se afigurasse ameaçada”⁴³.

Rogério Arantes, discorrendo sobre as razões de o país ter adotado um modelo híbrido de controle judicial de constitucionalidade único no mundo (primeiro um difuso-concreto e, depois, ao lado desse, um controle concentrado-abstrato), conclui que esse hibridismo relaciona-se com o principal dilema da história republicana brasileira: “a construção do Estado mediante o equacionamento da tensa relação entre

41 CUNHA, 2005, p. 40.

42 KOERNER, 2010, p. 42; LOBO, 2018.

43 LYNCH, 2014, p. 45-49.

o poder central e particularidades regionais e econômico-sociais”⁴⁴.

Para Arantes, as contradições desse modelo surgem a partir da adoção, pela Constituição de 1891, de um modelo de controle de constitucionalidade difuso copiado dos EUA e erigido sobre uma tradição jurídica bem distinta, ou seja, o *civil law*⁴⁵. No entanto, o autor não se aprofunda nas próprias razões que levaram os atores políticos que forjaram a República a escolher essa peculiar combinação, especialmente sem a adoção de um mecanismo de vinculação de precedentes, como é o caso da doutrina de *stare decisis* do direito anglo-americano.

Com efeito, a adoção de cima para baixo de qualquer mecanismo de vinculação de precedentes, com previsão de algum tipo de sanção ao seu descumprimento, não é garantia de seu funcionamento. E isso ocorre por uma razão simples: o respeito aos precedentes possui um componente político fundamental, em razão da autoridade moral de quem os emite⁴⁶, questão que se mostrou evidente, por exemplo, quando os Ministros do STF descartaram o uso de reclamação contra descumprimento de decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral. Nesse sentido, o STF e os tribunais superiores, ainda, lutam para a construção de sua legitimidade, em um país que a magistratura e a doutrina regionais constantemente medem força com a jurisdição constitucional. Nesse sentido, não é surpreendente a pesquisa recente, encomendada pela AMB, que identificou que a maior parte dos juízes (especialmente de primeira e de

44 ARANTES, 1997, p. 67.

45 ARANTES, 1997, p. 64.

46 CAZETTA JÚNIOR, 2004, p. 170. Aqui também se revela a tensão entre a *auctoritas* (autoridade) e *ratio* (razão) no Direito, cf. BUSTAMANTE, 2012, p. 115.

segunda instâncias) entende que o sistema de precedentes prejudica sua independência profissional⁴⁷.

Por isso que Cazetta Júnior, ao refletir sobre a ineficácia dos precedentes na história republicana brasileira, sustenta que a doutrina da supremacia constitucional não adquiriu o sentido que encontrou nos EUA em razão do papel singular reservado à magistratura no Império e da gradual perda de poder político que ela sofrera ao longo do século XIX e na virada do século XX. No império, os magistrados constituíam uma categoria poderosa politicamente, ligada, diretamente, à elite imperial, possuindo funções muito além da judicatura, que envolviam, inclusive, funções policiais e administrativas locais⁴⁸. Em suma, tinham a função de amalgamar o império, arbitrando os poderes regionais com os poderes centrais. Especialmente após a reforma judiciária de 1871, a magistratura tornou-se diferencialmente mais funcional, portanto, com menor poder político-administrativo central, culminando na criação da República, do Supremo Tribunal Federal, de duas justiças (a federal e a dos estados) e da garantia especialmente da inamovibilidade. Em tese, o poder jurídico-político foi transferido dos magistrados para o recém-criado STF. Diante desse cenário, os juízes se viram compelidos a preservar suas bases locais de influência e a questionar a autoridade da jurisdição constitucional⁴⁹.

De fato, como as instituições são feitas por seres humanos no intuito de tentarem perpetuar suas posições de barganha política, o modo de produção jurídica precisa ser avaliado de acordo com essas mesmas disputas políticas travadas. Afinal, “controlar o Direito é o caminho para controlar a sociedade”⁵⁰. Por essa razão, a aversão aos precedentes no

47 ROVER, 2019.

48 SAMPAIO, 2007, p. 29.

49 CAZETTA JÚNIOR, 2004, p. 132-136; SAMPAIO, 2007, p. 31-32.

50 CAENEGEM, 2010, p. 48.

Brasil — e, por consequência, à resistência a atividade política da jurisdição constitucional — conecta-se com aversão à centralização política pelas oligarquias estaduais, que não levaram a sério a ideia de supremacia constitucional, e com a perda dos extraordinários poderes políticos da magistratura no regime imperial, já que possuíam os juízes poderes administrativos e policiais diversos, atuando não somente a mando do imperador, mas também em favor das elites locais.

6. O golpe republicano: a importação conveniente e peculiar de tradições jurídicas antagônicas

Uma chave explicativa adicional para a resistência à produção jurisdicional do Direito encontra-se na disputa de poder entre as forças políticas econômicas da época e na conveniência ou não de entregar maiores poderes ao judiciário, fenômeno que pode ser visualizado na evolução dos Estados inglês e francês na Idade Média. Na Inglaterra, a unificação do reino permitiu às cortes terem grande poder para a manutenção dessa unidade, com a criação do *common law* em diferenciação dos costumes locais e regionais⁵¹. Posteriormente, com a Revolução Gloriosa, o Parlamento controlado pela burguesia recém empoderada passou a controlar a coroa e a produção final do Direito, além de se estabelecer como a fonte absoluta de defesa da propriedade e da terra dos barões (a Câmara dos Lordes foi, até o *Constitutional Reform Act* de 2005, por meio do *Lord Chancellor*, a instância máxima da justiça inglesa). Na França, juízes (por meio dos *Parlements*), juristas/professores e legisladores possuíam, inclusive, pelo menos até a Revolução de 1789, poderes

51 CAENEGEM, 2010, p. 66.

compartilhados. Após a Revolução, a desconfiança em relação ao sistema judiciário atingiu seu ápice, com destaque para o papel predominante do Legislativo, notadamente em decorrência da influência exercida pelo Código de Napoleão e pela corrente exegeta. Em suma, as histórias de Inglaterra e França demonstram como a dinâmica de concentração/centralização estatal relaciona-se com a correlação das forças político-sociais.

No Brasil imperial, no entanto, o problema urgente que se instala era ainda anterior, de construção do Estado nacional, momento no qual o Poder Judiciário funcionava, ainda, muito vinculado ao Poder Executivo⁵². A instalação da República, mesmo com a influência de Rui Barbosa, também não alteraria drasticamente, esse quadro. O controle da Primeira República pelas oligarquias estaduais e a ausência de maiores poderes vinculantes do Supremo Tribunal recém-instalado, ainda, não permitiam ao judiciário maior envergadura de governo⁵³.

Se um papel de “moderação” das forças políticas foi adquirido nos EUA pela Suprema Corte, no Brasil as oligarquias estaduais quiseram entregá-la aos militares. Estes, após a Guerra do Paraguai, passaram a ganhar um prestígio e influência antes desconhecidos, ao mesmo tempo em que declinava o poder dos magistrados no Império⁵⁴. Naquele momento, não houve consenso suficiente no sentido de se perceber que o STF poderia ser, assim como na Suprema Corte americana durante a *Gilded Age*, um palco político no qual os conservadores e oligarcas poderiam ter grande margem de manobra.

52 LYNCH, 2014, p. 23-24.

53 ARANTES, 2010, p. 102.

54 SCHWARCZ; STARLING, 2018, p. 298.

No Brasil, na virada do século XIX para o XX, observou-se a vitória do “sul sobre o norte” na sua peculiar “guerra de secessão” (a instalação da República), com os conservadores triunfando sobre os liberais⁵⁵ e emasculando uma Suprema Corte com nenhum poder (*stare decisis*) para fazer valer os interesses nacionais sobre os regionais. Então, foi nesse período que se instalaram duas tradições opostas, porém aliadas à resistência ao poder judiciário: uma liberal-jacobina-francesa, por militância e por amor ao racionalismo, e uma conservadora-autoritária, naturalmente refratária a um governo das leis e sempre disposta a exercer a função do próprio judiciário. Ambas igualmente suspeitas na entrega de maiores poderes de governança aos juízes de uma corte suprema.

Soma-se a isso o declínio dos magistrados e a ascensão dos advogados ao término do Império e início da República⁵⁶. A diferenciação funcional da burocracia estatal e a diversificação profissional da elite brasileira foram determinantes para que, então, surgisse um mercado privado para os “bacharéis”. Não por acaso, os magistrados de primeiro grau e advogados, após a Constituição de 1988, resistiram ao movimento de concentração da jurisdição constitucional: os advogados, muito em virtude das condições próprias do mercado advocatício e do prestígio e poderes locais construídos no início da república; e os magistrados, em razão das inéditas garantias conquistadas com o novo texto constitucional.

As contradições no processo de construção da unidade nacional, lembradas por Arantes, revelam, então, o manejo circunstancial de diferentes tradições jurídicas (o *common law* Anglo-Americano e o novo *civil law* revolucionário francês)

55 LYNCH, 2014, p. 89-90.

56 CARVALHO, 2003, p. 95-116.

pelos novas forças políticas na República em um processo incompleto de construção estatal⁵⁷. A inefetividade de um Poder Judiciário hierarquizado, sem contar com um cume detentor de poderes legiferantes (seja por meio de precedentes vinculantes ou de interpretações legislativas com força de lei) se explica em grande medida pela posição a meio caminho entre a monarquia (representação-personificação) e a oligarquia (representação-mandato), portanto, muito distante, ainda, da democracia (representação-popular) da qual já se aproximavam França e Inglaterra⁵⁸.

Muito embora não se neguem vários avanços da República em comparação ao Império, sendo exemplo o aumento do “número de brasileiros admitidos no ensino fundamental”⁵⁹, o novo regime foi menos uma vontade de um republicanismo genuíno e mais um evento derivado tanto das tensões provocadas pela abolição da escravidão quanto pelos reclames por mais poder por parte das oligarquias estaduais. Na República, desintegrados os antigos partidos liberal e conservador do Império, as forças que se organizaram em 1889 diferenciavam-se entre um federalismo fraco (militares positivistas, ligados a Deodoro da Fonseca), passando por um federalismo moderado (líderes políticos dos Estados menores, antigos liberais e antigos conservadores e alguns republicanos) e, por fim, um ultrafederalismo (republicanos históricos, liberais e conservadores dos Estados mais fortes e maiores, amparados especialmente pelos fazendeiros cafeicultores paulistas, absolutamente insatisfeitos com a abolição da escravidão).

Ao final, são os ultrafederalistas que triunfam com a instalação da República dos Governadores em 1898-1900. E

57 ARANTES, 1997.

58 LYNCH, 2014, p. 7.

59 LOPES, 2010, p. XIV.

com eles também triunfa uma importância menor ao próprio texto constitucional como elemento de legitimidade de uma unidade política que pudesse ser garantida pelo Poder Judiciário no Supremo Tribunal Federal (tal como a Suprema Corte estadunidense)⁶⁰.

Conclusão

Neste artigo, buscou-se analisar, criticamente, a questão da deferência do Supremo Tribunal Federal (STF) ao Poder Executivo, e suas implicações para a proteção dos direitos fundamentais e para o funcionamento do sistema político democrático brasileiro. Ao longo do texto, exploraram-se diversos aspectos da questão, desde a deferência do Judiciário ao Executivo até as origens da insatisfação com esse comportamento aparentemente paradoxal.

Por meio da análise empreendida, demonstrou-se que a deferência do STF ao Executivo não é, em si mesma, um problema fundamental. Ela pode ser compreendida à luz das diferentes ideologias sobre os direitos fundamentais e sobre o papel do Estado daqueles que estão na situação e na oposição políticas em determinado momento, bem como das evidências da ciência política que revelam que essa deferência está relacionada à busca por legitimidade por parte do Judiciário e à manutenção da estabilidade do sistema democrático. Argumentou-se que, em um contexto democrático, uma certa inclinação deferente ao Executivo é crucial para a governabilidade e a legitimidade do sistema político.

No entanto, reconhece-se que há uma insatisfação significativa na doutrina nacional em relação a essa deferência, que pode ser atribuída a uma incompreensão da interrelação

60 KOERNER, 2010, p. 139-145.

entre Direito e política no Brasil. Sobre essa incompreensão, conjectura-se que ela pode ser traçada a partir da confluência errática entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* na passagem do Império para a República, determinando, dali em diante, a aversão ao poder político da cúpula do Judiciário. Esse fenômeno pode ser relacionado às estratégias das oligarquias estaduais que buscavam autonomia regional, bem como à perda de poder e prestígio dos juízes inferiores ao final do período imperial, o que desaguou na transição não mediada de 1889: de um paradigma luso-brasileiro e francês de separação de poderes em formação, com um judiciário com permissão para produzir direito (precedentes vinculantes), ao lado de uma jurisdição administrativa detentora de poderes de controle de constitucionalidade, para um outro paradigma bem distinto (*common law* e *judicial review* estadunidense) e, especialmente, incompleto e esvaziado de maiores poderes políticos (ausência da doutrina de *stare decisis*).

Portanto, à luz dessas análises, conclui-se que a questão da deferência do STF ao Executivo é complexa e multifacetada. Não constitui, por si só, um problema, mas sim um comportamento que deve ser compreendido dentro de um contexto mais amplo. O ensaio procura contribuir para a discussão sobre o equilíbrio entre independência e *accountability* no STF e lançar luz sobre as expectativas contraditórias e irrealis que cercam o papel dessa instituição na sociedade brasileira.

Em última análise, propõe-se, no presente, uma reflexão sobre as dicotomias tradicionais entre Direito e política, bem como as influências das tradições jurídicas e da história política para a compreensão do comportamento deferente do Judiciário. Ou seja, desafia-nos a buscar um entendimento mais crítico acerca do papel do STF na defesa dos direitos

fundamentais e do funcionamento do sistema político brasileiro.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Louise Dantas de. **Agenda-Setting: análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concreto**. 2015. 98 f. Dissertação de Mestrado - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/552>.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário & Política no Brasil**. São Paulo: Educational Book Publishers, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. *In*: SADEK, Maria Tereza (org.). **Reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, RC van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite imperial**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. **A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante**. 2004.

Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review?-The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights). [s. l.], 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2509541>. Acesso em: 1 set. 2022.

CROSS, Frank B. Law is politics. *In*: GEYH, Charles Gardner (org.). **What's law got to do with it? : what judges do, why they do it, and what's at stake**. Stanford, California: Stanford University Press, 2011. p. 92-112.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A arcaica súmula vinculante. *In*: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (org.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29-52.

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. *In*: ENGELMANN, Fabiano (org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/213273>. Acesso em: 25 ago. 2022.

DA SILVA CARMIGNANI, Maria Cristina. O direito judiciário lusitano-os assentos da casa da suplicação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 111, p. 19-29, 2017.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **J. Pub. L.**, [s. l.], v. 6, p. 279-295, 1957.

DAVID, Raphaela Borges. **Decisão jurídica e governabilidade no diálogo entre judiciário e executivo**. 2018. 226 f. Doutorado - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-BAMH6J>. Acesso em: 28 ago. 2023.

DE ASSIS, Guilherme Bacelar Patricio. **Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos**. 2016. 296 f. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-ASJGET>. Acesso em: 3 jul. 2023.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, n. Ano 1, p. 99-120, 2015.

EPSTEIN, Lee; WEINSHALL, Keren. **The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021. (Cambridge Elements - Elements in Law, Economics and Politics). Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781009049030>. Acesso em: 30 ago. 2022.

FALCÃO, Joaquim *et al.* **II relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2013. (FGV DIREITO RIO - Série Novas ideias em Direito). Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 2 mar. 2022.

FALCÃO, Joaquim *et al.* **II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012**. Rio de Janeiro:

Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. (FGV DIREITO RIO - Série Novas ideias em Direito). Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 16 maio 2022.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números - o Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2011. (FGV DIREITO RIO - Série Novas ideias em Direito). Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10312>. Acesso em: 26 fev. 2022.

FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry R. A positive theory of statutory interpretation. **International Review of Law and Economics**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 263-279, 1992.

GAROUPA, Nuno; LIGUERRE, Carlos Gomez. The syndrome of the efficiency of the common law. **BU Int'l LJ**, [s. l.], v. 29, p. 287, 2011.

KAPISZEWSKI, Diana. How courts work: institutions, culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (ed.). **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America**. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2010. v. 51, p. 51-77.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. Curitiba: Juruá, 2010.

LOBO, Judá Leão. Estudo sobre “O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil-Império”, de José Reinaldo de Lima Lopes. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], v. 9, p. 1363-1400, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Comportamento estratégico do STF nas questões de interesse governista: ativismo judicial ou prudência?. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [s. l.], v. 123, p. 177-210, 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)**. São Paulo: Alameda, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo - Barcellos, Bertaso & Cia., 1925.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1996.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos estudos CEBRAP**, [s. l.], p. 05-20, 2011.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Rodrigo M. Politics without insurance: democratic competition and Judicial Reform in Brazil. **Comparative Politics**, [s. l.], v. 42, n. 3, p. 313-331, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Ninth edition. New York: Aspen Publishers, 2014.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Lições de Carl Schmitt & Chantal Mouffe: política, democracia e liberalismo**. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ROVER, Tadeu. **Maioria dos juízes entende que não deve seguir jurisprudência, diz pesquisa.** [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/juizes-entendem-nao-seguir-jurisprudencia-pesquisa>. Acesso em: 12 jul. 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia.** 2ª ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro: Colônia e Império.** 2014. 196 f. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

TAYLOR, Matthew M. **Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil.** Stanford, California: Stanford University Press, 2008.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American political science review**, [s. l.], v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005.

Recebido em: 27/09/2023
Aprovado em: 01/03/2024

Fabiano Teodoro de Rezende Lara
E-mail: fabiano@fabianolara.com.br

Daniel dos Santos Rodrigues
E-mail: danielsrodrigues@live.com

